



Организация Объединенных Наций

Доклад Комиссии международного права

**Семидесятая сессия
(30 апреля – 1 июня и 2 июля – 10 августа
2018 года)**

**Генеральная Ассамблея
Официальные отчеты
Семьдесят третья сессия
Дополнение № 10 (A/73/10)**



Генеральная Ассамблея
Официальные отчеты
Семьдесят третья сессия
Дополнение № 10 (A/73/10)

Доклад Комиссии международного права

Семидесятая сессия
(30 апреля – 1 июня и 2 июля – 10 августа
2018 года)



Организация Объединенных Наций • Нью-Йорк, 2018 год

Примечание

Условные обозначения документов Организации Объединенных Наций состоят из прописных букв и цифр. Когда такое обозначение встречается в тексте, оно служит указанием на соответствующий документ Организации Объединенных Наций.

Наименование *Ежегодник* и следующее за ним многоточие и год (например, *Ежегодник... 1971 год*) служит указанием на *Ежегодник Комиссии международного права*.

Доклад Комиссии, отпечатанный типографским способом, будет включен в часть вторую тома II *Ежегодника Комиссии международного права за 2018 год*.

Краткое содержание

<i>Глава</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1
II. Резюме работы Комиссии на ее семидесятой сессии.....	6
III. Конкретные вопросы, замечания по которым представляли бы особый интерес для Комиссии.....	9
IV. Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров.....	11
V. Выявление обычного международного права	129
VI. Охрана атмосферы	177
VII. Временное применение договоров	228
VIII. Императивные нормы общего международного права (jus cogens)	255
IX. Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами	272
X. Правопреемство государств в отношении ответственности государств.....	314
XI. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции	326
XII. Празднование семидесятой годовщины создания Комиссии.....	339
XIII. Другие решения и выводы Комиссии.....	344

Содержание

<i>Глава</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1
A. Членский состав	1
B. Непредвиденная вакансия	2
C. Должностные лица и Бюро расширенного состава	2
D. Редакционный комитет	2
E. Рабочие группы	3
F. Секретариат	4
G. Повестка дня	4
II. Резюме работы Комиссии на ее семидесятой сессии	6
III. Конкретные вопросы, замечания по которым представляли бы особый интерес для Комиссии	9
A. Императивные нормы общего международного права (<i>jus cogens</i>)	9
B. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции	9
C. Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами	9
D. Правопреемство государств в отношении ответственности государств	9
E. Новые темы	10
IV. Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров	11
A. Введение	11
B. Рассмотрение темы на данной сессии	12
C. Рекомендация Комиссии	12
D. Выражение признательности Специальному докладчику	12
E. Текст проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров	13
1. Текст проектов выводов	13
2. Текст проектов выводов и комментариев к ним	16
Часть первая	
Введение	16
Вывод 1 Сфера охвата	16
Комментарий	17
Часть вторая	
Основные правила и определения	17
Вывод 2 Общее правило и средства толкования договоров	17
Комментарий	18
Вывод 3 Последующие соглашения и последующая практика в качестве аутентичных средств толкования	24
Комментарий	24
Вывод 4 Определение последующего соглашения и последующей практики	28
Комментарий	28

Вывод 5	Поведение как последующая практика.....	39
	Комментарий.....	39
Часть третья		
Общие аспекты	46
Вывод 6	Выявление последующих соглашений и последующей практики	46
	Комментарий.....	46
Вывод 7	Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики для толкования	55
	Комментарий.....	55
Вывод 8	Толкование терминов договора как способных меняться со временем.....	69
	Комментарий.....	69
Вывод 9	Значимость последующих соглашений и последующей практики как средства толкования	77
	Комментарий.....	77
Вывод 10	Соглашение участников относительно толкования договора	82
	Комментарий.....	82
Часть четвертая		
Конкретные аспекты.....		90
Вывод 11	Решения, принятые в рамках конференции государств-участников.....	90
	Комментарий.....	90
Вывод 12	Учредительные акты международных организаций	102
	Комментарий.....	103
Вывод 13	Суждения экспертных договорных органов	117
	Комментарий.....	117
V. Выявление обычного международного права		129
A. Введение		129
B. Рассмотрение темы на данной сессии.....		129
C. Рекомендация Комиссии		130
D. Выражение признательности Специальному докладчику		131
E. Текст проектов выводов о выявлении обычного международного права		131
1. Текст проектов выводов		131
2. Текст проектов выводов и комментариев к ним.....		135
Общий комментарий		135
Часть первая		
Введение		136
Вывод 1	Сфера охвата	136
	Комментарий.....	136

Часть вторая		
Основной подход		138
Вывод 2 Два конститутивных элемента		138
Комментарий		138
Вывод 3 Оценка свидетельств для двух конститутивных элементов		140
Комментарий		140
Часть третья		
Всеобщая практика		144
Вывод 4 Требование наличия практики		144
Комментарий		144
Вывод 5 Поведение государства как практика государства		147
Комментарий		147
Вывод 6 Формы практики		148
Комментарий		148
Вывод 7 Оценка практики государства		150
Комментарий		150
Вывод 8 Практика должна быть всеобщей		151
Комментарий		151
Часть четвертая		
Признание в качестве правовой нормы (<i>opinio juris</i>)		154
Вывод 9 Требование признания в качестве правовой нормы (<i>opinio juris</i>)		154
Комментарий		154
Вывод 10 Формы свидетельства признания в качестве правовой нормы (<i>opinio juris</i>)		157
Комментарий		157
Часть пятая		
Значение некоторых материалов для выявления обычного международного права		159
Вывод 11 Договоры		160
Комментарий		161
Вывод 12 Резолюции международных организаций и межправительственных конференций		165
Комментарий		165
Вывод 13 Решения судов и трибуналов		168
Комментарий		168
Вывод 14 Доктрины		170
Комментарий		170
Часть шестая		
Настойчиво возражающее государство		171
Вывод 15 Настойчиво возражающее государство		171
Комментарий		171

Часть седьмая		
Партикулярное обычное международное право		173
Вывод 16 Партикулярное обычное международное право		174
Комментарий		174
VI. Охрана атмосферы		177
A. Введение		177
B. Рассмотрение темы на данной сессии		177
C. Текст проектов руководящих положений об охране атмосферы вместе с преамбулой, в предварительном порядке принятый Комиссией в первом чтении		178
1. Текст проектов руководящих положений вместе с преамбулой		178
2. Текст проектов руководящих положений вместе с преамбулой и комментариями к ним		182
Общий комментарий		182
Преамбула		182
Комментарий		183
Руководящее положение 1	Употребление терминов	190
	Комментарий	190
Руководящее положение 2	Сфера охвата руководящих положений	195
	Комментарий	195
Руководящее положение 3	Обязательство по охране атмосферы	197
	Комментарий	197
Руководящее положение 4	Оценка воздействия на окружающую среду	200
	Комментарий	200
Руководящее положение 5	Устойчивое использование атмосферы	203
	Комментарий	203
Руководящее положение 6	Справедливое и разумное использование атмосферы	205
	Комментарий	205
Руководящее положение 7	Намеренное крупномасштабное изменение атмосферы	205
	Комментарий	205
Руководящее положение 8	Международное сотрудничество	208
	Комментарий	208
Руководящее положение 9	Взаимосвязь между соответствующими нормами	212
	Комментарий	212
Руководящее положение 10	Имплементация	220
	Комментарий	220
Руководящее положение 11	Соблюдение	222
	Комментарий	222
Руководящее положение 12	Разрешение споров	225
	Комментарий	225

VII.	Временное применение договоров	228
A.	Введение	228
B.	Рассмотрение темы на данной сессии.....	228
C.	Текст проекта руководства по временному применению договоров, принятый Комиссией в первом чтении	230
1.	Текст проекта руководства по временному применению договоров	230
2.	Текст проекта руководства по временному применению договоров и комментариев к нему	233
	Общий комментарий	233
	Руководящее положение 1 Сфера применения	235
	Комментарий.....	235
	Руководящее положение 2 Цель.....	236
	Комментарий.....	236
	Руководящее положение 3 Общее правило.....	236
	Комментарий.....	237
	Руководящее положение 4 Форма соглашения.....	240
	Комментарий.....	240
	Руководящее положение 5 Начало временного применения	242
	Комментарий.....	242
	Руководящее положение 6 Юридическое действие временного применения.....	243
	Комментарий.....	243
	Руководящее положение 7 Оговорки.....	245
	Комментарий.....	245
	Руководящее положение 8 Ответственность за нарушение	246
	Комментарий.....	246
	Руководящее положение 9 Прекращение и приостановление временного применения.....	247
	Комментарий.....	247
	Руководящее положение 10 Внутреннее право государств и правила международных организаций и соблюдение временно применяемых договоров	250
	Комментарий.....	250
	Руководящее положение 11 Положения внутреннего права государств и правила международных организаций в отношении компетенции соглашаться с временным применением договоров.....	252
	Комментарий.....	252
	Руководящее положение 12 Согласие с временным применением с ограничениями, вытекающими из внутреннего права государств и правил международных организаций.....	253
	Комментарий.....	253

VIII.	Императивные нормы общего международного права (jus cogens)	255
A.	Введение	255
B.	Рассмотрение темы на данной сессии.....	255
1.	Представление Специальным докладчиком третьего доклада	258
2.	Краткое изложение прений	261
a)	Общие замечания	261
b)	Конкретные замечания по проектам выводов	262
3.	Заключительные замечания Специального докладчика	269
IX.	Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами	272
A.	Введение	272
B.	Рассмотрение темы на данной сессии.....	273
1.	Представление Специальным докладчиком ее первого доклада	274
2.	Краткое изложение прений	276
a)	Общие замечания	276
b)	Замечания по проекту принципа 19	277
c)	Замечания по проекту принципа 20	278
d)	Замечания по проекту принципа 21	278
e)	Будущая работа	279
3.	Заключительные замечания Специального докладчика	279
C.	Текст проектов принципов о защите окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, в предварительном порядке принятый Комиссией к настоящему времени.....	281
1.	Текст проектов принципов	281
2.	Текст проектов принципов и комментариев к ним, в предварительном порядке принятый Комиссией на ее семидесятой сессии.....	284
Принцип 4	Меры по усилению защиты окружающей среды	284
Комментарий	284
Принцип 6	Защита окружающей среды на территориях проживания коренных народов	289
Комментарий	289
Принцип 7	Соглашения относительно присутствия военных сил в связи с вооруженными конфликтами	292
Комментарий	292
Принцип 8	Операции по содействию миру.....	295
Комментарий	295
Принцип 14	Мирные процессы	298
Комментарий	298
Принцип 15	Оценки состояния окружающей среды и восстановительные меры после вооруженных конфликтов	301
Комментарий	301
Принцип 16	Пережитки войны.....	302
Комментарий	303

Принцип 17	Пережитки войны на море	306
	Комментарий	306
Принцип 18	Обмен информацией и предоставление к ней доступа	308
	Комментарий	308
X.	Правопреемство государств в отношении ответственности государств	314
A.	Введение	314
B.	Рассмотрение темы на данной сессии	314
1.	Представление Специальным докладчиком второго доклада	316
2.	Краткое изложение прений	318
a)	Общие замечания	318
b)	Конкретные замечания	319
c)	Окончательная форма	322
d)	Будущая программа работы	322
3.	Заключительные замечания Специального докладчика	322
XI.	Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции	326
A.	Введение	326
B.	Рассмотрение темы на данной сессии	327
1.	Представление Специальным докладчиком своего шестого доклада	327
2.	Краткое изложение прений	332
a)	Общие замечания	332
b)	Замечания по изложению прений по проекту статьи 7	333
c)	Замечания в отношении процессуальных аспектов, рассматриваемых в шестом докладе	334
d)	Замечания в отношении процессуальных гарантий и мер защиты	336
e)	Будущая работа	337
XII.	Празднование семидесятой годовщины создания Комиссии	339
A.	Введение	339
B.	Юбилейная семидесятая сессия Комиссии международного права	339
XIII.	Другие решения и выводы Комиссии	344
A.	Общие принципы права	344
B.	Просьбы Комиссии относительно подготовки секретариатом исследований по темам, включенным в повестку дня Комиссии	344
C.	Программа, процедуры и методы работы Комиссии и ее документация	344
1.	Рабочая группа по долгосрочной программе работы	344
2.	Рабочая группа по методам работы Комиссии	345
3.	Рассмотрение резолюции 72/119 Генеральной Ассамблеи от 7 декабря 2017 года по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях	345
4.	Рассмотрение пунктов 13 и 14 резолюции 72/116 Генеральной Ассамблеи от 7 декабря 2017 года по докладу Комиссии международного права о работе ее шестьдесят девятой сессии	346
5.	Вознаграждение	347

6.	Документация и публикации.....	347
7.	<i>Ежегодник Комиссии международного права</i>	348
8.	Помощь Отдела кодификации.....	349
9.	Веб-сайты.....	349
10.	Библиотека аудиовизуальных материалов Организации Объединенных Наций по международному праву.....	349
D.	Сроки и место проведения семьдесят первой сессии Комиссии.....	349
E.	Сотрудничество с другими органами.....	349
F.	Представительство на семьдесят третьей сессии Генеральной Ассамблеи.....	350
G.	Семинар по международному праву.....	350
Приложения		
A.	Универсальная уголовная юрисдикция.....	353
B.	Повышение уровня моря и его связь с международным правом.....	375

Глава I Введение

1. Комиссия международного права провела первую часть своей семидесятой сессии с 30 апреля по 1 июня 2018 года в Нью-Йорке, а вторую часть с 2 июля по 10 августа 2018 года в месте своего постоянного пребывания в Отделении Организации Объединенных Наций в Женеве. Сессию открыл Председатель шестьдесят девятой сессии Комиссии г-н Георг Нольте.

А. Членский состав

2. В состав Комиссии входят следующие члены:

г-н Али Мохсен Фетаис Аль-Марри (Катар)

г-н Карлос Х. Аргуэльо Гомес (Никарагуа)

г-н Богдан Ауреску (Румыния)

г-н Амос С. Вако (Кения)

г-н Эдуардо Валенсия-Оспина (Колумбия)

г-н Марсело Васкес-Бермудес (Эквадор)

сэр Майкл Вуд (Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии)

г-жа Патрисия Галван Телиш (Португалия)

г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо (Мексика)

г-н Клаудио Гроссман Гилофф (Чили)

г-н Чарлз Чернор Джалло (Сьерра-Леоне)

г-н Евгений Загайнов (Российская Федерация)

г-н Ахмед Лараба (Алжир)

г-жа Марья Лехто (Финляндия)

г-н Шон Д. Мерфи (Соединенные Штаты Америки)

г-н Синья Мурасэ (Япония)

г-н Хонг Тхао Нгюен (Вьетнам)

г-н Георг Нольте (Германия)

г-жа Нилюфер Орал (Турция)

г-н Ки Габ Пак (Республика Корея)

г-н Крис Майна Петер (Объединенная Республика Танзания)

г-н Эрнест Петрич (Словения)

г-н Анируддха Раджпут (Индия)

г-н Аугуст Райниш (Австрия)

г-н Хуан Хосе Руда Сантолари (Перу)

г-н Жилберту Верн Сабоя (Бразилия)

г-н Якуба Сиссе (Кот-д'Ивуар)

г-н Дире Д. Глади (Южная Африка)

г-н Хассан Уаззани Шахди (Марокко)

г-н Хуссейн А. Хассуна (Египет)
 г-н Махмуд Д. Хмуд (Иордания)
 г-н Хуэйкан Хуан (Китай)
 г-н Павел Штурма (Чешская Республика)
 г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес (Испания)

В. Непредвиденная вакансия

3. На своем 3391-м заседании 1 мая 2018 года Комиссия избрала г-на Евгения Загайнова (Российская Федерация) для заполнения непредвиденной вакансии, образовавшейся после ухода в отставку г-на Романа А. Колодкина.

С. Должностные лица и Бюро расширенного состава

4. На своем 3390-м заседании 30 апреля 2018 года Комиссия избрала следующих должностных лиц:

Председатель:	г-н Эдуардо Валенсия-Оспина (Колумбия)
Первый заместитель Председателя:	г-н Павел Штурма (Чешская Республика)
Второй заместитель Председателя:	г-н Хонг Тхао Нгюен (Вьетнам)
Председатель Редакционного комитета:	г-н Чарлз Чернор Джалло (Сьерра-Леоне)
Докладчик:	г-жа Патрисия Галван Телиш (Португалия)

5. В состав Бюро расширенного состава Комиссии входили должностные лица нынешней сессии, предыдущие председатели Комиссии¹ и специальные докладчики².

6. На своем 3390-м заседании 30 апреля 2018 года Комиссия создала Группу по планированию в следующем составе: г-н Павел Штурма (Председатель), г-н Эдуардо Валенсия-Оспина, г-н Марсело Васкес-Бермудес, сэр Майкл Вуд, г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо, г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-н Чарлз Чернор Джалло, г-н Евгений Загайнов, г-жа Марья Лехто, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Синья Мурасэ, г-н Хонг Тхао Нгюен, г-н Георг Нольте, г-жа Нилуфер Орал, г-н Ки Габ Пак, г-н Эрнест Петрич, г-н Анируддха Раджпут, г-н Аугуст Райниш, г-н Хуан Хосе Руда Сантолария, г-н Жилберту Верн Сабоя, г-н Якуба Сиссе, г-н Дире Д. Глади, г-н Хассан Уаззани Шахди, г-н Хуссейн А. Хассуна, г-н Махмуд Д. Хмуд, г-н Хуэйкан Хуан, г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес и г-жа Патрисия Галван Телиш (ex officio).

Д. Редакционный комитет

7. На своих 3391-м, 3395-м, 3401-м, 3409-м, 3413-м, 3431-м и 3435-м заседаниях, состоявшихся 1, 4, 11, 22 и 29 мая и 17 и 24 июля 2018 года, Комиссия учредила Редакционный комитет в составе следующих членов по указанным темам:

а) *Императивные нормы общего международного права (jus cogens)*: г-н Чарлз Чернор Джалло (Председатель), г-н Дире Глади (Специальный докладчик), г-н Марсело Васкес-Бермудес, сэр Майкл Вуд, г-н Карлос Х. Аргуэльо Гомес, г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо, г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-н Евгений Загайнов, г-жа Марья Лехто, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Синья Мурасэ, г-н Георг Нольте, г-н Хонг Тхао Нгюен, г-жа Нилуфер Орал, г-н Ки Габ Пак, г-н Эрнест Петрич, г-н Анируддха Раджпут, г-н Аугуст Райниш, г-н Хуан Хосе Руда Сантолария, г-н Жилберту Верне

¹ Г-н Георг Нольте, г-н Эрнест Петрич.

² Сэр Майкл Вуд, г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо, г-жа Марья Лехто, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Синья Мурасэ, г-н Георг Нольте, г-н Дире Д. Глади, г-н Павел Штурма и г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес.

Сабоя, г-н Якуба Сиссе, г-н Хассан Уаззани Шахди, г-н Махмуд Д. Хмуд, г-н Хуэйкан Хуан, г-н Павел Штурма, г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес и г-жа Патрисия Галван Телиш (ex officio).

б) *Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров:* г-н Чарлз Чернор Джалло (Председатель), г-н Георг Нольте (Специальный докладчик), г-н Богдан Ауреску, г-н Марсело Васкес-Бермудес, сэр Майкл Вуд, г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо, г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Синья Мурасэ, г-н Хонг Тхао Нгюен, г-н Ки Габ Пак, г-н Анируддха Раджпут, г-н Аугуст Райниш, г-н Хуан Хосе Руда Сантолария, г-н Якуба Сиссе, г-н Дире Д. Тлади, г-н Хассан Уаззани Шахди, г-н Павел Штурма, г-н Махмуд Д. Хмуд и г-жа Патрисия Галван Телиш (ex officio).

с) *Выявление обычного международного права:* г-н Чарлз Чернор Джалло (Председатель), сэр Майкл Вуд (Специальный докладчик), г-н Карлос Х. Аргуэльо Гомес, г-н Богдан Ауреску, г-н Марсело Васкес-Бермудес, г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо, г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-жа Марья Лехто, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Синья Мурасэ, г-н Хонг Тхао Нгюен, г-н Георг Нольте, г-жа Нилуфер Орал, г-н Ки Габ Пак, г-н Анируддха Раджпут, г-н Аугуст Райниш, г-н Хуан Хосе Руда Сантолария, г-н Жилберту Верн Сабоя, г-н Дире Д. Тлади, г-н Махмуд Д. Хмуд, г-н Хуэйкан Хуан и г-жа Патрисия Галван Телиш (ex officio).

д) *Временное применение договоров:* г-н Чарлз Чернор Джалло (Председатель), г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо (Специальный докладчик), г-н Карлос Х. Аргуэльо Гомес, г-н Богдан Ауреску, г-н Марсело Васкес-Бермудес, сэр Майкл Вуд, г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-н Евгений Загайнов, г-жа Марья Лехто, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Ки Габ Пак, г-н Анируддха Раджпут, г-н Аугуст Райниш, г-н Хуан Хосе Руда Сантолария, г-н Якуба Сиссе, г-н Хассан Уаззани Шахди, г-н Хуэйкан Хуан, г-н Павел Штурма, г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес и г-жа Патрисия Галван Телиш (ex officio).

е) *Охрана атмосферы:* г-н Чарлз Чернор Джалло (Председатель), г-н Синья Мурасэ (Специальный докладчик), г-н Богдан Ауреску, г-н Марсело Васкес-Бермудес, сэр Майкл Вуд, г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-жа Марья Лехто, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Хонг Тхао Нгюен, г-н Георг Нольте, г-жа Нилуфер Орал, г-н Ки Габ Пак, г-н Анируддха Раджпут, г-н Аугуст Райниш, г-н Хуан Хосе Руда Сантолария, г-н Хуэйкан Хуан и г-жа Патрисия Галван Телиш (ex officio).

ф) *Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами:* г-н Чарлз Чернор Джалло (Председатель), г-жа Марья Лехто (Специальный докладчик), г-н Богдан Ауреску, сэр Майкл Вуд, г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо, г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-н Синья Мурасэ, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Хонг Тхао Нгюен, г-жа Нилуфер Орал, г-н Ки Габ Пак, г-н Анируддха Раджпут, г-н Хуан Хосе Руда Сантолария, г-н Жилберту Верне Сабоя, г-н Якуба Сиссе, г-н Махмуд Д. Хмуд, г-н Хуэйкан Хуан, г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес и г-жа Патрисия Галван Телиш (ex officio).

г) *Правопреемство государств в отношении ответственности государств:* г-н Чарлз Чернор Джалло (Председатель), г-н Павел Штурма (Специальный докладчик), г-н Карлос Х. Аргуэльо Гомес, г-н Богдан Ауреску, сэр Майкл Вуд, г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-н Евгений Загайнов, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Георг Нольте, г-жа Нилуфер Орал, г-н Ки Габ Пак, г-н Эрнест Петрич, г-н Анируддха Раджпут, г-н Аугуст Райниш, г-н Хуан Хосе Руда Сантолария, г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес и г-жа Патрисия Галван Телиш (ex officio).

8. Редакционный комитет провел в общей сложности 32 заседания по семи указанным выше темам.

Е. Рабочие группы

9. На своем 3394-м заседании 3 мая 2018 года Комиссия учредила Рабочую группу по защите окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами в следующем

составе: г-н Марсело Васкес-Бермудес (Председатель), г-жа Марья Лехто (Специальный докладчик), сэр Майкл Вуд, г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-н Чарлз Чернор Джалло, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Синья Мурасэ, г-н Хонг Тхао Нгюен, г-жа Нилюфер Орал, г-н Анируддха Раджпут, г-н Хуан Хосе Руда Сантолариа, г-н Жилберту Верн Сабоя, г-н Якуба Сиссе, г-н Хассан Уаззани Шахди, г-н Махмуд Д. Хмуд и г-жа Патрисия Галван Телиш (ex officio).

10. На своем 3404-м заседании 16 мая 2018 года Комиссия учредила Рабочую группу по выявлению обычного международного права в следующем составе: г-н Карлос Х. Аргуэльо Гомес, г-н Марсело Васкес-Бермудес (Председатель), сэр Майкл Вуд (Специальный докладчик), г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-н Чарлз Чернор Джалло, г-жа Марья Лехто, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Синья Мурасэ, г-н Георг Нольте, г-жа Нилюфер Орал, г-н Ки Габ Пак, г-н Анируддха Раджпут, г-н Аугуст Райниш, г-н Хуан Хосе Руда Сантолариа, г-н Жилберту Верн Сабоя, г-н Якуба Сиссе, г-н Хассан Уаззани Шахди, г-н Хуэйкан Хуан и г-жа Патрисия Галван Телиш (ex officio).

11. Группа по планированию создала следующие рабочие группы:

а) *Рабочую группу по долгосрочной программе работы* в следующем составе: г-н Махмуд Д. Хмуд (Председатель), г-н Богдан Ауреску, г-н Амос С. Вако, г-н Марсело Васкес-Бермудес, сэр Майкл Вуд, г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо, г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-н Чарлз Чернор Джалло, г-н Евгений Загайнов, г-жа Марья Лехто, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Синья Мурасэ, г-н Хонг Тхао Нгюен, г-жа Нилюфер Орал, г-н Ки Габ Пак, г-н Крис Майна Петер, г-н Анируддха Раджпут, г-н Аугуст Райниш, г-н Хуан Хосе Руда Сантолариа, г-н Жилберту Верн Сабоя, г-н Якуба Сиссе, г-н Дире Д. Глади, г-н Хассан Уаззани Шахди, г-н Хуссейн А. Хассуна, г-н Хуэйкан Хуан, г-н Павел Штурма, г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес и г-жа Патрисия Галван Телиш (ex officio).

б) *Рабочую группу по методам работы* в следующем составе: г-н Хуссейн А. Хассуна (Председатель), г-н Богдан Ауреску, г-н Марсело Васкес-Бермудес, сэр Майкл Вуд, г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-н Чарлз Чернор Джалло, г-н Евгений Загайнов, г-жа Марья Лехто, г-н Шон Д. Мерфи, г-н Синья Мурасэ, г-н Хонг Тхао Нгюен, г-н Георг Нольте, г-жа Нилюфер Орал, г-н Ки Габ Пак, г-н Эрнест Петрич, г-н Анируддха Раджпут, г-н Аугуст Райниш, г-н Хуан Хосе Руда Сантолариа, г-н Жилберту Верн Сабоя, г-н Якуба Сиссе, г-н Дире Д. Глади, г-н Хассан Уаззани Шахди, г-н Хуэйкан Хуан, г-н Павел Штурма, г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес и г-жа Патрисия Галван Телиш (ex officio).

Ф. Секретариат

12. Заместитель Генерального секретаря по правовым вопросам и Юриисконсульт Организации Объединенных Наций г-н Мигель де Серпа Суареш представлял Генерального секретаря. Директор Отдела кодификации Управления по правовым вопросам г-н Хью Ллуэллин выполнял функции Секретаря Комиссии и представлял Генерального секретаря при отсутствии Юриисконсульта. Главные сотрудники по правовым вопросам г-н Арнольд Пронто и г-жа Джессика Эльбас выполняли функции первых помощников Секретаря Комиссии. Старший сотрудник по правовым вопросам г-н Тревор Чимимба выполнял функции старшего помощника Секретаря Комиссии. Функции помощников Секретаря Комиссии выполняли сотрудники по правовым вопросам г-н Дэвид Нанопулос и г-н Франческо Мессинео и младшие сотрудники по правовым вопросам г-жа Кристиана Альборн и г-н Барт Смит Дейзенткунст.

Г. Повестка дня

13. На своем 3390-м заседании 30 апреля 2018 года Комиссия утвердила повестку дня своей семидесятой сессии, состоящую из следующих пунктов:

1. Организация работы сессии.
2. Заполнение непредвиденных вакансий.
3. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.
4. Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров.
5. Временное применение договоров.
6. Выявление обычного международного права.
7. Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами.
8. Охрана атмосферы.
9. Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*).
10. Правопреемство государств в отношении ответственности государств.
11. Празднование семидесятой годовщины создания Комиссии.
12. Программа, процедуры и методы работы Комиссии и ее документация.
13. Сроки и место проведения семьдесят первой сессии.
14. Сотрудничество с другими органами.
15. Прочие вопросы.

Глава II

Резюме работы Комиссии на ее семидесятой сессии

14. По теме «**Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров**» Комиссии был представлен пятый доклад Специального докладчика (A/CN.4/715), а также замечания и мнения, полученные от правительств (A/CN.4/712 и Add.1). Пятый доклад был посвящен анализу замечаний и мнений государств по проектам выводов и комментариям, принятым в первом чтении, и содержал рекомендации по каждому проекту вывода.

15. Комиссия приняла во втором чтении свод из 13 проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров вместе с комментариями к ним. В соответствии со статьей 23 своего Положения Комиссия рекомендовала Генеральной Ассамблее принять к сведению в своей резолюции проекты выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, приложить проекты выводов к этой резолюции и обеспечить их максимально широкое распространение; а также обратиться к проектам выводов вместе с комментариями к ним внимание государств и всех тех, на кого может быть возложена задача толкования договоров (гл. IV).

16. По теме «**Выявление обычного международного права**» Комиссии был представлен пятый доклад Специального докладчика (A/CN.4/717), в котором рассматривались замечания и мнения государств по проектам выводов и комментариям, принятым в первом чтении, а также пути и средства обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права.

17. Комиссии были представлены также обновленная библиография по данной теме, содержащаяся в добавлении к этому докладу (A/CN.4/717/Add.1), замечания и мнения, полученные от правительств (A/CN.4/716), и меморандум секретариата о путях и средствах обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права (A/CN.4/710).

18. Комиссия приняла во втором чтении свод из 16 проектов выводов по теме «**Выявление обычного международного права**» вместе с комментариями к ним. В соответствии со статьей 23 своего Положения Комиссия рекомендовала Генеральной Ассамблее, в частности, принять к сведению в своей резолюции проекты выводов о выявлении обычного международного права, приложить проекты выводов к этой резолюции и обеспечить их максимально широкое распространение; обратиться к проектам выводов вместе с комментариями к ним внимание государств и всех тех, на кого может быть возложена задача выявления норм обычного международного права; и отреагировать на предложения в меморандуме секретариата (гл. V).

19. По теме «**Охрана атмосферы**» Комиссия располагала пятым докладом Специального докладчика (A/CN.4/711), посвященным вопросам имплементации, соблюдения обязательств и разрешения споров.

20. После дискуссии на пленарных заседаниях Комиссия постановила передать все три проекта руководящих положений, содержащиеся в пятом докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет. В результате рассмотрения этой темы на настоящей сессии Комиссия приняла в первом чтении проект преамбулы и 12 проектов руководящих положений об охране атмосферы с комментариями к ним. В соответствии со статьями 16–21 своего Положения Комиссия постановила препроводить проекты руководящих положений через Генерального секретаря правительствам и международным организациям для получения их замечаний и мнений с просьбой о том, чтобы эти замечания и мнения были представлены Генеральному секретарю к 15 декабря 2019 года (гл. VI).

21. По теме «**Временное применение договоров**» Комиссия располагала пятым докладом Специального докладчика (A/CN.4/718), в котором был продолжен анализ мнений, выраженных государствами-членами, содержалась дополнительная информация о практике международных организаций и рассматривались такие темы, как прекращение или приостановление временного применения договора вследствие его нарушения и формулирование оговорок и поправок. В добавлении к докладу (A/CN.4/718/Add.1) содержалась также библиография по данной теме. Кроме того,

Комиссии был представлен меморандум секретариата с анализом практики государств в отношении договоров (как двусторонних, так и многосторонних), находящихся на хранении или зарегистрированных за последние 20 лет у Генерального секретаря и содержащих положения о временном применении, в том числе связанных с ними договорных действий (A/CN.4/707).

22. После дискуссии на пленарных заседаниях Комиссия постановила передать проекты руководящих положений и типовых положений, предложенных Специальным докладчиком, а также проекты руководящих положений, ранее принятых Комиссией, в Редакционный комитет. Рассмотрев доклад Редакционного комитета, Комиссия в первом чтении приняла свод из 12 проектов руководящих положений, озаглавленный «Руководство по временному применению договоров», вместе с комментариями к ним. В соответствии со статьями 16–21 своего Положения Комиссия постановила препроводить эти проекты руководящих положений через Генерального секретаря правительствам и международным организациям для получения их замечаний и мнений с просьбой о том, чтобы эти замечания и мнения были представлены Генеральному секретарю к 15 декабря 2019 года (гл. VII).

23. По теме «**Императивные нормы общего международного права (jus cogens)**» на рассмотрении Комиссии находился третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/714 и Corr.1), в котором излагалась история рассмотрения темы в Комиссии и в Шестом комитете и обсуждались последствия императивных норм общего международного права (jus cogens) в целом, для договорного права и для права ответственности государств, а также другое воздействие императивных норм общего международного права (jus cogens). Комиссия затем решила передать в Редакционный комитет проекты выводов 10–23, предложенные в докладе. Комиссия приняла к сведению представленные ей для информации промежуточные доклады Председателя Редакционного комитета о проектах выводов 8 и 9, а также 10–14, принятых в предварительном порядке Комитетом (гл. VIII).

24. По теме «**Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами**» Комиссия имела в своем распоряжении первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/720 и Corr.1), в котором рассматривался вопрос о защите окружающей среды в ситуациях оккупации. В докладе содержалась общая информация вводного характера о защите окружающей среды на основании правовых норм, регулирующих режим оккупации, и рассматривался вопрос о комплементарности между нормами, регулирующими режим оккупации, международным правом прав человека и международным экологическим правом. В докладе предлагались три проекта принципов, касающихся защиты окружающей среды в ситуациях оккупации. По итогам обсуждений на пленарных заседаниях Комиссия решила передать проекты принципов, содержащиеся в докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет. Впоследствии Комиссия получила доклад Редакционного комитета и приняла к сведению проекты принципов 19–21, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом. Кроме того, Комиссия предварительно приняла проекты принципов 4, 6–8 и 14–18, которые были в предварительном порядке приняты Редакционным комитетом на шестьдесят восьмой сессии, вместе с комментариями к ним (гл. IX).

25. По теме «**Правопреемство государств в отношении ответственности государств**» Комиссия имела в своем распоряжении второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/719), в котором рассматривался вопрос о законности правопреемства, общие нормы о правопреемстве государств в отношении ответственности государств и некоторые особые категории правопреемства государств в отношении обязательств, вытекающих из ответственности. После обсуждения на пленарных заседаниях Комиссия постановила передать проекты статей 5–11, содержащиеся в докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет. Впоследствии Комиссия приняла к сведению представленный ей для информации промежуточный доклад Председателя Редакционного комитета о пункте 2 проекта статьи 1 и проектах статей 5 и 6, в предварительном порядке принятых Комитетом (гл. X).

26. По теме «**Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции**» Комиссия имела в своем распоряжении шестой доклад Специального докладчика (A/CN.4/722), посвященный рассмотрению процессуальных

аспектов иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, в частности анализу того, каким образом процессуальные аспекты ранее рассматривались в работе Комиссии, каким образом такие процессуальные аспекты вписываются в общие границы данной темы и какого подхода намерена придерживаться Специальный докладчик при дальнейшем анализе процессуальных аспектов; и содержащий анализ трех компонентов процессуальных аспектов, связанных с концепцией юрисдикции, а именно: а) момента рассмотрения вопроса об иммунитете; б) затрагиваемых иммунитетом действий; и с) установления иммунитета. Каких-либо проектов статей к рассмотрению на настоящей сессии не предлагалось. Прения Комиссии по шестому докладу были частичными и будут завершены в следующем году (гл. XI).

27. В ознаменование **семидесятой годовщины Комиссии** были проведены праздничные мероприятия в Нью-Йорке 21 мая 2018 года и в Женеве 5 и 6 июля 2018 года под девизом «70 лет Комиссии международного права – подведение итогов и взгляд в будущее». Праздничные мероприятия в Нью-Йорке и Женеве состояли из двух частей: торжественной части и ряда обсуждений в дискуссионных группах. В Нью-Йорке с основным докладом выступил г-н Нико Схрейвер – профессор международного публичного права Центра международных исследований в области права им. Гроция при Лейденском университете и президент Института международного права. В Женеве с основным докладом выступил Председатель Международного Суда г-н Абдулкави Ахмед Юсуф (гл. XII).

28. По пункту «**Другие решения и выводы Комиссии**» Комиссия решила включить в свою программу работы тему «Общие принципы права» и назначить г-на Марсело Васкеса-Бермудеса Специальным докладчиком по ней (гл. XIII, разд. А).

29. Для рассмотрения своей программы, процедур и методов работы Комиссия вновь учредила Группу по планированию, а она, в свою очередь, постановила вновь учредить Рабочую группу по долгосрочной программе работы под председательством г-на Махмуда Д. Хмуда и Рабочую группу по методам работы под председательством г-на Хусейна А. Хассуны (гл. XIII, разд. С). Комиссия решила включить в свою долгосрочную программу работы следующие темы: а) Универсальная уголовная юрисдикция и б) Повышение уровня моря и его связь с международным правом (гл. XIII, разд. С.1, и приложения А и В).

30. Комиссия продолжила традиционный обмен информацией с Межамериканским юридическим комитетом и Комитетом юридических советников по международному публичному праву Совета Европы. Кроме того, члены Комиссии провели неофициальный обмен мнениями с Международным комитетом Красного Креста (гл. XIII, разд. Е).

31. Комиссия решила, что ее семьдесят первая сессия состоится в Женеве с 29 апреля по 7 июня и с 8 июля по 9 августа 2019 года (гл. XIII, разд. D).

Глава III

Конкретные вопросы, замечания по которым представляли бы особый интерес для Комиссии

32. Комиссия была бы признательна за получение любой информации по указанным ниже вопросам к 31 декабря 2018 года, чтобы такую информацию можно было учесть в соответствующих докладах специальных докладчиков.

A. Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)

33. Комиссия продолжает считать актуальной просьбу об информации, содержащуюся в главе III доклада о работе ее шестьдесят седьмой сессии (2015 год) по теме «Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)»³, и будет приветствовать любую дополнительную информацию.

B. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

34. Комиссия была бы признательна за получение от государств информации об их законодательстве и национальной практике (судебного, административного или любого другого характера) относительно процедур, касающихся иммунитета, особенно задействия иммунитета и его снятия, а также о механизмах сообщения, консультаций, сотрудничества и международной правовой помощи, которые могут использоваться в ситуациях, когда национальными властями рассматривается или может рассматриваться иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Кроме того, было бы полезно располагать информацией от международных организаций относительно механизмов международного сотрудничества, которые в пределах сфер их компетенции могут затрагивать иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

C. Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами

35. Комиссия продолжает считать актуальной просьбу об информации, содержащуюся в главе III доклада о работе шестьдесят восьмой сессии (2016 год) по этой теме⁴, и будет приветствовать любую дополнительную информацию в этой связи. Кроме того, Комиссия была бы признательна за получение от государств любой информации о правовой и материальной ответственности и компенсации за ущерб, причиненный окружающей среде в связи с вооруженными конфликтами, в частности прецедентном праве или соглашениях либо договоренностях между сторонами.

D. Правопреемство государств в отношении ответственности государств

36. Комиссия была бы признательна за получение от государств информации об их практике, касающейся правопреемства государств в отношении ответственности государств. Особенно Комиссию интересуют примеры:

а) договоров, включая соответствующие многосторонние или двусторонние соглашения;

³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/70/10)*, п. 31.

⁴ Там же, *семидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/70/10)*, п. 27.

b) национального законодательства, имеющего отношение к этой теме, включая законодательство об имплементации многосторонних или двусторонних соглашений;

c) решений национальных, региональных и субрегиональных судов и трибуналов по вопросам, касающимся правопреемства государств в отношении ответственности государств.

Е. Новые темы

37. Комиссия постановила включить в свою долгосрочную программу работы две новые темы, а именно: а) Универсальная уголовная юрисдикция; и б) Повышение уровня моря и его связь с международным правом. При выборе своих тем Комиссия руководствовалась следующими критериями, которые были согласованы на ее пятидесятой сессии (1998 год), а именно, что тема: а) должна отражать потребности государств в отношении прогрессивного развития и кодификации международного права; б) должна быть достаточно созревшей с точки зрения практики государств, чтобы делать возможными прогрессивное развитие и кодификацию; в) должна быть конкретной и подходящей для прогрессивного развития и кодификации; и d) что Комиссии не следует ограничиваться традиционными темами, и она также может рассматривать темы, которые отражают новые изменения в области международного права и насущные озабоченности международного сообщества в целом. Комиссия была бы признательна за получение мнений государств относительно этих новых тем.

38. Кроме того, Комиссия приветствовала бы любые предложения государств относительно возможных тем для включения в свою долгосрочную программу работы. Было бы полезно, если бы такие предложения сопровождалось их обоснованием в свете упомянутых выше критериев отбора тем.

Глава IV

Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров

A. Введение

39. На своей шестидесятой сессии (в 2008 году) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему «Договоры сквозь призму времени» и создать на своей следующей сессии Исследовательскую группу по этой теме⁵. На своей шестьдесят первой сессии (в 2009 году) Комиссия создала Исследовательскую группу по теме «Договоры сквозь призму времени» под председательством г-на Георга Нольте. На этой сессии обсуждение в Исследовательской группе было посвящено определению вопросов, которые предстоит рассмотреть, методам работы Исследовательской группы и возможным итогам работы Комиссии по теме⁶.

40. Исследовательская группа вновь создавалась под председательством г-на Георга Нольте в период с шестьдесят второй по шестьдесят четвертую сессии (в 2010–2012 годах). Исследовательская группа рассмотрела три доклада, неофициально представленные Председателем, которые касались соответственно относящейся к теме практики Международного Суда и арбитражных судов специальной юрисдикции⁷; судебной практики в соответствии со специальными режимами, касающейся последующих соглашений и последующей практики⁸; и последующих соглашений и последующей практики государств за пределами судебного и квазисудебного производства⁹.

41. На шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) на основе рекомендации Исследовательской группы¹⁰ Комиссия постановила: а) изменить начиная со своей шестьдесят пятой сессии (в 2013 году) порядок работы по теме, как это было предложено Исследовательской группой; и б) назначить г-на Георга Нольте Специальным докладчиком по теме «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров»¹¹.

42. Со своей шестьдесят пятой (в 2013 году) по шестьдесят восьмую (в 2016 году) сессии Комиссия рассматривала эту тему на основе четырех докладов, последовательно представленных Специальным докладчиком¹².

⁵ На ее 2997-м заседании 8 августа 2008 года. См. *Ежегодник... 2008 год*, т. II (часть вторая), п. 353; и общий набросок темы, там же, приложение I. Генеральная Ассамблея приняла это решение к сведению в пункте 6 своей резолюции [63/123](#) от 11 декабря 2008 года.

⁶ *Ежегодник... 2009 год*, т. II (часть вторая), пп. 220–226.

⁷ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пп. 344–354; и там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, п. 337.

⁸ Там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пп. 338–341; и там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пп. 230–231.

⁹ Там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пп. 232–234. На шестьдесят третьей сессии (в 2011 году) Председатель Исследовательской группы представил девять предварительных выводов, которые были переформулированы с учетом обсуждений в Исследовательской группе (там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, п. 344). На шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) Председатель представил текст еще шести предварительных выводов, формулировки которых были также изменены в свете обсуждений в Исследовательской группе (там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, п. 240). Исследовательская группа обсудила также порядок дальнейшей работы по данной теме и ее возможные результаты. Ряд предложений был сформулирован Председателем и согласован Исследовательской группой (там же, пп. 235–239).

¹⁰ Там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пп. 226 и 239.

¹¹ Там же, п. 227.

¹² [A/CN.4/660](#) (первый доклад), [A/CN.4/671](#) (второй доклад), [A/CN.4/683](#) (третий доклад) и [A/CN.4/694](#) (четвертый доклад).

43. На своей шестьдесят восьмой сессии (в 2016 году) Комиссия приняла в первом чтении свод из 13 проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров вместе с комментариями к ним¹³. В соответствии со статьями 16–21 положения о своей деятельности Комиссия постановила препроводить эти проекты выводов через Генерального секретаря правительствам для получения от них комментариев и замечаний¹⁴.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

44. На данной сессии Комиссии был представлен пятый доклад Специального докладчика (A/CN.4/715), а также комментарии и замечания, полученные от правительств (A/CN.4/712 и Add.1).

45. На своих 3390, 3391 и 3393–3396-м заседаниях, состоявшихся в период с 30 апреля по 7 мая 2018 года, Комиссия рассмотрела пятый доклад Специального докладчика и поручила Редакционному комитету начать второе чтение всего свода проектов выводов на основе предложений Специального докладчика, принимая во внимание комментарии и замечания правительств и обсуждение на пленарных заседаниях доклада Специального докладчика.

46. Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета (A/CN.4/L.907) на своем 3406-м заседании, состоявшемся 18 мая 2018 года, и приняла весь свод проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров во втором чтении (раздел E.1 ниже).

47. На своих 3444–3448-м заседаниях 6–8 августа 2018 года Комиссия приняла комментарии к вышеупомянутым проектам выводов (раздел E.2 ниже).

48. В соответствии с положением о своей деятельности Комиссия представляет проекты выводов Генеральной Ассамблеи вместе с рекомендацией, изложенной ниже.

С. Рекомендация Комиссии

49. На своем 3448-м заседании 8 августа 2018 года Комиссия постановила в соответствии со статьей 23 своего Положения рекомендовать Генеральной Ассамблеи:

а) *принять к сведению* проект выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров в своей резолюции, приложить проект выводов к этой резолюции и обеспечить его максимально широкое распространение; и

б) *обратить* на проект выводов вместе с комментариями к ним внимание государств и всех тех, на кого может быть возложена задача толкования договоров.

Д. Выражение признательности Специальному докладчику

50. На своем 3448-м заседании, состоявшемся 8 августа 2018 года, Комиссия после принятия проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров приняла путем аккламации следующую резолюцию:

«Комиссия международного права,

приняв проект выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров,

выражает Специальному докладчику г-ну Георгу Нольте свою глубокую благодарность и искреннюю признательность за выдающийся вклад, который он внес в подготовку проектов выводов благодаря своим неустанным

¹³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10)*, пп. 75–76.

¹⁴ Там же, п. 73.

усилиям и самоотверженной работе, а также за результаты, достигнутые в разработке проекта выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров».

Е. Текст проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров

1. Текст проектов выводов

51. Ниже воспроизводится текст проектов выводов, принятый Комиссией во втором чтении на ее семидесятой сессии.

Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров

Часть первая

Введение

Вывод 1

Сфера охвата

Настоящие проекты выводов касаются роли последующих соглашений и последующей практики в толковании договоров.

Часть вторая

Основные правила и определения

Вывод 2

Общее правило и средства толкования договоров

1. Общее правило толкования и обращение к дополнительным средствам толкования соответственно предусматриваются статьями 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров. Эти правила также применяются как обычное международное право.
2. Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и цели договора, как это предусмотрено в пункте 1 статьи 31.
3. Пункт 3 статьи 31 предусматривает, в частности, что наряду с контекстом учитываются а) любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений; и b) любая последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования.
4. В качестве дополнительного средства толкования по статье 32 возможно обращение к другой последующей практике при применении договора.
5. Толкование договора представляет собой единое комбинированное действие, при котором надлежащий акцент делается на различных средствах толкования, указанных соответственно в статьях 31 и 32.

Вывод 3

Последующие соглашения и последующая практика в качестве аутентичных средств толкования

Последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 а) и b) статьи 31, будучи объективным доказательством того, как участники понимают значение договора, являются аутентичными средствами толкования при применении общего правила толкования договоров, отраженного в статье 31.

Вывод 4**Определение последующего соглашения и последующей практики**

1. Последующее соглашение как аутентичное средство толкования по пункту 3 а) статьи 31 – это достигнутое после заключения договора соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений.
2. Последующая практика как аутентичное средство толкования по пункту 3 б) статьи 31 состоит из поведения при применении договора после его заключения, которое устанавливает соглашение участников относительно толкования договора.
3. Последующая практика как дополнительное средство толкования по статье 32 состоит из поведения одного или нескольких участников при применении договора после его заключения.

Вывод 5**Поведение как последующая практика**

1. Последующая практика по статьям 31 и 32 может состоять из любого поведения участника при применении договора, будь то при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или других функций.
2. Другое поведение, в том числе негосударственных акторов, не составляет последующей практики по статьям 31 и 32. Однако такое поведение может быть релевантным при оценке последующей практики участников договора.

Часть третья**Общие аспекты****Вывод 6****Выявление последующих соглашений и последующей практики**

1. Выявление последующих соглашений и последующей практики по пункту 3 статьи 31 требует, в частности, определения того, заняли ли участники, путем соглашения или практики, позицию относительно толкования договора. Такая позиция не занята, если участники просто решили временно не применять договор или решили следовать определенной практической договоренности (*modus vivendi*).
2. Последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 могут принимать различные формы.
3. Выявление последующей практики по статье 32 требует, в частности, определения того, является ли поведение одного или нескольких участников поведением при применении договора.

Вывод 7**Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики для толкования**

1. Последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 содействуют, в их взаимодействии с другими средствами толкования, прояснению значения договора. Это может приводить к сужению, расширению или иному определению диапазона возможных толкований, включая любую свободу усмотрения, которую договор предоставляет участникам.
2. Последующая практика по статье 32 может также содействовать прояснению значения договора.
3. Презюмируется, что участники договора, путем соглашения или практики применения договора, намерены толковать договор, а не вносить в него поправки или изменять его. Возможность внесения поправок в договор или его изменения путем последующей практики участников не является

общепризнанной. Настоящий проект вывода не наносит ущерба нормам Венской конвенции о праве международных договоров и обычного международного права, касающимся внесения поправок или изменения договоров.

Вывод 8

Толкование терминов договора как способных меняться со временем

Последующие соглашения и последующая практика по статьям 31 и 32 могут помочь определить, состояло ли презюмируемое намерение участников при заключении договора в том, чтобы придать какому-либо из используемых терминов значение, которое способно меняться со временем.

Вывод 9

Значимость последующих соглашений и последующей практики как средства толкования

1. Значимость последующего соглашения или последующей практики как средства толкования по пункту 3 статьи 31 зависит, в частности, от их ясности и специфичности.
2. Кроме того, значимость последующей практики по пункту 3 b) статьи 31 зависит, в частности, от того, повторяется ли она, и если да, то каким образом.
3. Значимость последующей практики как дополнительного средства толкования по статье 32 может зависеть от критериев, указанных в пунктах 1 и 2.

Вывод 10

Соглашение участников относительно толкования договора

1. Соглашение по пункту 3 а) и b) статьи 31 требует общего понимания в отношении толкования договора, которое участники знают и принимают. Такое соглашение может быть юридически связывающим, но необязательно должно быть таковым, чтобы приниматься во внимание.
2. Количество участников, которые должны активно участвовать в осуществлении последующей практики для установления соглашения по пункту 3 b) статьи 31, может варьироваться. Молчание одного или нескольких участников может представлять собой принятие последующей практики, когда обстоятельства требуют реакции.

Часть четвертая

Конкретные аспекты

Вывод 11

Решения, принятые в рамках конференции государств-участников

1. Конференция государств-участников, согласно этим проектам выводов, – это совещание участников договора для цели рассмотрения действия или имплементации договора, если только они не выступают в качестве членов органа международной организации.
2. Юридический эффект решения, принятого в рамках конференции государств-участников, зависит в первую очередь от договора и применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств подобное решение может воплощать в себе, эксплицитно или имплицитно, последующее соглашение по пункту 3 а) статьи 31 или порождать последующую практику по пункту 3 b) статьи 31 или последующую практику по статье 32. Решения, принятые в рамках конференции государств-участников, часто предоставляют неисчерпывающий диапазон практических вариантов имплементации договора.
3. Решение, принятое в рамках конференции государств-участников, воплощает в себе последующее соглашение или последующую практику по

пункту 3 статьи 31 в той степени, в которой оно отражает соглашение по существу между участниками относительно толкования договора, независимо от формы и процедуры принятия решения, в том числе его принятия путем консенсуса.

Вывод 12

Учредительные акты международных организаций

1. Статьи 31 и 32 применяются к договору, являющемуся учредительным актом международной организации. Соответственно, последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 являются средством толкования таких договоров, а последующая практика по статье 32 может им являться.
2. Последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 или последующая практика по статье 32 могут возникать из практики международной организации при применении ею своего учредительного акта или могут находить свое выражение в такой ее практике.
3. Практика международной организации при применении ею своего учредительного акта может вносить вклад в толкование этого акта при применении статей 31 и 32.
4. Пункты 1–3 применяются к толкованию договора, являющегося учредительным актом международной организации, без ущерба для соответствующих правил организации.

Вывод 13

Суждения экспертных договорных органов

1. Для целей этих проектов выводов «экспертный договорный орган» – это орган, состоящий из экспертов, выступающих в своем личном качестве, который учрежден согласно договору и не является органом международной организации.
2. Релевантность суждения экспертного органа для толкования договора определяется применимыми нормами договора.
3. Суждение экспертного договорного органа может порождать последующее соглашение или последующую практику участников по пункту 3 статьи 31 или последующую практику по статье 32 или отсылать к ним. Молчание участника не презюмируется как образующее последующую практику по пункту 3 b) статьи 31, принимающую толкование договора, выраженное в суждении экспертного договорного органа.
4. Настоящий проект вывода не затрагивает вклада, вносимого суждениями экспертных договорных органов в толкование договоров, на которые распространяются их мандаты.

2. Текст проектов выводов и комментариев к ним

52. Текст проектов выводов с комментариями к ним, принятый Комиссией во втором чтении, воспроизводится ниже.

Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров

Часть первая

Введение

Вывод 1

Сфера охвата

Настоящие проекты выводов касаются роли последующих соглашений и последующей практики в толковании договоров.

Комментарий

- 1) Как это всегда имеет место в случае материалов, подготавливаемых Комиссией, проекты выводов подлежат прочтению вместе с комментариями.
- 2) Настоящие проекты выводов призваны разъяснить роль, которую последующие соглашения и последующая практика играют в толковании договоров. Они основываются на Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (далее «Венская конвенция 1969 года»)¹⁵. Проекты выводов определяют место последующих соглашений и последующей практики в системе норм Венской конвенции, касающихся толкования, за счет выявления и прояснения соответствующих аспектов, а также за счет рассмотрения некоторых вопросов, которые могут возникать при применении таких норм.
- 3) Проекты выводов не охватывают все возможные обстоятельства, в которых последующие соглашения и последующая практика могут играть определенную роль при толковании договоров. Так, например, одним из аспектов, не рассматриваемых в общем плане, является релевантность последующих соглашений и последующей практики применительно к договорам между государствами и международными организациями или между международными организациями¹⁶. Практика международных организаций затрагивается лишь в ограниченной степени в пункте 3 проекта вывода 12. Проекты выводов не имеют отношения к толкованию правил, принятых международной организацией, выявлению обычного международного права или общих принципов права. Они не затрагивают других средств толкования по статье 31, включая пункт 3 с), согласно которому при толковании договора учитываются любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками.
- 4) Проекты выводов призваны облегчить работу тех, на кого возложено толкование договоров. Помимо международных судов и трибуналов, они могут служить руководством для государств, в том числе для их судов, и международных организаций, а также для всех тех, на кого возложено толкование договоров.

Часть вторая

Основные правила и определения

Вывод 2

Общее правило и средства толкования договоров

1. Общее правило толкования и обращение к дополнительным средствам толкования соответственно предусматриваются статьями 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров. Эти правила также применяются как обычное международное право.
2. Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и цели договора, как это предусмотрено в пункте 1 статьи 31.
3. Пункт 3 статьи 31 предусматривает, в частности, что наряду с контекстом учитываются а) любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений; и б) любая последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования.

¹⁵ Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, № 18232, p. 331.

¹⁶ См. Венскую конвенцию о праве международных договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (далее – «Венская конвенция 1986 года») (Вена, 21 марта 1986 года, еще не вступила в силу) (A/CONF.129/15). В комментариях используются некоторые материалы, которые могут относиться к таким договорам, но представлять при этом общий интерес.

4. В качестве дополнительного средства толкования по статье 32 возможно обращение к другой последующей практике при применении договора.

5. Толкование договора представляет собой единое комбинированное действие, при котором надлежащий акцент делается на различных средствах толкования, указанных соответственно в статьях 31 и 32.

Комментарий

1) Проект вывода 2 помещает последующие соглашения и последующую практику как средства толкования договоров в систему норм толкования договоров, установленную в статьях 31 и 32 Венской конвенции 1969 года. Заголовок «Общее правило и средства толкования договоров» обозначает два момента. Во-первых, статья 31 в целом – это «общее правило» толкования договоров¹⁷. Во-вторых, статьи 31 и 32 вместе взятые содержат перечень «средств толкования», которые должны (статья 31) или могут (статья 32) приниматься во внимание при толковании договоров¹⁸.

Пункт 1, первое предложение, – связь между статьями 31 и 32

2) В пункте 1 проекта вывода 2 подчеркивается взаимосвязь между статьями 31 и 32, а также тот факт, что эти положения вместе взятые отражают обычное международное право. Ссылка на обе статьи 31 и 32 с самого начала проясняет общий контекст, в котором последующие соглашения и последующая практика затрагиваются в проектах выводов.

3) Хотя в статье 31 устанавливается общее правило, а в статье 32 – обращение к дополнительным средствам толкования, оба правила¹⁹ подлежат совместному прочтению, поскольку они представляют собой целостную систему толкования договоров. В статье 32 указаны границы между применением основных средств толкования в соответствии со статьей 31²⁰, все из которых надлежит принимать во внимание в процессе толкования, и применением «дополнительных средств толкования», предусмотренных в статье 32. Обращение к дополнительным средствам толкования возможно для того, чтобы либо подтвердить значение, выявленное в результате применения статьи 31, либо определить такое значение, когда толкование в соответствии со статьей 31 оставляет значение договора или его терминов двусмысленным или неясным или приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными.

Пункт 1, второе предложение, – правила Венской конвенции в отношении толкования и обычное международное право

4) Во втором предложении пункта 1 проекта вывода 2 подтверждается, что правила, закрепленные в статьях 31 и 32 Венской конвенции, отражают обычное международное право²¹. Обычный характер этих норм признавался международными

¹⁷ Заголовок статьи 31 Венской конвенции 1969 года.

¹⁸ См. первый доклад по вопросу о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров (A/CN.4/660), п. 8; М.Е. Villiger, «The 1969 Vienna Convention on the law of treaties: 40 years after», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 2009* (далее по тексту – «*Recueil des cours...*»), vol. 344, pp. 9–133, at pp. 118–119 and 126–128.

¹⁹ О смысле термина «правило» в этом контексте: см. *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, сс. 217–220 англ. текста (Комментарий, введение); R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2015), pp. 36–38.

²⁰ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 223 англ. текста, комментарий к проекту статьи 28, п. 19); Х. Уолдок, Третий доклад о праве международных договоров, *Ежегодник... 1964 год*, т. II, документ A/CN.4/167 и Add.1–3, pp. 58–59, para. 21; М.К. Yasseen, «L'interprétation des traités d'a près la Convention de Vienne sur le droit des traités», *Recueil des cours... 1976-III*, vol. 151, pp. 1–114, at p. 78; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester, Manchester University Press, 1984), pp. 141–142; Villiger, «The 1969 Vienna Convention...» (см. сноску 18 выше), pp. 127–128.

²¹ Y. le Bouthillier, «Commentary on article 32 of the Vienna Convention», in *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Corten and P. Klein, eds. (Oxford, Oxford University

судами и трибуналами. Это касается, например, Международного Суда²², Международного трибунала по морскому праву (далее МТМП)²³, межгосударственных арбитражных трибуналов²⁴, Апелляционного органа Всемирной торговой организации (ВТО)²⁵, Европейского суда по правам человека²⁶, Межамериканского суда по правам человека²⁷, Суда Европейского союза²⁸ и

Press, 2011), pp. 841–865, at pp. 843–846, paras. 4–8; P. Daillier, M. Forteau and A. Pellet, *Droit international public*, 8th ed. (Paris, L.G.D.J., 2009), pp. 285–286; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 13–20; M.E. Villiger, «The 1969 Vienna Convention» (см. сноску 18 выше), pp. 132–133.

- ²² *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2010*, p. 14, at p. 46, para. 65 (Венская конвенция 1969 года, ст. 31); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at p. 237, para. 47; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007*, p. 43, at pp. 109–110, para. 160; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 2004*, p. 136, p. 174, para. 94; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004*, p. 12, at p. 48, para. 83; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 625, p. 645, para. 37; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2001*, p. 466, p. 501, para. 99 (Венская конвенция 1969 года, ст. 31); *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1059, para. 18 (Венская конвенция 1969 года, ст. 31); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1994*, p. 6, at pp. 21–22, para. 41 (Венская конвенция 1969 года, ст. 31; хотя ст. 32 Венской конвенции 1969 года прямо не упоминалась, была сделана отсылка к дополнительным средствам толкования).
- ²³ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the area*, case № 17, Advisory Opinion, 1 February 2011, *ITLOS Reports 2011*, p. 10, at para. 57.
- ²⁴ *Award in Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decision of 24 May 2005, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA)*, vol. XXVII (sales № E/F.06.V.8), pp. 35–125, at para. 45 (Венская конвенция 1969 года, ст. 31–32).
- ²⁵ В пункте 2 статьи 3 Договора о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, ВТО предусмотрено, что система урегулирования споров «...имеет целью... вносить ясность в отношении действующих положений... соглашений [ВТО, охватываемых ею] в соответствии с обычными правилами толкования международного публичного права» (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1869, № 31874, p. 402), хотя в нем прямо не дается отсылка к ст. 31 и 32 Венской конвенции 1969 года. Вместе с тем Апелляционный орган неизменно признает, что ст. 31 и 32 отражают нормы обычного международного права, и обращался к ним, ссылаясь на пункт 2 статьи 3 Договора о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров. См., например, WTO Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US-Gasoline)*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, Section III, B (Венская конвенция 1969 года, ст. 31, п. 1); WTO Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan-Alcoholic Beverages II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, Section D (Венская конвенция 1969 года, ст. 31–32). См. также G. Nolte, «Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time», in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 210–240, at p. 215.
- ²⁶ *Golder v. the United Kingdom*, № 4451/70, 21 February 1975, Series A № 18, para. 29; *Witold Litwa v. Poland*, № 26629/95, 4 April 2000, ECHR 2000-III, para. 58 (Венская конвенция 1969 года, ст. 31); *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], № 34503/97, 12 November 2008, ECHR-2008, para. 65 (имплицитно Венская конвенция 1969 года, ст. 31–33); *Hassan v. United Kingdom* [GC], № 29750/09, 16 September 2014, ECHR 2014, para. 100.
- ²⁷ *The effect of reservations on the entry into force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)*, Advisory Opinion OC-2/82, 24 September 1982, Inter-Am. Ct. H.R. Series A № 2, para. 19 (имплицитно Венская конвенция 1969 года, ст. 31–32); *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, Judgment (Merits, Reparations and Costs), 21 June 2002, Inter-Am. Ct. H.R. Series C № 94, para. 19 (Венская конвенция 1969 года, ст. 31, п. 1); дополнительные решения см. С.Е. Arévalo Narváez and P.A. Patarroyo Ramírez, «Treaties over time and human rights: a case law analysis of the Inter-American Court of Human Rights», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (2017), pp. 295–331, p. 315, footnote 88.
- ²⁸ Judgment of 25 February 2010, Case C-386/08, *Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, *European Court Reports 2010 I-01289*, paras. 41–43 (Венская конвенция 1969 года, ст. 31).

международных инвестиционных трибуналов, в том числе учрежденных Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС)²⁹ в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств³⁰. Таким образом, правила, закрепленные в статьях 31 и 32, действуют в качестве договорного права для тех государств, которые являются участниками Венской конвенции 1969 года, и в качестве обычного международного права для всех государств, в том числе в отношении договоров, которые были заключены до вступления в силу Венской конвенции для соответствующих государств-участников.

5) Статья 33 может также иметь отношение к проектам выводов по теме «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров». Так, «последующее соглашение», согласно пункту 3 а) статьи 31, может быть сформулировано на двух или более языках, и могут возникнуть вопросы, касающиеся связи любого последующего соглашения с вариантами самого договора на разных языках. Тем не менее Комиссия решила не обращаться к этим вопросам, в том числе вопросу о том, насколько статья 33 отражает обычное международное право³¹.

Пункт 2 – пункт 1 статьи 31

б) В пункте 2 проекта вывода 2 воспроизводится текст пункта 1 статьи 31 Венской конвенции 1969 года ввиду его важности для данной темы. Пункт 1 статьи 31 является отправной точкой для любого толкования договоров в соответствии с общим правилом, содержащимся в статье 31 в целом. Ссылка на нее призвана способствовать обеспечению баланса в процессе толкования между оценкой терминов договора в их контексте и в свете объекта и цели договора, с одной стороны, и соображениями, касающимися последующих соглашений и последующей практики в настоящих проектах выводов, с другой стороны. Однако повторение пункта 1 статьи 31 в отдельном пункте не означает, что он и упомянутое в нем средство толкования обладают по существу преимущественной силой в контексте самой статьи 31. Все средства толкования в статье 31, включая элементы контекста, упомянутые в пункте 2, представляют собой часть правила, составляющего единое целое³².

Пункт 3 – пункт 3 статьи 31

7) В пункте 3 воспроизводится формулировка пункта 3 а) и б) статьи 31 Венской конвенции 1969 года, чтобы указать место последующих соглашений и последующей

²⁹ *National Grid plc v. Argentine Republic*, decision on jurisdiction (UNCITRAL), 20 June 2006, para. 51 (Венская конвенция 1969 года, ст. 31–32); *Canfor Corporation v. United States of America, and Tembec et al. v. United States of America, and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, Order of the Consolidation Tribunal, 7 September 2005, para. 59 (Венская конвенция 1969 года, ст. 31–32); см. *The Renco Group Inc. v. Republic of Peru*, partial award on jurisdiction, 15 July 2016, ICSID Case № UNCT/13/1, para. 69; *Venezuela US, S.R.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, interim award on jurisdiction, 26 July 2016, PCA Case № 2013-34, para. 49.

³⁰ United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, № 8359, p. 159.

³¹ Международный Суд признал, что пункт 4 статьи 33 отражает обычное международное право, *LaGrand* (см. сноску 22 выше), p. 502, para. 101; Апелляционный орган ВТО постановил, что пункты 3 и 4 отражают обычное право, WTO Appellate Body Report, *United States – Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada (US – Softwood Lumber IV)*, WT/DS257/AB/R, adopted 17 February 2004, para. 59 (Венская конвенция 1969 года, ст. 33, п. 3); WTO Appellate Body Report, *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products*, WT/DS207/AB/R and Corr.1, adopted 23 October 2002, para. 271 (Венская конвенция 1969 года, ст. 33, п. 4); МТМП и Европейский суд по правам человека пошли еще дальше и заявили, что статья 33 в целом отражает обычное право, см. *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* (см. сноску 23 выше); *Golder v. the United Kingdom* (см. сноску 26 выше), para. 29; *Witold Litwa v. Poland* (см. сноску 26 выше), para. 59; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC] (см. сноску 26 выше), para. 65 (Венская конвенция 1969 года, ст. 31–33).

³² *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, сс. 219–220 англ. текста, п. 8). Подробнее см. ниже п. 12) комментарий к проекту вывода 2, п. 5.

практики, основного элемента этой темы, в общей правовой системе толкования договоров. Соответственно, заголовочная часть пункта 3 статьи 31 – «наряду с контекстом учитываются» – сохраняется, чтобы подчеркнуть, что оценка средств толкования, названных в пункте 3 а) и б) статьи 31, является неотъемлемой частью общего правила толкования, изложенного в статье 31³³.

Пункт 4 – последующая практика по статье 32

8) В пункте 4 уточняется, что последующая практика применения договора, которая не удовлетворяет всем критериям пункта 3 б) статьи 31, тем не менее относится к сфере действия статьи 32. Статья 32 содержит неисчерпывающий перечень дополнительных средств толкования³⁴. В пункте 4 заимствована формулировка «возможно обращение» статьи 32, чтобы сохранить различие между императивным характером учета средств толкования, указанных в статье 31, и диспозитивным характером использования дополнительных средств толкования согласно статье 32.

9) В частности, последующая практика применения договора, которая не устанавливает соглашения всех участников договора, а лишь устанавливает согласие одного или нескольких участников, может быть использована как дополнительное средство толкования. Это было заявлено Комиссией³⁵, а впоследствии признано международными судами и трибуналами³⁶ и в литературе³⁷ (подробнее см. пункты 23)–35) комментария к проекту вывода 4).

10) Тем не менее Комиссия не сочла, что последующая практика, которая не связана «с применением договора», должна рассматриваться в настоящих проектах выводов в качестве дополнительного средства толкования. При известных обстоятельствах такого рода практика также могла бы служить возможным дополнительным средством

³³ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 220 англ. текста, п. 8); и G. Nolte, «Jurisprudence of the International Court of Justice and arbitral tribunals of *ad hoc* jurisdiction relating to subsequent agreements and subsequent practice: introductory report for the ILC Study Group on treaties over time», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), p. 169, p. 177.

³⁴ Yasseen, «L'interprétation des traités...» (см. сноску 20 выше), p. 79.

³⁵ *Ежегодник... 1964 год*, т. II, документ A/5809, сс. 203–204 англ. текста, комментарий к проекту ст. 69, п. 13).

³⁶ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), p. 1096, paras. 79–80; *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), № 15318/89, 23 March 1995, ECHR Series A № 310, paras. 79–81; *Hilaire, Constantine and Benjamin et al.* (см. сноску 27 выше), para 92; *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, provisional measures, order of 27 August 1999, *ITLOS Reports... 1999*, p. 280, at para. 50; WTO Appellate Body Report, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment (EC – Computer Equipment)*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R and WT/DS68/AB/R, adopted 22 June 1998, para. 90; see also WTO Appellate Body Report, *United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements (US – COOL)*, WT/DS384/AB/R and WT/DS386/AB/R, adopted 23 July 2012, para 452.

³⁷ Yasseen, «L'interprétation des traités...» (см. сноску 20 выше), p. 52 («...Венская конвенция принимает в качестве элемента общего правила толкования не последующую практику в целом, а лишь конкретную последующую практику, а именно *последующую практику не только единообразную, но и равным образом общую для всех участников... То, что остается от последующей практики, может быть дополнительным средством толкования согласно статье 32 Венской конвенции*» (курсив добавлен)); Sinclair, *The Vienna Convention...* (см. сноску 20 выше), p. 138: «... пункт 3 б) статьи 31 Конвенции [охватывает] лишь конкретную форму последующей практики, т. е. *единообразную последующую практику, общую для всех участников. Последующая практика, которая не соответствует этому узкому определению, тем не менее может представлять собой дополнительное средство толкования по смыслу ст. 32 Конвенции*» (курсив добавлен); S. Torres Bernárdez, «Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the law of treaties» in *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday*, G. Hafner et al., eds. (The Hague, Kluwer Law International, 1998), p. 721, at p. 726; M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2009), pp. 431–432.

толкования³⁸. Однако такая практика выходит за пределы того, что Комиссия в настоящее время рассматривает в рамках данной темы, за исключением тех случаев, когда она могла бы способствовать «оценке» соответствующей последующей практики применения договора (см. проект вывода 5 и сопровождающий его комментарий). Так, в пункте 4 проекта вывода 2 говорится о любой последующей практике «при применении договора», как собственно того требует и пункт 3 проекта вывода 4, который определяет «последующую практику по статье 32».

Пункт 5 – «единое комбинированное действие»

11) Комиссия посчитала важным в конце проекта вывода 2 подчеркнуть в пункте 5³⁹, что, несмотря на структуру проекта вывода 2, при переходе от общего к частному процесс толкования представляет собой «единое комбинированное действие», которое требует «надлежащего акцента» на различных средствах толкования⁴⁰. Выражение «единое комбинированное действие» взято из комментария Комиссии к проектам статей 1966 года о праве международных договоров⁴¹. Там Комиссия также указала, что она намеревается «подчеркнуть, что процесс толкования представляет собой единое целое»⁴².

12) В пункте 5 проекта вывода 2 также поясняется, что в ходе процесса толкования как «единого комбинированного действия» необходимый акцент необходимо делать на различных средствах толкования, которые упомянуты в статьях 31 и 32 Венской конвенции 1969 года. Вместе с тем Комиссия не сочла нужным сослаться в качестве примера на одно или более из конкретных средств толкования в тексте пункта 5 проекта вывода 2⁴³. Это позволяет избежать того возможного ошибочного понимания, что любое из различных средств толкования имеет приоритет по сравнению с другими, вне зависимости от конкретной договорной нормы или конкретного случая.

13) В пункте 5 использован термин «средства толкования». Этот термин охватывает не только «дополнительные средства толкования», которые упомянуты в статье 32, но и элементы, упомянутые в статье 31⁴⁴. Хотя Комиссия в своем комментарии к проектам статей о праве международных договоров использовала термины «средства толкования» и «элементы толкования» как одинаковые по смыслу, для рассмотрения настоящей темы Комиссия сохранила термин «средства толкования», поскольку он также описывает их функцию в процессе толкования как орудия или инструмента⁴⁵. Термин «средства» не отделяет друг от друга различные факторы, упомянутые в статьях 31 и 32. Скорее, он указывает, что каждый из этих элементов имеет функцию в процессе толкования, которое является «единым» и в то же время «комбинированным» действием⁴⁶. Точно так же, как суды обычно выстраивают свою аргументацию, сначала обратившись к терминам договора, а затем переходя в рамках интерактивного процесса⁴⁷ к анализу этих терминов в их контексте и в свете объекта и

³⁸ L. Boisson de Chazournes, «Subsequent practice, practices, and "family resemblance": towards embedding subsequent practice in its operative milieu», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), pp. 53–63, at pp. 59–62.

³⁹ A/CN.4/660, п. 64; и Nolte, «Jurisprudence of the International Court of Justice...» (см. сноску 33 выше), pp. 171 and 177.

⁴⁰ О различных функциях последующих соглашений и последующей практики по отношению к прочим средствам толкования см. A/CN.4/660, pp. 42–57; и Nolte, «Jurisprudence of the International Court of Justice...» (см. сноску 33 выше), p. 183.

⁴¹ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, сс. 219–220 англ. текста, п. 8).

⁴² Там же.

⁴³ См. первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/660), pp. 8–28.

⁴⁴ См. также комментарий к проекту вывода 2, п. 1); и Villiger, «The 1969 Vienna Convention...» (см. сноску 18 выше), p. 129; Daillier, Forteau and Pellet, *Droit international public* (см. сноску 21 выше), pp. 284–289.

⁴⁵ Предварительный краткий отчет о 3172-м заседании, 31 мая 2013 года (A/CN.4/SR.3172), с. 4 англ. текста.

⁴⁶ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, сс. 219–220 англ. текста, п. 8).

⁴⁷ Там же.

цели договора⁴⁸, в любом случае толкования договора сначала должно быть выявлено конкретное значение различных средств толкования, прежде чем их можно будет «бросить в тигель»⁴⁹, чтобы прийти к правильному толкованию, дав им соответствующий вес по отношению друг к другу.

14) Обязательство делать «надлежащий акцент на различных средствах толкования» может в ходе толкования договоров приводить в конкретных случаях к разному акценту на различных средствах толкования в зависимости от договора или от соответствующих договорных положений⁵⁰. Это не значит, что суд или другой толкователь не может быть до известной степени свободен в выборе и использовании различных средств толкования. Толкователю необходимо определить релевантность различных средств толкования в конкретном случае и выявить их взаимодействие с другими средствами толкования, добросовестно сделав на них надлежащий акцент, когда того требует применяемая норма⁵¹. Некоторые указания по проведению необходимой оценки содержатся в проекте вывода 9 о значимости последующих соглашений и последующей практики как средства толкования.

15) В проекте вывода 2 не упоминается «характер» договора как фактор, который обычно важен для определения того, должны ли определенные средства толкования получать больший или меньший вес⁵². Тем не менее решения различных международных судов и трибуналов указывают на то, что характер договора иногда может иметь значение для его интерпретации⁵³. Концепция характера договора не

⁴⁸ Там же, с. 219 англ. текста, п. 6). См. также Yasseen, «L'interprétation des traités...» (см. сноски 20 выше), p. 58; Sinclair, *The Vienna Convention...* (см. сноски 20 выше), p. 130; J. Klabbbers, «Treaties, object and purpose», *Max Planck Encyclopedia on Public International Law* (<http://www.mpepil.com>), para. 7; Villiger, *Commentary...* (см. сноски 37 выше), p. 427, para. 11; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *I.C.J. Reports 1988*, p. 69, at p. 89, paras. 45–46; *Delimitation of the continental shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic*, decision of 30 June 1977, UNRIAA, vol. XVIII (sales № E/F.80.V.7), pp. 3–413, at pp. 32–35, para. 39.

⁴⁹ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 220 англ. текста.

⁵⁰ Пункт 2 проекта вывода 1, предложенный в документе A/CN.4/660, п. 28, и в целом пп. 10–27.

⁵¹ Решения национальных судов не были единообразными в том, что касается относительной значимости, что последующие соглашения и последующая практика обладают в процессе толкования договоров, см. *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, House of Lords: R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 18, paras. 47–48 (Lord Steyn); *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation* [2005] UKHL 72, para. 31 (Lord Steyn). United States of America, Supreme Court: *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176 (1982), pp. 183–185; *O'Connor v. United States*, 479 U.S. 27 (1986), pp. 31–32; *United States v. Stuart*, 489 U.S. 353 (1989), в котором заявивший несогласное мнение судья (Джастис Скалиа) подверг критике большинство членов Суда за то, что они опирались на «практику подписавших договор сторон», которая, по его мнению, не должна рассматриваться, поскольку в тех случаях, когда «язык договора устраняет возникшую проблему, нет необходимости искать дополнительные средства», p. 371. Switzerland: Federal Administrative Court, judgment of 21 January 2010, BVGE 2010/7, para 3.7.11; Federal Supreme Court, *A v. B*, appeal judgment of 8 April 2004, № 4C.140/2003, BGE, vol. 130 III, p. 430, at p. 439.

⁵² Пункт 2 проекта вывода 1, предложенный в документе A/CN.4/660, п. 28, и анализ в пп. 8–28.

⁵³ Например, группы и Апелляционный орган ВТО, как представляется, склонны особо подчеркивать условия соответствующего соглашения ВТО (к примеру, WTO Appellate Body, *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft, Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU*, WT/DS46/AB/RW, adopted 4 August 2000, para. 45), в то время как Европейский суд по правам человека и Межамериканский суд по правам человека особо выделяют характер Конвенции как правозащитного договора (к примеру, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I, para. 111; *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99, 1 October 1999, Inter-Am. Ct. H.R. Series A № 16, para. 58); см. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10 и Add.1)*, сс. 281–282, и Nolte, «Jurisprudence under special regimes...» (см. сноски 25 выше), p. 210, at pp. 216, 244–246, 249–262 and 270–275.

чужда Венской конвенции 1969 года (см., например, пункт 1 а) статьи 56)⁵⁴, и ссылка на характер договора или договорных норм включалась в другие тексты Комиссии⁵⁵. Однако Комиссия решила, что в проекте выводов не должно говориться о «характере» договора, чтобы не ставить под сомнение единство процесса толкования и избежать любого присвоения категорий договорам. В любом случае было бы трудно отделить «характер договора» от объекта и цели договора⁵⁶.

Вывод 3

Последующие соглашения и последующая практика в качестве аутентичных средств толкования

Последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 а) и б) статьи 31, будучи объективным доказательством того, как участники понимают значение договора, являются аутентичными средствами толкования при применении общего правила толкования договоров, отраженного в статье 31.

Комментарий

1) Охарактеризовав последующие соглашения и последующую практику в соответствии с пунктом 3 а) и б) статьи 31 Венской конвенции как «аутентичные» средства толкования, Комиссия указывает, почему они играют важную роль при толковании договоров⁵⁷. Поэтому Комиссия следует своему комментарию 1966 года к проектам статей о праве договоров, в котором последующие соглашения и последующая практика в соответствии с пунктом 3 а) и б) статьи 31 определялись как «аутентичные средства толкования» и подчеркивалось, что:

«важность такой последующей практики при применении договора, в качестве одного из элементов толкования, является очевидной, поскольку она является объективным доказательством понимания сторонами смысла договора»⁵⁸.

2) Последующие соглашения и последующая практика в соответствии с пунктом 3 а) и б) статьи 31 не являются, однако, единственным «аутентичным средством толкования». Как поясняла Комиссия:

«подход Комиссии к толкованию договоров строится на том, что текст договора должен презюмироваться как аутентичное выражение намерений участников... в силу чего обычное значение терминов, контекст договора, его объект и цели,

⁵⁴ M. Forteau, «Les techniques interprétatives de la Cour internationale de Justice», *Revue générale de droit international public*, vol. 115 (2011), p. 399, at pp. 406–407 and 416; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, Separate Opinion of Judge Dillard, p. 150, at p. 154, footnote 1.

⁵⁵ Статьи о последствиях вооруженных конфликтов для договоров (ст. 6 а)), резолюция 66/99 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 2011 года, приложение; см. также Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10 и Add.1)*; в руководящем положении 4.2.5 говорится о характере обязательств по договору, а не о характере договора как такового.

⁵⁶ См. напр.: комментарий к руководящему положению 4.2.5 (п. 3)) руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10 и Add.1)*. С другой стороны, в статье 6 проекта статей о последствиях вооруженных конфликтов для договоров указывается на «ряд факторов, касающихся характера данного договора, в частности его предмет, его объект и его цель, его содержание и число участников сторон договора». Там же, комментарий к проекту ст. 6, п. 3).

⁵⁷ См. R. Jennings and A. Watts, eds., *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol. 1 (Harlow, Longman, 1992), p. 1268, para. 630; G. Fitzmaurice, «The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and certain other treaty points», *British Yearbook of International Law 1957*, vol. 33, pp. 203–293, at pp. 223–225; WTO Panel Report, *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (second complaint) (US – Large Civil Aircraft (2nd Complaint))*, WT/DS353/R, adopted 23 March 2012, para. 7.953.

⁵⁸ См. *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 221 англ. текста, п. 15).

а также общие нормы международного права вместе с аутентичными толкованиями участников становятся главными критериями толкования договора»⁵⁹.

Термин «аутентичный», таким образом, относится к различным формам «объективного подтверждения» или «доказательства» поведения участников, которое отражает «общее понимание участников» в отношении смысла договора.

3) Охарактеризовав последующие соглашения и последующую практику по пункту 3 а) и b) статьи 31 как «аутентичное» средство толкования, Комиссия признает, что общая воля участников, которая лежит в основе договора, обладает известным весом в плане указания на смысл договора, даже после его заключения. Тем самым Венская конвенция 1969 года наделяет участников договора ролью, которая может быть необычной для толкования юридических текстов во внутренних правовых системах.

4) Обозначение последующих соглашений и последующей практики участников по пункту 3 а) и b) статьи 31 в качестве «аутентичного средства толкования» не предполагает, однако, что эти средства обязательно обладают решающим действием. В соответствии с заголовочной частью пункта 3 статьи 31 последующие соглашения и последующая практика в конечном счете должны лишь «учитываться» при толковании договора, которое представляет собой «единое комбинированное действие» без какой-либо иерархии между всеми средствами толкования, которые упомянуты в статье 31 (см. пункт 5 проекта вывода 2)⁶⁰. По этой причине и несмотря на мнение некоторых комментаторов⁶¹, последующие соглашения и последующая практика, которые устанавливают соглашение участников в отношении толкования договора, необязательно являются юридически обязательными⁶². Это подтверждается пунктом 1 проекта вывода 10. Таким образом, когда Комиссия квалифицирует «последующее соглашение» как представляющее собой «аутентичное толкование участниками, которое должно предполагаться заложенным в тексте договора для целей его толкования»⁶³, она не идет настолько далеко, чтобы утверждать, что такого рода

⁵⁹ *Ежегодник... 1964 год*, т. II, документ A/5809, сс. 204–205 англ. текста, п. 15); см. также там же, сс. 203–204 англ. текста, п. 13: «В пункте 3 указываются *дополнительные* аутентичные элементы толкования: а) соглашения между участниками относительно толкования договора и b) любая последующая практика применения договора, которая четко устанавливает согласие всех участников относительно его толкования» (курсив добавлен); с другой стороны, Уолдок пояснил, что «...подготовительные материалы как таковые не являются аутентичным средством толкования», см. там же, документ A/CN.4/167 и Add.1–3, сс. 58–59 англ. текста, п. 21).

⁶⁰ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, сс. 219–220 англ. текста, пп. 8) и 9).

⁶¹ M. E. Villiger, «The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The «crucible» intended by the International Law Commission», in *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, E. Cannizzaro, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 105–122, at p. 111; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), p. 34; O. Dörr, «Article 31, general rule of interpretation», in *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2nd ed., O. Dörr and K. Schmalenbach, eds. (Berlin, Springer, 2018), pp. 559–616, at pp. 593–595, paras. 72–76; K. Skubiszewski, «Remarks on the interpretation of the United Nations Charter», in *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte – Festschrift für Hermann Mosler*, R. Bernhardt et al., eds. (Berlin, Springer, 1983), pp. 891–902, p. 898.

⁶² H. Fox, «Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili Sedudu Island Case*», in *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, M. Fitzmaurice, O. Elias and P. Merkouris, eds. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2010), pp. 59–74, at pp. 61–62; A. Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps* (Brussels, Bruylant, 2013), pp. 313–315; M. Benatar, «From probative value to authentic interpretation: the legal effects of interpretative declarations», *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), pp. 170–195, at pp. 194–195; cautious: J.M. Sorel and Boré Eveno, «1969 Vienna Convention, Article 31: General rule of interpretation», in Corten and Klein, *The Vienna Conventions...* (см. сноску 21 выше), pp. 804–837, p. 825, paras. 42–43; см. также G. Nolte, «Subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), pp. 307–385, p. 375, para. 16.4.3.

⁶³ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 221, англ. текста, п. 14).

толкование обязательно является решающим в том смысле, что оно превосходит все другие средства толкования.

5) Это не исключает для участников договора, если они того пожелают, возможности заключить обязательное соглашение в отношении толкования договора. Специальный докладчик по вопросу о праве международных договоров сэр Хэмфри Уолдок указал в своем третьем докладе, что, возможно, трудно проводить различие между последующей практикой участников в соответствии с тем, что стало пунктом 3 а) и б) статьи 31, – что лишь должно учитываться среди прочих средств в процессе толкования, – и последующим соглашением, которое участники считают обязательным:

«Последующая практика, когда она последовательна и охватывает всех участников, по-видимому, представляется решающим указанием на смысл, придаваемый договору, *в любом случае*, когда она указывает, что участники считают толкование обязательным для них. В этих случаях последующая практика как элемент толкования договора и как элемент заключения неявного соглашения перекрывается, и смысл, выводимый из такой практики, становится аутентичным толкованием, установленным в силу соглашения»⁶⁴ [курсив добавлен].

б) Возможность достижения участниками обязательного последующего соглашения о толковании прямо признается в некоторых договорах. Так, в пункте 2 статьи 1131 Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА) предусматривается, что «толкование [межправительственной] Комиссией положения настоящего Соглашения обязательно для Трибунала, учреждаемого в соответствии с настоящей статьей»⁶⁵. Наличие такой особой процедуры или соглашения в отношении авторитетного толкования договора, которое участники считают обязательным, может и не исключать дополнительного обращения к последующим соглашениям или последующей практике в соответствии с пунктом 3 а) и б) статьи 31 Венской конвенции 1969 года⁶⁶.

7) Комиссия продолжила использовать термин «аутентичное средство толкования» для описания необязательно исчерпывающего, но авторитетного характера последующих соглашений и последующей практики в соответствии с пунктом 3 а) и б) статьи 31. В проекте вывода 3 Комиссия не использовала терминов «аутентичное толкование» или «авторитетное толкование», поскольку эти концепции часто понимаются как означающие безусловно решающий или обязательный характер соглашения между участниками в отношении толкования договора⁶⁷.

⁶⁴ *Ежегодник... 1964 год*, т. II, документ A/CN.4/167 и Add.1–3, с. 60 англ. текста, п. 25).

⁶⁵ North American Free Trade Agreement between the Government of the United States of America, the Government of Canada and the Government of the United Mexican States (1992) (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1993); *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, award, 24 March 2016, PCA Case № 2012-17, paras. 478–480.

⁶⁶ См. также: Марракешское соглашение об учреждении Всемирной торговой организации (1994 год), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1867, № 31874, p. 3, art. IX, para. 2; WTO Appellate Body Report, *European Communities – Custom Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts (EC – Chicken Cuts)*, WT/DS269/AB/R и Corr.1, WT/DS286/AB/R и Corr.1, принятый 27 сентября 2005 года, п. 273; WTO Appellate Body Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador (EC – Bananas III)*, Second Recourse to Article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU и Corr.1, принятый 11 декабря 2008 года, WT/DS27/AB/RW/USA и Corr.1, принятый 22 декабря 2008 года, пп. 383 и 390.

⁶⁷ См., например, *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, Final Award on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part II, chap. H, para. 23 (со ссылкой на Jennings and Watts (см. сноску 57 выше), p. 1268, para. 630); Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), p. 34; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (Dordrecht, Springer, 2007), p. 153; Skubiszewski, «Remarks on the interpretation of the United Nations Charter» (см. сноску 61 выше), p. 898; G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the*

8) В ряде случаев национальные суды недвусмысленно признают, что последующие соглашения и последующая практика, о которых говорится в пункте 3 а) и б) статьи 31, являются «аутентичными» способами толкования⁶⁸. Вместе с тем они не всегда соответствуют правовым последствиям, которые влечет за собой эта характеристика. Некоторые суды полагают, что последующие соглашения и последующая практика сторон в рамках договора могут создавать определенный обязывающий эффект⁶⁹, однако другие правомерно подчеркивают, что в пункте 3 статьи 31 содержится лишь требование о том, чтобы последующие соглашения и последующая практика всего лишь «учитывались»⁷⁰.

9) Термин «аутентичные средства толкования» охватывает фактический и юридический элементы. Фактический элемент обозначается выражением «объективное доказательство», в то время как юридический элемент заключен в концепции «понимание участниками». Соответственно, Комиссия охарактеризовала «последующее соглашение» как представляющее «аутентичное толкование участниками, которое должно предполагаться заложенным в тексте договора для целей его толкования»⁷¹, и указала, что последующая практика «аналогичным образом (...) представляет собой объективное доказательство понимания участниками смысла договора»⁷². Ввиду характера договоров как воплощения общей воли их участников «объективное доказательство» или «понимание участниками» обладает значительным авторитетом как средство толкования⁷³.

10) Различие между любым «последующим соглашением» (пункт 3 а) статьи 31) и «последующей практикой (...), которая устанавливает соглашение сторон» (пункт 3 б) статьи 31) не означает различия в отношении их аутентичного характера⁷⁴. Комиссия, скорее, считает, что «последующее соглашение между участниками в отношении толкования договора или применения его положений» *ipso facto* имеет то последствие, что оно представляет собой аутентичное толкование договора, в то время как «последующая практика» имеет это последствие лишь тогда, когда она «показывает общее понимание участниками в отношении значения терминов»⁷⁵. Таким образом, различие между «последующим соглашением между сторонами» и «последующей практикой (...), которая устанавливает соглашение сторон», заключается в способе установления соглашения сторон в отношении толкования договора, и различие заключается в том, насколько просто они позволяют установить такое соглашение⁷⁶.

11) Последующие соглашения и последующая практика как аутентичные средства толкования договора не следует путать с толкованием договоров международными судами, трибуналами или экспертными договорными органами в конкретных случаях. Последующие соглашения или последующая практика в соответствии с пунктом 3 а)

Law of Treaties (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973), p. 43; см. также Nolte, «Jurisprudence under special regimes...» (см. сноску 25 выше), p. 210, at p. 240, para. 4.5.

⁶⁸ Switzerland Federal Supreme Court: *A v. B*, appeal judgment of 8 April 2004, № 4C.140/2003, BGE, vol. 130 III, p. 430, at p. 439 (где Суд говорит о сторонах как о «хозяевах договора») («Herren der Verträge»); решение от 12 сентября 2012 года, № 2C_743/2011, BGE, vol. 138 II, p. 524, at pp. 527–528. Germany, Federal Constitutional Court, BVerfGE, vol. 90, p. 286, at p. 362. См. также India, Supreme Court, *Godhra Electricity Co. Ltd. and Another v. The State of Gujarat and Another* [1975] AIR 32. URL: <http://indiankanoon.org/doc/737188> (дата обращения 8 июня 2016 года).

⁶⁹ Germany, Federal Fiscal Court, BFHE, vol. 215, p. 237, at p. 241; *ibid.*, vol. 181, p. 158, at p. 161.

⁷⁰ New Zealand, Court of Appeal, *Zaoui v. Attorney-General (№ 2)* [2005] 1 NZLR 690, para. 130; Hong Kong, China, Court of Final Appeal, *Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration* [1999] 1 HKLRD 315, 354; Austria, Supreme Administrative Court, VwGH, judgment of 30 March 2006, 2002/15/0098, 2, 5.

⁷¹ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 221 англ. текста, п. 14).

⁷² Там же, п. 15).

⁷³ Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 34 and 414–415; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (см. сноску 67 выше), pp. 152–153.

⁷⁴ A/CN.4/660, п. 69.

⁷⁵ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, сс. 221–222 англ. текста, п. 15); см. также W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Berlin, Springer, 1983), p. 294.

⁷⁶ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), p. 1087, para. 63, см. также ниже проект вывода 4 и комментарий к нему.

и b) статьи 31 являются «аутентичными» средствами толкования, поскольку они – суть выражения понимания договора самими участниками. Авторитет международных судов, трибуналов и экспертных договорных органов вытекает из других источников, включая договор, который подлежит истолкованию. Решения и другие высказывания международных судов, трибуналов и экспертных договорных органов могут, однако, косвенным образом иметь отношение к установлению последующих соглашений и последующей практики как аутентичных средств толкования, если они отражают, вызывают или отсылают к таким последующим соглашениям и практике самих участников⁷⁷.

12) В проектах выводов 2 и 4 проводится различие между «последующей практикой», устанавливающей соглашение сторон в соответствии с пунктом 3 b) статьи 31 Венской конвенции 1969 года, с одной стороны, и последующей практикой (в широком смысле) одного или более, но не всех, участников договора, которая может иметь отношение к делу в качестве дополнительного средства толкования в соответствии со статьей 32⁷⁸. Такая последующая практика по статье 32, которая не устанавливает соглашения всех сторон, не может представлять собой «аутентичное» толкование договора всеми его участниками и, таким образом, не будет обладать тем же весом для целей толкования (см. проект вывода 9)⁷⁹.

13) Последняя часть проекта вывода 3 поясняет, что любое использование последующих соглашений и последующей практики как аутентичного средства толкования должно иметь место как часть применения общего правила толкования договоров, отраженного в статье 31 Венской конвенции 1969 года.

Вывод 4

Определение последующего соглашения и последующей практики

1. Последующее соглашение как аутентичное средство толкования по пункту 3 а) статьи 31 – это достигнутое после заключения договора соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений.
2. Последующая практика как аутентичное средство толкования по пункту 3 b) статьи 31 состоит из поведения при применении договора после его заключения, которое устанавливает соглашение участников относительно толкования договора.
3. Последующая практика как дополнительное средство толкования по статье 32 состоит из поведения одного или нескольких участников при применении договора после его заключения.

Комментарий

Общие аспекты

1) В проекте вывода 4 даются определения трех различных «последующих» средств толкования договора, которые упоминаются в пунктах 3 и 4 проекта вывода 2, а именно «последующего соглашения» по пункту 3 а) статьи 31, «последующей практики» по пункту 3 b) статьи 31 и «последующей практики» по статье 32.

2) Во всех трех случаях термин «последующий» относится к действиям, совершаемым «после заключения договора»⁸⁰. Зачастую этот момент времени предшествует моменту вступления договора в силу (статья 24 Венской конвенции 1969 года). Различные положения Венской конвенции 1969 года (например, статья 18) указывают на то, что договор может быть «заключен» до его фактического вступления

⁷⁷ См. ниже проект вывода 13 и Nolte, «Subsequent agreements and subsequent practice of States...» (см. сноску 62 выше), р. 307, at pp. 381 *et seq.*, para. 17.3.1.

⁷⁸ См., в частности, пп. 23)–35) комментария к проекту вывода 4, п. 3, ниже.

⁷⁹ См. также п. 33) комментария к проекту вывода 4, п. 3.

⁸⁰ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 221 англ. текста, п. 14).

в силу⁸¹. Для целей рассматриваемой темы под «заключением» понимается момент, после которого текст договора считается окончательным по смыслу статьи 10 Венской конвенции. Именно после заключения договора, а не с момента его вступления в силу, могут осуществляться «последующие соглашения» и «последующая практика». В самом деле, было бы сложно аргументировать позицию, согласно которой соглашения или практика в период после утверждения окончательного текста договора и до момента вступления договора в силу не должны быть релевантными для цели его толкования⁸².

3) В пункте 2 статьи 31 Венской конвенции 1969 года говорится о том, что «контекст» договора включает в себя «соглашения, достигнутые в связи с заключением договора» и «документы⁸³, составленные в связи с заключением договора». Формулировка «в связи с заключением договора» должна пониматься как включающая в себя соглашения, которые были достигнуты, а также документы, которые были составлены в тесной связи с заключением договора как по времени, так и по контексту⁸⁴. Если они были достигнуты или составлены по истечении этого периода, то подобные «соглашения» и согласованные «документы» относятся к категории «последующих соглашений» или «последующей практики» по смыслу пункта 3 статьи 31⁸⁵.

Пункт 1 – определение «последующего соглашения» по пункту 3 а) статьи 31

4) В пункте 1 проекта вывода 4 содержится определение «последующего соглашения» по пункту 3 а) статьи 31. Термин «участниками» указывает на то, что соглашение должно быть достигнуто между всеми участниками договора.

5) В пункте 3 а) статьи 31 используется термин «последующее соглашение», а не «последующий договор». Однако «последующее соглашение» не обязательно носит менее формальный характер, чем «договор». И если по смыслу Венской конвенции 1969 года «договор» должен быть заключен в письменной форме (пункт 1 а) статьи 2 Венской конвенции), то в международном обычном праве такого требования нет⁸⁶.

⁸¹ См. Дж. Л. Брайерли, Второй доклад о праве международных договоров, *Ежегодник... 1951 год*, т. II, документ A/CN.4/43, pp. 70 *et seq.*; и Фицморис, Первый доклад о праве международных договоров, *Ежегодник... 1956 год*, т. II, документ A/CN.4/101, p. 112; см. также S. Rosenne, «Treaties, conclusion and entry into force», in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, R. Bernhardt, ed. (Amsterdam, North Holland, 2000), p. 933 («Строго говоря, посредством договора завершаются (заключаются) переговоры»); Villiger, *Commentary...* (см. сноску 37 выше), pp. 78–80, paras. 9–14.

⁸² См., например, Declaration on the European Stability Mechanism, agreed on by the Contracting Parties to the Treaty Establishing the Stability Mechanism, 27 September 2012.

⁸³ См. *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 221 англ. текста, п. 13); Федеральный Конституционный суд Германии постановил, что данный термин может включать в себя односторонние заявления, если другая сторона не выражает возражений, см. German Federal Constitutional Court, BVerfGE, vol. 40, p. 141, at p. 176; см. в целом Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), at pp. 240–242.

⁸⁴ Yasseen, «L'interprétation des traités...» (см. сноску 20 выше), p. 38; Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law* (см. сноску 57 выше), p. 1274, para. 632 (однако, с другой стороны, если промежуток времени между заключением договора и достижением дополнительного соглашения является слишком продолжительным, это может служить препятствием к тому, чтобы оно рассматривалось как достигнутое в связи с «заключением договора»).

⁸⁵ См. *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 221 англ. текста, п. 14); см. также Villiger, *Commentary...* (см. сноску 37 выше), p. 431, paras. 20–21; см. также K.J. Heller, «The uncertain legal status of the aggression understandings», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), pp. 229–248, at p. 237.

⁸⁶ Villiger, *Commentary...* (см. сноску 37 выше), p. 80, para. 15; P. Gautier, «Commentary on article 2 of the Vienna Convention», in Corten and Klein, *The Vienna Conventions...* (см. сноску 21 выше), vol. II, at pp. 38–40, paras. 14–18; J. Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law* (The Hague, Kluwer Law International, 1996), pp. 49–50; см. также A. Aust, «The theory and practice of informal international instruments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, № 4 (1986), pp. 787–812, at pp. 794 *et seq.*

Термин «соглашение» в Венской конвенции 1969 года⁸⁷ и в международном обычном праве не подразумевает какую-либо особую степень формальности. Комиссия разъяснила, что статья 39 Венской конвенции 1969 года, в которой излагается общее правило, согласно которому «договор может быть изменен по соглашению между участниками», означает, что «изменение соглашения может принимать любую форму, которую могут выбрать стороны первоначального договора»⁸⁸. Аналогичным образом в Венской конвенции не содержится каких-либо особых формальных требований в отношении соглашений и практики по смыслу пункта 3 а) и б) статьи 31 Венской конвенции⁸⁹.

б) Если каждый договор является соглашением, то не каждое соглашение является договором. И действительно, по пункту 3 а) статьи 31 Венской конвенции «последующее соглашение» всего лишь «учитывается» при толковании договора. Поэтому оно не всегда имеет обязательную юридическую силу. Этот вопрос более подробно рассматривается в проекте вывода 10.

7) В Венской конвенции 1969 года проводится различие между «последующим соглашением» по пункту 3 а) статьи 31 и «любой последующей практикой (...), которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования» по пункту 3 б) статьи 31. Различие между ними зачастую бывает размытым, и, как свидетельствует правоприменительная практика международных судов и других судебных органов, просматривается известное нежелание проводить такое различие. В *Территориальном споре (Ливийская Арабская Джамахирия против Чада)* Международный Суд использовал выражение «последующие подходы» как для обозначения того, что он впоследствии назвал «последующими соглашениями», так и для обозначения последующих односторонних «подходов»⁹⁰. В деле *Суверенитет над островами Пулау-Лигатан и Пулау-Сипадан* Международный Суд оставил открытым вопрос о том, является ли использование определенной географической карты последующим соглашением или последующей практикой⁹¹. Третейские группы и Апелляционный орган ВТО не всегда проводят четкое различие между последующим соглашением и последующей практикой по пункту 3 а) и б) статьи 31⁹².

8) Однако Трибунал, учрежденный на основании Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА) в деле *ССФТ против Соединенных*

⁸⁷ См. ст. 2, п. 1 а), 3, 24, п. 2, 39–41, 58 и 60.

⁸⁸ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, сс. 232 и 233 англ. текста; см. также Villiger, *Commentary...* (см. сноску 37 выше), р. 513, para. 7; P. Sands, «Commentary on article 39 of the Vienna Convention», in Corten and Klein, *The Vienna Conventions...* (см. сноску 21 выше), pp. 971–972, paras. 31–34.

⁸⁹ В пункте 3 б) проекта статьи 27, который впоследствии стал пунктом 3 б) статьи 31 Венской конвенции, содержалось слово «понимание», которое на Конференции Организации Объединенных Наций о праве международных договоров было заменено словом «соглашение». Эта замена была «сугубо редакционной», см. *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по праву международных договоров, первая сессия, Вена, 26 марта – 24 мая 1968 года (A/CONF.39/11, sales № E.68.V.7)*, с. 169 англ. текста; Fox, «Article 31 (3) (a) and (b)...» (см. сноску 62 выше), р. 63.

⁹⁰ См. *Territorial Dispute* (см. сноску 22 выше), р. 6, at pp. 34 *et seq.*, paras. 66 *et seq.*

⁹¹ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*, (см. сноску 22 выше), р. 656, para. 61; в деле *Габчиково-Надямарош* Суд говорил о «последующих позициях», с тем чтобы установить, что «ясно выраженные термины в самом договоре, следовательно, на практике были признаны сторонами как могущие быть предметом обсуждения», *Gabčíkovo-Nagyymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, р. 7, at p. 77, para. 138; см. также *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Judgment (Jurisdiction and Admissibility)*, I.C.J. Reports 1995, р. 6, at p. 16, para. 28 («последующее поведение»).

⁹² См. «Scheduling guidelines» in WTO Panel Report, *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, adopted 1 June 2004, and in WTO Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R and Corr.1, adopted 20 April 2005; to qualify a «1981 Understanding» in WTO Panel Report, *United States – Tax Treatment for «Foreign Sales Corporations»*, WT/DS108/R, adopted 20 March 2000; «Tokyo Round SCM Code» in WTO Panel Report, *Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut*, WT/DS22/R, adopted 20 March 1997, and a «waiver» in WTO Appellate Body Report, *EC – Bananas III* (см. сноску 66 выше).

*Штатов*⁹³ обратился к такому разграничению. В этом деле Соединенные Штаты утверждали, что ряд односторонних мер трех участников НАФТА, если их рассматривать в совокупности, представляет собой последующее соглашение⁹⁴. На первом этапе Трибунал не признал имеющиеся доказательства достаточными для установления наличия последующего соглашения по пункту 3 а) статьи 31⁹⁵. Однако на втором этапе Трибунал пришел к выводу о том, что эти же самые доказательства свидетельствуют о наличии соответствующей последующей практики, которая устанавливает соглашение участников относительно толкования:

«Остается нерешенным вопрос о том, существует ли "последующая практика", которая устанавливает наличие соглашения сторон НАФТА по этому вопросу по пункту 3 b) статьи 31. Трибунал делает вывод о том, что она существует. Хотя, по мнению Трибунала, в деле отсутствуют достаточные доказательства, подтверждающие наличие "последующего соглашения между сторонами в отношении толкования договора или применения его положений", имеющиеся доказательства, приведенные ответчиком, подтверждают, что, тем не менее, существует "последующая практика в ходе применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования..."»⁹⁶.

9) Эти доводы могут указывать на то, что различие между понятиями «последующее соглашение» и «последующая практика» по пункту 3 статьи 31 заключается в различных проявлениях «аутентичного» выражения воли сторон. И действительно, проводя разграничение между «любым последующим соглашением» по пункту 3 а) статьи 31 Венской конвенции 1969 года и «последующей практикой (...), которая устанавливает соглашение участников» по пункту 3 b) статьи 31, Комиссия не собиралась проводить различие между их возможными правовыми последствиями⁹⁷. Эти два понятия различаются прежде всего тем, что «последующее соглашение между сторонами» является аутентичным средством толкования *ipso facto*, в то время как «последующая практика» является таковым лишь в том случае, если все ее различные элементы в совокупности указывают на «общее понимание значения терминов сторонами»⁹⁸.

10) Различие между последующими соглашениями и последующей практикой по пункту 3 статьи 31 проводится на основании того, может ли быть установлено наличие соглашения между участниками как такового в виде общего действия или договоренности, или же необходимо устанавливать наличие соглашения, анализируя отдельные действия, которые в совокупности свидетельствуют о наличии общей позиции. Таким образом, «последующее соглашение» по пункту 3 а) статьи 31 должно быть «достигнуто», и оно предполагает наличие преднамеренного общего действия или договоренности участников, даже если они состоят из индивидуальных действий, посредством которых они выражают общее понимание в отношении толкования договора или применения его положений⁹⁹.

⁹³ *C.C.F.T. v. United States*, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, Award on Jurisdiction, 28 January 2008; см. также *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, Decision on the Challenge to the President of the Committee, 3 October 2001, ICSID Case № ARB/97/3, *ICSID Reports 2004*, vol. 6 (2004), p. 168, at p. 174, para. 12; P. Merkouris and M. Fitzmaurice, «Canons of treaty interpretation: selected case studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement», in Fitzmaurice, Elias and Merkouris, *Treaty Interpretation...* (см. сноску 62 выше), pp. 153–238, at pp. 217–233.

⁹⁴ *C.C.F.T. v. United States* (см. сноску 93 выше), paras. 174–177.

⁹⁵ *Ibid.*, paras. 184–187.

⁹⁶ *Ibid.*, paras. 188, см. также para. 189; и в похожем смысле: *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia* (Netherlands/Bolivia Bilateral Investment Treaty (BIT)), Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICSID Case № ARB/02/3, 21 October 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, № 2 (2005), p. 450, at pp. 528 *et seq.*, paras. 251 *et seq.*

⁹⁷ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, сс. 221–222 англ. текста, п. 15).

⁹⁸ *Ibid.*; см. также Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (см. сноску 75 выше), p. 294.

⁹⁹ Общее действие или договоренность могут состоять из обмена письмами или какой-то другой формы достижения соглашения.

11) «Последующая практика» по пункту 3 b) статьи 31, с другой стороны, охватывает все (другие) соответствующие формы последующего поведения сторон договора, которые способствуют установлению соглашения, или «понимания»¹⁰⁰, сторон относительно толкования договора. Однако в некоторых конкретных случаях «практика» и «соглашение» могут совпадать, и между ними невозможно провести различие. Этим объясняется тот факт, почему термин «последующая практика» иногда используется в более широком смысле, который охватывает оба средства толкования, указанные в пункте 3 a) и b) статьи 31¹⁰¹.

12) В совокупности отдельные последующие соглашения, достигнутые между ограниченным кругом участников договора и вместе составляющие соглашение между всеми участниками договора относительно его толкования, необязательно являются последующим соглашением по смыслу термина «последующее соглашение» по пункту 3 a) статьи 31. Термин «последующее соглашение» по смыслу пункта 3 a) ограничивается общим действием или договоренностью между всеми участниками договора (см. пункт 10) выше)¹⁰². Отдельные последующие соглашения, достигнутые между ограниченным кругом участников договора и вместе составляющие соглашение между всеми участниками договора относительно его толкования, представляют собой последующую практику по пункту 3 b) статьи 31. Такие различные соглашения, достигнутые между ограниченным кругом участников договора, которые, даже если их рассматривать в совокупности, не составляют соглашение между всеми участниками договора относительно его толкования, могут использоваться в качестве дополнительного средства толкования по статье 32 (см. пункты 23) и 24) ниже).

13) «Последующим соглашением» по пункту 3 a) статьи 31 является соглашение относительно толкования договора или применения его положений. Таким образом, целью соглашения, достигнутого между участниками договора, среди прочих, должно быть прояснение смысла положений договора или его применения¹⁰³.

14) Относится ли соглашение к толкованию договора или его применению, в ряде случаев можно определить благодаря содержащейся в «последующем соглашении» ссылке на соответствующий договор. Такая ссылка может быть эксплицитной, но может и содержаться в более позднем договоре¹⁰⁴. Например, в деле *О делимитации морской границы в районе между Гренландией и Ян-Майеном (Дания против Норвегии)* Международный Суд, по-видимому, признал, что «последующий договор», заключенный между сторонами «в этой же области», мог бы использоваться в целях толкования предыдущего договора. Однако при рассмотрении этого дела Суд, в конечном итоге, отказался использовать последующий договор в целях толкования, поскольку в нем не содержалось никаких «ссылок» на предыдущий договор¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Слово «понимание» использовалось Комиссией в соответствующем проекте статьи 27, пункт 3 b), о праве международных договоров (см. сноску 89 выше).

¹⁰¹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006*, p. 113, at pp. 127–128, para. 53: в этом деле даже четко выраженное последующее устное соглашение было охарактеризовано сторонами как «последующая практика».

¹⁰² См. WTO Appellate Body Report, *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, adopted 13 June, para. 371.

¹⁰³ *Ibid.*, paras. 366–378, особенно para. 372; напр.: соглашения, заключаемые на основании положения двустороннего договора о налогообложении, отражающего пункт 3 статьи 25 модельной налоговой конвенции Организации экономического сотрудничества и развития; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (см. сноску 67 выше), pp. 164 *et seq.*

¹⁰⁴ *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*, award, 25 May 2017, ICSID Case № ARB/12/35, paras. 302–303.

¹⁰⁵ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993*, p. 38, at p. 51, para. 28. При рассмотрении дела *О судоходных и смежных правах (Коста-Рика против Никарагуа)*, судья *ad hoc* Гийом сослался на меморандум о взаимопонимании между этими двумя государствами (*Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 22 выше) Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume, p. 290, at pp. 298–299, para. 16).

15) Высший апелляционный суд Гонконга показал пример достаточно строгого подхода, когда ему было поручено дать толкование Совместной китайско-британской декларации в связи с делом *Нга Линг и другие против Директора по делам иммиграции*¹⁰⁶. В этом деле одна из сторон утверждала, что Совместная китайско-британская группа связи, состоящая из представителей Китая и Соединенного Королевства согласно статье 5 Совместной декларации, пришла к соглашению касательно толкования Совместной декларации. В доказательство эта сторона сослалась на буклет, в котором было указано, что он был составлен «на основе существующих положений и практики, касающихся иммиграции, и общей точки зрения британской и китайской сторон [входящих в Совместную группу связи]». Однако Суд не признал, что цель буклета заключалась в «толковании или применении» Совместной декларации по смыслу пункта 3 а) статьи 31¹⁰⁷.

Пункт 2 – определение последующей практики по пункту 3 b) статьи 31

16) Пункт 2 проекта вывода 4 не призван дать общее определение любой формы последующей практики, которая может быть релевантной для цели толкования договоров. Пункт 2 ограничивается последующей практикой в качестве средства аутентичного толкования, которое устанавливает соглашение всех участников договора, как это сформулировано в пункте 3 b) статьи 31. Такая последующая практика (в узком смысле) отличается от последующей практики (в широком смысле) по статье 32 Венской конвенции 1969 года одного или более участников, которая не устанавливает соглашения между сторонами, но которая может, тем не менее, иметь значение в качестве вспомогательного средства (см. пункт 3 проекта вывода 4)¹⁰⁸.

17) Последующая практика по пункту 3 b) статьи 31 может состоять из любого «поведения». Слово «поведение» употреблено в значении статьи 2 статей Комиссии об ответственности государств за международно-противоправные деяния¹⁰⁹. Оно, таким образом, может представлять собой не только действие, но и бездействие, включая соответствующее молчание, способствующие установлению соглашения¹¹⁰. Вопрос о том, при каких обстоятельствах бездействие или молчание могут способствовать соглашению всех сторон относительно толкования договора, рассматривается в пункте 2 проекта вывода 10.

18) Последующая практика по пункту 3 b) статьи 31 должна быть поведением «при применении договора». Сюда относятся не только официальные акты на международном или на внутринациональном уровне, которые направлены на применение договора, в том числе на соблюдение или обеспечение выполнения договорных обязательств, но и, среди прочего, официальные заявления относительно его толкования, такие как заявления на дипломатической конференции, в ходе юридического спора, а также решения национальных судов; официальный обмен сообщениями на основании договора; или принятие национальных законодательных актов либо заключение международных соглашений в целях осуществления договора даже прежде, чем какой-либо акт выполнения будет иметь место на национальном или на международном уровне.

Однако вопрос о том, понимали ли стороны этот меморандум в качестве средства толкования соответствующего договора о границе, остается до конца неясным.

¹⁰⁶ См. *Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration* (см. сноску 70 выше).

¹⁰⁷ *Ibid.*, paras. 152–153.

¹⁰⁸ О различии между двумя формами последующей практики см. ниже пп. 23) и 24) настоящего комментария.

¹⁰⁹ *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, сс. 34–35 англ. текста, п. 2)–4) комментария.

¹¹⁰ Уолдок, Третий доклад о праве международных договоров, *Ежегодник... 1964 год*, т. II, документ [A/CN.4/167](#) и [Add.1–3](#), сс. 61–62 англ. текста, пп. 32)–33); *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C.J. Reports 1962*, p. 6, at p. 23; *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 392, at p. 410, para. 39; *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, UNRIAA, vol. XXI (Sales № E/F.95.V2), pp. 53–264, at pp. 185–187, paras. 168–169.

19) Следует напомнить, что в одном из дел Третейская группа НАФТА отказалась признать, что внутреннее законодательство может использоваться в качестве средства толкования:

«Наконец, с учетом того факта, что обе стороны ссылались на свое национальное законодательство по вопросу о сухопутных перевозках, Трибунал считает целесообразным сослаться на статью 27 Венской конвенции, которая гласит, что «Участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора». Это положение указывает на то, что Группа должна анализировать не национальное законодательство, а применимое международное право. Так, ни внутреннее право Соединенных Штатов, ни законодательство Мексики не должны использоваться при толковании НАФТА. Это бы означало применение ненадлежащей правовой базы»¹¹¹.

Хотя статья 27 Венской конвенции 1969 года, разумеется, является действительной и важной, данная норма не означает, что национальное законодательство нельзя принимать во внимание в качестве элемента последующей практики при применении договора. Существует различие между ссылкой на внутреннее законодательство в качестве оправдания для невыполнения договора, с одной стороны, и обращением к внутреннему законодательству в целях толкования положения договорного права, с другой стороны. Соответственно, международные судебные органы, в частности Апелляционный орган ВТО и Европейский суд по правам человека, признавали и регулярно проводили различие между внутренним законодательством (и иными имплементационными мерами на внутреннем уровне), которое нарушает договорные обязательства, и внутренним законодательством или другими мерами, которые могут служить средством для толкования договора¹¹². Следует, однако, заметить, что в любой «последующей практике применения договора» необходим элемент добросовестности. Соответственно, очевидное ненадлежащее применение договора, в отличие от применения *bona fide* (даже и ошибочного), не является «применением договора» по смыслу статей 31 и 32.

20) Требование о том, чтобы последующая практика применения договора по пункту 3 b) статьи 31 устанавливала соглашение «относительно его толкования», имеет то же значение, что и параллельное требование в соответствии с пунктом 3 a) статьи 31 (см. пункты 13) и 14) выше). Зачастую бывает трудно провести различие между последующей практикой, которая вносит вклад в толкование договора, и иной практикой «в ходе применения договора».

21) Вопрос о том, при каких обстоятельствах на самом деле «устанавливается» «соглашение участников относительно толкования договора», рассмотрен в проекте вывода 10.

22) Пункт 3 b) статьи 31 не содержит явно выраженного требования о том, чтобы практика состояла из поведения самих участников договора. Однако в первую очередь именно сами участники, действуя через свои органы¹¹³ или посредством поведения в ходе применения договора, занимаются практикой, которая может устанавливать их

¹¹¹ NAFTA Arbitral Panel Final Report, *Cross-Border Trucking Services (Mexico v. United States of America)*, № USA-MEX-98-2008-01, adopted 6 February 2001, para. 224 (сноски опущены).

¹¹² Например, WTO Panel Report, *United States – Section 110(5) Copyright Act*, WT/DS160/R, adopted 27 July 2000, para. 6.55; WTO Panel Report, *United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, WT/DS350/R, adopted 19 February 2009, para. 7.173; WTO Appellate Body Report, *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, WT/DS379/AB/R, adopted 25 March 2011, paras. 335–336; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (United States/Argentina BIT), Decision on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, ICSID Case № ARB/01/8, *ICSID Reports 2003*, vol. 7, p. 492, para. 47; *V. v. the United Kingdom* [GC], № 24888/94, 16 December 1999, ECHR 1999-IX, para. 73; *Kart v. Turkey* [GC], № 8917/05, 3 December 2009, ECHR 2009-VI, para. 54; *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*, № 16130/90, 30 June 1993, ECHR Series A № 264, para. 35.

¹¹³ Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (см. сноску 75 выше), pp. 115 *et seq.*

соглашение. Вопрос о том, могут ли другие субъекты вырабатывать релевантную последующую практику, затрагивается в проекте вывода 5¹¹⁴.

Пункт 3 – последующая практика по статье 32

23) В пункте 3 проекта вывода 4 говорится о последующей практике по статье 32, т. е. о последующей практике, отличающейся от указанной в пункте 3 b) статьи 31. Данный пункт касается упомянутой в пункте 4 проекта вывода 2 «последующей практики применения договора в качестве дополнительного средства толкования по статье 32». Такая форма последующей практики, не требующей согласия всех участников, изначально описывалась в комментарии Комиссии к проекту статей о праве международных договоров следующим образом:

«Однако в общем случае практика отдельной стороны или лишь некоторых сторон находится как элемент толкования на существенно ином уровне, нежели согласованная практика, охватывающая все стороны и демонстрирующая общее понимание ими значения договора. Последующая практика второго вида свидетельствует о соглашении сторон относительно толкования договора и аналогична соглашению о толковании. По этой причине Комиссия посчитала нужным включить последующую практику, устанавливающую общее понимание всех участников относительно толкования договора, в пункт 3 [ставший пунктом 3 статьи 31 Венской конвенции 1969 года] в качестве аутентичного средства толкования наряду с соглашениями о толковании. В свою очередь, практика отдельных государств в ходе применения договора может приниматься во внимание лишь как одно из «дальнейших» средств толкования, упомянутых в статье 70 [которая стала статьей 32]»¹¹⁵.

24) Пункт 3 проекта вывода 4 в отличие от пункта 3 b) статьи 31 не устанавливает требования о том, чтобы релевантная практика была «относительно толкования» договора. Так, для целей третьего пункта любая практика применения договора, на основании которой можно судить о том, как следует толковать договор, может быть релевантным дополнительным средством толкования по статье 32.

25) С момента принятия Венской конвенции последующая практика по статье 32 признавалась и применялась в качестве средства толкования международными судами и другими судебными органами (см. пункты 26)–34) ниже). Следует, однако, отметить, что в деле *Япония по вопросу об алкогольных напитках II*¹¹⁶ Апелляционный орган ВТО сформулировал определение последующей практики для целей толкования договора, которое, судя по всему, предполагает, что лишь такая «последующая практика применения договора», «которая устанавливает соглашение сторон относительно его толкования», может быть вообще релевантной для цели толкования договора, а не какая-либо другая форма последующей практики одной или нескольких сторон: «...Последующая практика при толковании того или иного договора была признана в качестве "согласованного, общего и последовательного" ряда актов или заявлений, что достаточно для установления четко выраженной тенденции, подразумевающей наличие соглашения сторон относительно ее толкования»¹¹⁷. Однако практика Международного Суда и других международных судов и трибуналов и даже самого Органа по урегулированию споров ВТО (см. пункты 31) и 33) ниже) свидетельствует о том, что последующая практика, отвечающая всем условиям пункта 3 b) статьи 31 Венской конвенции, является не единственной формой последующей практики сторон при применении договора, которая может быть релевантной для цели толкования договора.

¹¹⁴ См. проект вывода 5, п. 2.

¹¹⁵ *Ежегодник... 1964 год*, т. II, документ A/5809, с. 204 англ. текста, п. 13); см. также *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, сс. 221–222 англ. текста, п. 15).

¹¹⁶ WTO Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, adopted on 1 November 1996, и WTO Report of the Panel, WT/DS8/R, WT/DS10/R and WT/DS11/R, adopted on 1 November 1996.

¹¹⁷ *Ibid.* (WTO Appellate Body Report), section E, p. 16.

26) Например, в деле *Остров Касикили/Седуду* Международный Суд признал, что доклад технического эксперта, составление которого было заказано одной из сторон и который «всегда оставался внутренним документом»¹¹⁸, хотя и не является отражением последующей практики, устанавливающей соглашение сторон в силу пункта 3 b) статьи 31, может, «тем не менее, подтверждать выводы», к которым Суд пришел, применяя иные средства толкования¹¹⁹.

27) Европейский суд по правам человека в деле *Лоизиду против Турции* указал, что его толкование было «подтверждено последующей практикой договаривающихся сторон»¹²⁰, т. е. «доказательством практики, которая свидетельствует о практически универсальном соглашении между договаривающимися сторонами относительно того, что статьи 25 и 46 (...) Конвенции не позволяют применять ограничения территориального или материально-правового характера»¹²¹. Чаще Европейский суд по правам человека полагался на – хотя и не всегда единообразную – последующую практику участников, ссылаясь на национальное законодательство и внутригосударственную административную практику как средство толкования. Например, в деле *Демир и Байкара против Турции* Суд признал, что «в том, что касается практики европейских государств, можно отметить, что в подавляющем большинстве из них признается право госслужащих на проведение переговоров о заключении коллективного соглашения со сторонами»¹²² и что «остающиеся исключения могут быть обоснованы только в случае наличия особых обстоятельств»¹²³.

28) Межамериканский суд по правам человека, принимая во внимание последующую практику сторон, не ограничивался ее использованием в делах, в которых практика устанавливала соглашение сторон. Так, в деле *Илер, Константин и Бенжамин и др. против Тринидада и Тобаго* Межамериканский суд по правам человека постановил, что обязательное применение смертной казни за любые действия, повлекшие причинение смерти другому лицу, не согласуется с пунктом 2 статьи 4 Американской конвенции о правах человека (применение смертной казни только за наиболее тяжкие преступления). С тем чтобы поддержать это толкование, Суд посчитал, что «в этой связи полезно обратиться к некоторым примерам, взятым из законодательства тех американских стран, в которых смертная казнь сохраняется»¹²⁴.

29) Комитет по правам человека, учрежденный в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах, проявляет открытость в отношении аргументации, основанной на последующей практике в широком смысле (по статье 32 Венской конвенции 1969 года), при рассмотрении обоснованности посягательств на права, изложенные в Пакте¹²⁵. Толкуя довольно общие термины, содержащиеся в пункте 3 статьи 19 Пакта (допустимые ограничения свободы выражения мнений), Комитет отметил, что «аналогичные ограничения существуют в правовых системах

¹¹⁸ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), p. 1078, para. 55.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 1096, para. 80.

¹²⁰ *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), № 15318/89, 23 March 1995, ECHR Series A № 310, para. 79.

¹²¹ *Ibid.*, para. 80; следует отметить, что Суд охарактеризовал «такую практику государств» как «единообразную и последовательную», несмотря на высказанное им признание того, что два государства, вероятно, представляют собой исключения (Кипр и Соединенное Королевство; «независимо от их значения»), paras. 80 and 82.

¹²² *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], № 34503/97, 12 November 2008, ECHR-2008, para. 52.

¹²³ *Ibid.*, para. 151; см. также *Jorgic v. Germany*, № 74613/01, 12 July 2007, ECHR 2007-III, para. 69.

¹²⁴ *Hilaire, Constantine and Benjamin et al.* (см. сноску 27 выше), Concurring Separate Opinion of Judge Sergio García Ramírez, para. 12; *Case of Artavia Murillo et al.* («In vitro fertilization») v. *Costa Rica*, Judgment (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 28 November 2012, Inter-Am. Ct. H.R. Series C № 257, paras. 245–256.

¹²⁵ *Йонг-Чеол против Республики Корея*, Соображения, 27 июля 2005 года, сообщение № 968/2001, доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесятая сессия, Дополнение № 40 (A/60/40)*, т. II, приложение V, G.

многих стран»¹²⁶, и пришел к выводу, что цель, установленная в оспариваемом законе, как таковая не выходит за рамки легитимных целей пункта 3 статьи 19 Пакта¹²⁷.

30) Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, ссылаясь на Конвенцию о геноциде¹²⁸, отметил в решении по делу *Елисича*, что:

«...Судебная камера... толкует термины Конвенции в соответствии с общими правилами толкования договоров, изложенными в статьях 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров. ...Судебная камера также учла последующую практику, предусмотренную Конвенцией. Особое внимание было уделено решениям Трибунала по Руанде. ...Практика государств, особенно их национальных судов, а также деятельность международных органов в этой области также были приняты во внимание»¹²⁹.

31) Органы по урегулированию споров ВТО также время от времени проводят различие между «последующей практикой», которая удовлетворяет условиям пункта 3 b) статьи 31, и другими формами последующей практики при применении договора, которые они также признают релевантными для цели толкования договора. Например, в деле *US – Section 110(5) Copyright Act*¹³⁰ (решение по которому не было обжаловано) Третьей группой пришлось решать вопрос о применимости «доктрины незначительных изъятий» по отношению к уплате роялти¹³¹. Группа нашла доказательства в поддержку существования такой доктрины в национальном законодательстве нескольких государств-членов и отметила следующее:

«Мы напоминаем о том, что пункт 3 статьи 31 Венской конвенции предусматривает, что наряду с контекстом а) любое последующее соглашение, b) последующая практика или c) любые соответствующие нормы международного права, применимые к отношениям между участниками, должны приниматься во внимание для целей толкования. Мы отмечаем, что стороны и третьи стороны довели до нашего сведения несколько примеров существования в национальном законодательстве различных стран ограничений, основанных на доктрине незначительных изъятий. По нашему мнению, государственная практика, получившая отражение в национальном законодательстве об авторском праве членов Бернского союза до и после 1948, 1967 и 1971 годов, а также членов ВТО до и после даты, после которой соглашение по ТРИПС стало применяться по отношению к ним, подтверждает наш вывод относительно доктрины незначительных изъятий»¹³².

Третья группа сопроводила это следующим предупреждением:

«Приводя эти примеры государственной практики, мы не желаем выражать мнение по поводу того, являются ли они достаточными для установления «последующей практики» по пункту 3 b) статьи 31 Венской конвенции»¹³³.

32) В деле *Европейские сообщества – Таможенная классификация определенного компьютерного оборудования* Апелляционный орган ВТО подверг критике Третью группу за то, что она не учла решения Комитета по согласованной

¹²⁶ Там же, п. 8.3.

¹²⁷ Там же, см. также *Юн и Чхве против Республики Корея*, Соображения, 3 ноября 2006 года, сообщения № 1321/2004 и 1322/2004, там же, *шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 40 (A/62/40)*, т. II, приложение VII, V, п. 8.4.

¹²⁸ United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, № 1021, p. 277.

¹²⁹ *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Trial Chamber, Judgment, 14 December 1999, IT-95-10-T, para. 61 (сноски опущены); аналогичным образом *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Trial Chamber, Judgment, 2 August 2001, IT-98-33-T, para. 541.

¹³⁰ WTO Panel Report, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, adopted 27 July 2000.

¹³¹ См. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности, ст. 9, п. 1.

¹³² WTO Panel Report, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, adopted 27 July 2000, para. 6.55 (сноски опущены).

¹³³ *Ibid.*, сноска 69.

практике Всемирной таможенной организации (ВТамО) в качестве релевантной последующей практики:

«Надлежащее толкование также должно было бы учитывать анализ существования и релевантности последующей практики. Мы отмечаем, что Соединенные Штаты ссылались в Группе по урегулированию на решения, принятые Комитетом по согласованной системе ВТамО в апреле 1997 года, относительно классификации некоторого оборудования ЛВС в качестве аппаратов автоматической обработки данных. Сингапур, третья сторона в разбирательстве в Третейской группе, также сослался на эти решения. Европейские сообщества отметили, что они формулировали оговорки в отношении этих решений (...). Однако мы считаем, что при толковании тарифных льгот в приложении LXXX решения Всемирной таможенной организации могут быть релевантными»¹³⁴.

Таким образом, при более внимательном изучении можно сделать вывод о том, что органы по урегулированию споров ВТО также признают различие между «последующей практикой» в соответствии с пунктом 3 b) статьи 31 и более широкой концепцией последующей практики (по статье 32), которая не предусматривает наличия соглашения между всеми сторонами договора¹³⁵.

33) При использовании последующей практики одной или более сторон договора (но не всех сторон) в качестве дополнительного средства толкования по статье 32 следует, однако, всегда учитывать то обстоятельство, что «мнение одного государства не формирует международное право»¹³⁶. В любом случае разграничение между согласованной последующей практикой по пункту 3 b) статьи 31 как аутентичным средством толкования и другой последующей практикой (в широком смысле) по статье 32 подразумевает, что за первой в большинстве случаев следует признавать большую толковательную ценность. Национальные суды иногда не проводят четкого различия между последующими соглашениями и последующей практикой по пункту 3 статьи 31 и другой последующей практикой по статье 32¹³⁷.

34) Различие между последующей практикой по пункту 3 b) статьи 31 и последующей практикой по статье 32 также помогает ответить на вопрос о том, требует ли последующая практика неоднократных действий, повторяющихся с определенной частотой¹³⁸, или может быть достаточно единичного случая применения договора¹³⁹. В рамках ВТО Апелляционный орган признал следующее:

¹³⁴ См. WTO Appellate Body Report, *EC – Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R and WT/DS68/AB/R, adopted 22 June 1998, at para. 90. См. также I. van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford, Oxford University Press, 2009), p. 342.

¹³⁵ См. также WTO Appellate Body Report, *US – COOL*, WT/DS384/AB/R and WT/DS386/AB/R, adopted 23 July 2012, para. 452.

¹³⁶ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, Award, 28 September 2007, ICSID Case № ARB/02/16, para. 385; see also *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Award, 22 May 2007, ICSID Case № ARB/01/3, para. 337; WTO Panel Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd Complaint)*, WT/DS353/R, adopted 23 March 2012, fn. 2420 in para. 7.953; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case № ARB/10/7, Award, 28 June 2016, para. 476.

¹³⁷ См., например: United Kingdom, House of Lords, *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation* [2005] UKHL 72, paras. 54–55 and 66–85 (Lord Mance); United Kingdom, House of Lords, *R (Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 58, para. 38; United Kingdom, House of Lords, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 18, para. 47 (Lord Steyn); United Kingdom, House of Lords, *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* [2002] UKHL 7, para. 80 (Lord Hope); New Zealand, Court of Appeal, *Zaoui v. Attorney-General (№ 2)* [2005] 1 NZLR 690, para. 130 (Glazebrook J.); New Zealand, Court of Appeal, *P. v. Secretary for Justice, ex parte A.P.* [2004] 2 NZLR 28, para. 61 (Glazebrook J.); Germany, Federal Administrative Court, *BVerwGE*, vol. 104, p. 254, at pp. 256–257; judgment of 29 November 1988, 1 C 75/86 [1988], *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1989, p. 765, at p. 766.

¹³⁸ Villiger, *Commentary...* (см. сноску 37 выше), p. 431, para. 22.

¹³⁹ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (см. сноску 67 выше), p. 166.

«Как правило, отдельное деяние не является достаточным для установления последующей практики; релевантной является последовательность действий, устанавливающих наличие соглашения сторон»¹⁴⁰.

Однако если отграничить концепцию последующей практики как средства толкования договоров от возможного соглашения между сторонами, то повторяемость не является необходимым элементом для определения концепции «последующей практики» в широком смысле (по статье 32)¹⁴¹.

35) Таким образом, «последующая практика» в широком смысле (по статье 32) охватывает любое применение договора одним или несколькими (но не всеми) участниками. Она может принимать различные формы¹⁴². Такое «поведение одного или нескольких участников в ходе применения договора» может, в частности, состоять в непосредственном применении соответствующего договора, т. е. поведении, которое может быть присвоено государству-участнику в качестве применения договора, либо принимать форму заявления или судебного определения относительно его толкования или применения. В этом случае поведение может включать в себя официальные заявления относительно значения договора, протесты в случае несоблюдения или молчаливое согласие с заявлениями или действиями других сторон¹⁴³.

Вывод 5

Поведение как последующая практика

1. Последующая практика по статьям 31 и 32 может состоять из любого поведения участника при применении договора, будь то при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или других функций.
2. Другое поведение, в том числе негосударственных акторов, не составляет последующей практики по статьям 31 и 32. Однако такое поведение может быть релевантным при оценке последующей практики участников договора.

Комментарий

1) Проект вывода 5 посвящен вопросу о возможных авторах последующей практики по статьям 31 и 32 Венской конвенции 1969 года. Слова «по статьям 31 и 32» проясняют, что данный проект вывода применим как к последующей практике в качестве аутентичного средства толкования по пункту 3 b) статьи 31, так и к последующей практике в качестве дополнительного средства толкования по статье 32. В пункте 1 проекта вывода 5 приведено позитивное определение того, чье именно поведение в ходе применения договора может составлять последующую практику по статьям 31 и 32, а в пункте 2 приведено негативное утверждение о том, какое поведение не может составлять последующей практики, но может, тем не менее, быть признано релевантным при оценке последующей практики сторон договора. Поскольку проекты выводов непосредственно не касаются договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, практика международных организаций лишь в ограниченной степени затрагивается в пункте 3 проекта вывода 12, но не в проекте вывода 5¹⁴⁴.

Пункт 1 – поведение, представляющее собой последующую практику

- 2) В пункте 1 проекта вывода 5 формулировка «любого поведения участника» заимствована из статьи 2 а) статей об ответственности государств за международно-

¹⁴⁰ WTO Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, section E, p. 13.

¹⁴¹ См. пункт 11) комментария к пункту 2 проекта вывода 9 выше; Kolb, *Interprétation et création du droit international* (Brussels, Bruylant, 2006), pp. 506–507.

¹⁴² Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2013), p. 239.

¹⁴³ Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (см. сноску 75 выше), pp. 114 *et seq.*

¹⁴⁴ См. пункт 3) комментария к проекту вывода 1 выше.

противоправные деяния¹⁴⁵. Соответственно, термин «любое поведение» включает в себя действия и бездействие. Он не ограничен поведением органов государства, но может охватывать также поведение частных акторов на основании делегированных им полномочий государственной власти. Выражение «будь то при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или других функций» касается функций государства, а не его органов¹⁴⁶. Соответствующее поведение должно быть поведением «при применении договора»¹⁴⁷. Заимствование формулировок из статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, однако, не распространяется на концепцию присвоения и на требование, согласно которому рассматриваемое поведение должно быть «международно-противоправным». Поскольку концепция «применения договора» предполагает добросовестное поведение, явно недобросовестное применение договора выходит за пределы сферы охвата этого положения¹⁴⁸.

3) Пример соответствующего поведения, которое лишь косвенно вытекает из поведения участников, но, тем не менее, может создавать практику государств, выявлен Международным Судом в деле *Остров Касикили/Седуду*. В этом деле Суд рассмотрел вопрос о том, может ли регулярное использование членами местного племени масубия острова на границе Намибии (бывшая Юго-Западная Африка) и Ботсваны (бывший Бечуаналенд) рассматриваться в качестве последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31 Венской конвенции. Суд пришел к выводу, что последующая практика может быть установлена, если такое поведение:

«...связано с убеждением властей Каприви о том, что границы пролегают по линии, установленной заключенным в 1890 году договором о южном протоке в реке Чобе, и, во-вторых, что власти Бечуаналенда были в полной мере осведомлены и восприняли это как подтверждение установленной этим договором границы»¹⁴⁹.

4) Ссылка в пункте 1 на любое поведение участника при применении договора не подразумевает, что любое такое поведение обязательно составляет в данном случае последующую практику для целей толкования договора. Для того чтобы отразить этот аспект, используются слова «может состоять». Это пояснение особенно важно в отношении поведения государственных органов, которое может противоречить официально выраженной позиции государства по определенному вопросу и, таким образом, являться проявлением неоднозначного поведения государства.

5) Учитывая большие различия во внутреннем устройстве государств, трудно определить, при каких условиях относимой последующей практикой для целей толкования договора служит поведение государственных органов более низкого уровня. Соответствующим критерием является не столько место органа в государственной иерархии, сколько его функции в толковании и применении любого конкретного договора.

6) Последующая практика государств в ходе применения какого-либо договора, безусловно, может осуществляться высокопоставленными правительственными должностными лицами, упомянутыми в статье 7 Венской конвенции 1969 года. Тем не менее, поскольку большинство договоров обычно не применяются такими высокопоставленными должностными лицами, международные суды и трибуналы

¹⁴⁵ Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (с комментариями), *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая), и исправление, с. 35 англ. текста, п. 4) комментария; вопрос о присвоении соответствующего последующего поведения международным организациям для целей толкования договоров рассматривается в проекте вывода 12 ниже.

¹⁴⁶ Ср. ст. 4 и 5 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года, приложение. Принятые Комиссией проекты статей и комментарии к ним см. *Ежегодник... 2001 года*, т. II (часть вторая) и исправление, пп. 76–77.

¹⁴⁷ См. п. 18) комментария к проекту вывода 4 выше.

¹⁴⁸ См. п. 19) комментария к проекту вывода 4 выше.

¹⁴⁹ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), п. 1094, para. 74.

признали, что поведение менее высокопоставленных властей также может при определенных условиях составлять релевантную последующую практику в ходе применения договора. Соответственно, Международный Суд в деле *Права граждан Соединенных Штатов в Марокко* признал, что статью 95 Генерального акта Альхесирасской международной конференции (1906 год)¹⁵⁰ необходимо толковать гибко, учитывая непоследовательную практику местных таможенных властей¹⁵¹. Решения арбитражных судов подтверждают, что релевантная последующая практика может исходить от менее высокопоставленных должностных лиц. В решении по делу *Германский внешний долг* Арбитражный суд учел письмо, направленное Банком Англии в Германское управление по вопросам федерального долга, в качестве релевантной последующей практики¹⁵². В деле *Налоговый режим в отношении пенсий, выплачиваемых вышедшим в отставку должностным лицам ЮНЕСКО, проживающим во Франции*, Арбитражный суд в принципе согласился с тем, что практика налогового управления Франции, не взимавшего налогов с пенсий вышедших на пенсию сотрудников ЮНЕСКО, является релевантной последующей практикой. В конечном итоге, однако, Арбитражный суд счел некоторые официальные заявления об обратном со стороны более высокопоставленного органа власти (правительства Франции) в качестве решающих аргументов¹⁵³.

7) Таким образом, практика должностных лиц более низкого и местного уровня может составлять последующую практику «участника при применении договора», если эта практика достаточно последовательна и если ожидается, что правительство осведомлено об этой практике и в течение разумного периода времени не пресекло ее¹⁵⁴.

Пункт 2 – поведение, не представляющее собой последующую практику

8) Пункт 2 проекта вывода 5 состоит из двух предложений. Первое предложение указывает на то, что другое поведение, чем то, которое указано в пункте 1, включая поведение негосударственных акторов, не составляет последующей практики по статьям 31 и 32. Слова «другое поведение» были включены для того, чтобы прояснить различие между поведением, предусмотренным в пункте 2, и поведением, предусмотренным в пункте 1. В то же время поведение, не охваченное пунктом 1, может быть релевантным при «оценке» последующей практики сторон договора¹⁵⁵.

9) «Последующая практика при применении договора» осуществляется теми, кто призван применять договор, т. е. обычно самими государствами-участниками. Общее правило было сформулировано Трибуналом по урегулированию взаимных претензий Ирана и США следующим образом:

¹⁵⁰ 34 Stat. 2905 (1902–1907).

¹⁵¹ *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 211.

¹⁵² *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, Decision, 16 May 1980, UNRIAA, vol. XIX (Sales № E/F.90.V.7), pp. 67–145, at pp. 103–104, para. 31.

¹⁵³ *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Decision, 14 January 2003, UNRIAA, vol. XXV (Sales № E/F.05.V.5), pp. 231–266, at p. 257, para. 66 and p. 259, para. 74.

¹⁵⁴ См. Chanaki, *L'adaptation des traités...* (см. сноски 62 выше), at pp. 323–328; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноски 19 выше), p. 269–270; M. Kamto, «La volonté de l'État en droit international», *Recueil des cours...* 2004, vol. 310, pp. 9–428, pp. 142–144; Dörr, «Article 31...» (см. сноски 61 выше), p. 597, para. 79.

¹⁵⁵ Комиссия последовала такому же подходу в пункте 3 проекта вывода 4 о выявлении обычного международного права. Это положение проекта вывода гласит: «[п]оведение других акторов не является практикой, способствующей формированию или выражению норм международного обычного права, но может быть релевантно при оценке практики, упомянутой в пунктах 1 и 2».

«Признанный принцип толкования договоров состоит в том, чтобы учитывать, совокупно с контекстом, любую последующую практику в ходе применения международного договора. Эта практика, однако, должна быть практикой участников договора и быть такой практикой, которая устанавливает согласие участников в отношении толкования этого договора.

В то время как один из участников переговоров по вопросам урегулирования, а именно Банк «Маркази», является структурой Ирана и поэтому его практика может быть присвоена Ирану в качестве одной из сторон Алжирских деклараций, другие участники этих переговоров и их реального урегулирования, а именно банки Соединенных Штатов, не являются структурами правительства Соединенных Штатов, и как таковая их практика не может быть присвоена Соединенным Штатам в качестве другой стороны Алжирских деклараций»¹⁵⁶.

10) Первое предложение второго пункта проекта вывода 5 призвано отразить это общее правило. В нем подчеркивается главная роль государств – участников договора, которые являются хозяевами договора и несут окончательную ответственность за его применение. Это не исключает того факта, что поведение негосударственных акторов может составлять форму применения договора, если оно составляет осуществление исполнительной или других функций государства-участника. Например, государство-участник может действовать через частные компании, государственные или негосударственные, или разрешать им осуществлять государственные полномочия в отношении осуществления договора.

11) «Другое поведение» по смыслу пункта 2 проекта вывода 5 может осуществляться различными акторами. Таким поведением могут, в частности, быть практика сторон, осуществляющаяся не «при применении договора», или заявления какого-либо государства, не являющегося участником договора, о толковании такого договора¹⁵⁷, или заявление независимого органа по наблюдению за договором, связанное с толкованием соответствующего договора¹⁵⁸, или действия технических

¹⁵⁶ См. Iran-United States Claims Tribunal, *United States of America et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, Award № 108-A-16/582/591-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5 (1984), p. 57, p. 71; similarly Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award № ITL 83-B 1-FT (Counterclaim), *The Islamic Republic of Iran v. United States of America*, *ibid.*, vol. 38 (2004–2009), p. 77, at pp. 124–125, paras. 127–128; see also Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award № ITL 37-111-FT, *International Schools Services, Inc. (ISS) v. National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, *ibid.*, vol. 5 (1984), p. 338, Dissenting Opinion of President Lagergren, p. 348, at p. 353: «...положение Венской конвенции о последующих соглашениях относится к соглашениям между государствами – участниками договора, и соглашение об урегулировании между двумя участниками арбитражного разбирательства навряд ли может рассматриваться равным соглашению между двумя государствами, являющимися участниками договора, даже несмотря на то, что Исламская Республика Иран была одной из сторон арбитражного разбирательства». Алжирские декларации (Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria and Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran, см. *International Legal Materials*, vol. 20 (1981), pp. 224 and 230 (соответственно), at pp. 232–233).

¹⁵⁷ См., например, *Комментарии Соединенных Штатов Америки по поводу замечания общего порядка № 33 Комитета по правам человека: Обязательства государств-участников в соответствии с Факультативным протоколом к Международному пакту о гражданских и политических правах, 22 декабря 2008 года*, с. 1, п. 3 (URL: www.state.gov/documents/organization/138852.pdf). В той степени, в которой заявление Соединенных Штатов относится к толкованию Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах (United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, № 14668, p. 171), участником или договаривающейся стороной которого Соединенные Штаты не являются, их заявление составляет «другое поведение» согласно пункту 2 проекта вывода 5.

¹⁵⁸ См., например, International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, «Final report on the impact of findings of United Nations Human Rights treaty bodies», *Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 16–21 August 2004* (London, 2004), p. 621, paras. 21 *et seq.*

органов, которым конференции государств-участников поручили консультировать их по вопросам применения положений договора, либо иные формы поведения или заявления негосударственных акторов.

12) Слова «оценке последующей практики» во втором предложении пункта 2 следует понимать в широком смысле как охватывающие и идентификацию существования последующей практики, и определение ее юридической значимости. Заявления или поведение других акторов, таких как другие государства, международные организации или негосударственные акторы, могут отражать или инициировать релевантную последующую практику участников договора¹⁵⁹. Такое отражение или инициирование последующей практики участников поведением других акторов не следует, однако, смешивать с практикой самих участников договора. Однако действия акторов, не являющихся участниками договора, могут быть релевантны при оценке последующей практики государств – участников договора.

13) Решения, резолюции и другая практика международных организаций могут сами по себе быть относимы к толкованию договоров. Это, например, признается в статье 2 j) Венской конвенции 1986 года, в которой упомянута «установившаяся практика организации» как одна из форм «правил организации»¹⁶⁰. Проект вывода 5 касается только вопроса о том, может ли практика международных организаций быть релевантна при оценке последующей практики государств – участников договора. Практика международных организаций при применении ими своих учредительных документов касается пункта 3 проекта вывода 12.

14) Доклады международных организаций, которые готовятся на основе мандата, предполагающего сбор информации о практике государств в определенных областях, могут быть очень важны при оценке такой практики. Например, «Справочник и руководство Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев по процедурам и критериям определения статуса беженца в соответствии с Конвенцией 1951 года и Протоколом 1967 года, касающимся статуса беженцев» (далее «Справочник УВКБ») является важным трудом, который отражает практику государств и, таким образом, является руководством по такой практике¹⁶¹. То же самое справедливо и для так называемой Матрицы-1540 – систематической подборки информации о мерах по осуществлению, принятых государствами-членами, которая составляется Комитетом Совета Безопасности, учрежденным резолюцией 1540 (2004) от 24 апреля 2004 года¹⁶². В той мере, в которой Матрица относится к осуществлению Конвенции 1972 года о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и

¹⁵⁹ См. Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), p. 270.

¹⁶⁰ См. пункты 40–42) комментария к проекту вывода 12 ниже.

¹⁶¹ См. УВКПЧ, *Справочник УВКПЧ по процедурам и критериям определения статуса беженца в соответствии с Конвенцией 1951 года и Протоколом 1967 года, касающимся статуса беженцев* (декабрь 2011 года), HCR/1P/4/ENG/REV. 3 (www.refworld.org/docid/4f33c8d92.htm), предисловие; точка зрения, согласно которой Справочник УВКПЧ сам по себе выражает практику государств, была справедливо отвергнута Федеральным судом Австралии в решении по делу *Semunigus v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (1999), Judgment, 14 April 1999, paras. 5–13; тем не менее, поскольку Справочник УВКПЧ содержит точное описание последующей практики государств, он обладает значительной доказательной силой. Его авторитетность основана на пункте 1 статьи 35 Конвенции о статусе беженцев 1951 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, № 2545, p. 137), согласно которой «Договаривающиеся Государства обязуются сотрудничать с Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев... [в] выполнени[и] его функций, и в частности будут содействовать выполнению им обязанностей по наблюдению за применением положений настоящей Конвенции».

¹⁶² Резолюция 1540 (2004) Совета Безопасности от 24 апреля 2004 года, п. 8 с) постановляющей части; согласно тексту, размещенному на веб-странице Комитета 1540, «матрица Комитета 1540 служит Комитету основным средством для систематизации информации о выполнении государствами-членами резолюции 1540 (2004) Совета Безопасности» (www.un.org/en/sc/1540/national-implementation/matrix.shtml (ссылка проверена 11 мая 2016 года)).

токсичного оружия и об их уничтожении¹⁶³, а также к Конвенции 1993 года о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении¹⁶⁴, она представляет собой свидетельство последующей практики государств – участников этих договоров и ее оценку¹⁶⁵.

15) Другие негосударственные акторы могут также играть роль при оценке последующей практики участников в ходе применения договора. Соответствующим примером является Международный комитет Красного Креста (МККК)¹⁶⁶. Помимо осуществления общего мандата, возложенного на него Женевскими конвенциями о защите жертв войны и Уставом Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца¹⁶⁷, МККК время от времени формулирует руководящие указания относительно толкования Женевских конвенций 1949 года¹⁶⁸ и Дополнительных протоколов¹⁶⁹ на основе мандата, возложенного на него Уставом Движения¹⁷⁰. Пункт 1 g) статьи 4 Устава Международного комитета Красного Креста и пункт 2 g) статьи 5 Устава Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца гласит, что роль Международного комитета заключается, в частности, в том, чтобы:

«разъяснять положения международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов, и распространять знания о нем, а также подготавливать его развитие».

На основе этого мандата МККК, например, опубликовал в 2009 году «Руководящие указания о толковании понятия прямого участия в военных действиях с точки зрения международного гуманитарного права»¹⁷¹. Эти Руководящие указания о толковании являются результатом «экспертного процесса», основанного на анализе договорной и обычной практики, и «отражают институциональную позицию МККК в отношении того, как следует толковать существующее [международное гуманитарное право]»¹⁷². В этой связи необходимо, однако, отметить, что государства подтвердили свою главенствующую роль в развитии международного гуманитарного права. Хотя в резолюции 1 тридцать первой конференции Красного Креста и Красного Полумесяца (2011 год) и содержится напоминание о «важной роли МККК», в ней также

¹⁶³ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1015, № 14860, p. 163.

¹⁶⁴ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1974, № 33757, p. 45.

¹⁶⁵ См. в целом Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), p. 270.

¹⁶⁶ Н.-Р. Gasser, «International Committee of the Red Cross (ICRC)», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), para. 20.

¹⁶⁷ Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Женева, 12 августа 1949 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, № 970, p. 31 («Женевская конвенция I»), ст. 3 и ст. 9; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (Женева, 12 августа 1949 года), *ibid.*, № 971, p. 85 («Женевская конвенция II»), ст. 3 и ст. 9; Женевская конвенция об обращении с военнопленными (Женева, 12 августа 1949 года), *ibid.*, № 972, p. 135 («Женевская конвенция III»), ст. 3 и ст. 9; и Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (Женева, 12 августа 1949 года), *ibid.*, № 973, p. 287 («Женевская конвенция IV»), ст. 3 и ст. 10; Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), 1977 года, *ibid.*, vol. 1125, № 17512, p. 3, art. 81; Устав Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца, приняты на 25-й Международной конференции Красного Креста в Женеве в 1986 году, поправки внесены в 1995 и 2006 годах, ст. 5. URL: www.icrc.org/eng/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf (обращение 9 августа 2018 года).

¹⁶⁸ Женевские конвенции I, II, III и IV, *ibid.*

¹⁶⁹ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), 1977 год, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, № 17512, p. 3; и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), 1977 год, *ibid.*, № 17513, p. 609.

¹⁷⁰ Приняты на 25-й Международной конференции Красного Креста в Женеве в 1986 году, поправки внесены в 1995 и 2006 годах. URL: www.icrc.org/eng/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf (дата обращения 17 мая 2016 года).

¹⁷¹ Geneva, 2009, p. 10. URL: www.icrc.org.

¹⁷² *Ibid.*, p. 9.

«подчеркивается главенствующая роль государств в развитии международного гуманитарного права»¹⁷³.

16) Другим примером поведения негосударственных акторов, которое может быть признано релевантным при оценке последующей практики государств-участников, является «Монитор наземных мин и кассетных боеприпасов» – инициатива «Международной кампании по запрещению наземных мин» – «Коалиции по кассетным боеприпасам». «Монитор» действует как «де-факто режим контроля»¹⁷⁴ за соблюдением Конвенции 1997 года о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении (Оттавская конвенция)¹⁷⁵ и Конвенции 2008 года по кассетным боеприпасам (Конвенция Осло)¹⁷⁶. «Монитор» содержит перечень соответствующих заявлений и практики государств-участников и сигнатариев и, среди прочего, обеспечивает выявление вопросов, касающихся толкования Конвенции Осло¹⁷⁷.

17) Примеры МККК и «Монитора» показывают, что негосударственные акторы могут предоставить ценную информацию о последующей практике участников, внести свой вклад в оценку этой информации и даже способствовать ее появлению. Тем не менее негосударственные субъекты могут также преследовать свои собственные цели, которые могут отличаться от целей государств-участников. Таким образом, к их документации и оценкам необходимо относиться критически.

18) В тексте проекта вывода 5 нет ссылки на «общественную практику» в качестве примера «другого поведения.., которое может быть релевантным при оценке последующей практики участников договора»¹⁷⁸. Европейский суд по правам человека иногда признавал «растущее общественное признание»¹⁷⁹ и «значительные общественные изменения»¹⁸⁰ релевантными для цели толкования договора. Однако использование Судом понятий «общественные изменения» или «общественное признание» в конце концов остается связанным с практикой государств-участников¹⁸¹. Это в особенности справедливо в отношении ведущих дел *Даджен против Соединенного Королевства*¹⁸² и *Кристин Гудвин против Соединенного Королевства*¹⁸³. В деле *Даджен против Соединенного Королевства* Суд установил, что имеет место «растущая терпимость к гомосексуальному поведению», указав на тот факт, «что в подавляющем большинстве государств – членов Совета Европы более не считается необходимым или целесообразным относиться к рассматриваемым в настоящем деле гомосексуальным отношениям как к самодостаточному основанию для применения уголовных санкций» и что Суд поэтому не может «не учитывать заметные изменения, которые имели место в этой связи во внутреннем законодательстве государств-членов»¹⁸⁴. Суд далее указал на то, что «в самой Северной Ирландии власти в недавние годы воздерживались от обеспечения исполнения соответствующего законодательства»¹⁸⁵. В деле *Кристин Гудвин против Соединенного Королевства* Суд придал большое значение «явным и неоспоренным

¹⁷³ Резолюция 1 об укреплении режима правовой защиты жертв вооруженных конфликтов, 1 декабря 2011 года.

¹⁷⁴ См. www.the-monitor.org.

¹⁷⁵ United Nations, *Treaty Series*, vol. 2056, № 35597, p. 211.

¹⁷⁶ *Ibid.*, vol. 2688, № 47713, p. 39.

¹⁷⁷ См., например, *Cluster Munitions Monitor 2011*, pp. 24–31.

¹⁷⁸ См. A/CN.4/660, п. 129 и далее.

¹⁷⁹ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], № 28957/95, 11 July 2002, ECHR 2002-VI, para. 85.

¹⁸⁰ *Ibid.*, para. 100.

¹⁸¹ См. также *I. v. the United Kingdom* [GC], № 25680/94, 11 July 2002, para. 65; *Burden and Burden v. the United Kingdom*, № 13378/05, 12 December 2006, para. 57; *Shackell v. the United Kingdom* (dec.), № 45851/99, 27 April 2000, para. 1; *Schalk and Kopf v. Austria*, № 30141/04, 24 June 2010, para. 58.

¹⁸² *Dudgeon v. the United Kingdom*, № 7525/76, 22 October 1981, ECHR Series A № 45, в особенности п. 60.

¹⁸³ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC] (см. сноску 179 выше), в особенности п. 85.

¹⁸⁴ См. *Dudgeon v. the United Kingdom*, № 7525/76, 22 October 1981, ECHR Series A № 45, para. 60.

¹⁸⁵ *Ibid.*

свидетельствам продолжающейся международной тенденции в пользу не только растущего общественного признания транссексуалов, но и правового признания новой сексуальной идентичности транссексуалов после операции по смене пола»¹⁸⁶.

19) Европейский суд по правам человека, таким образом, проверяет, действительно ли общественные изменения находят отражение в практике государств-участников. Так, например, Суд поступал при рассмотрении дел о детях, рожденных вне брака¹⁸⁷, и дел, которые касались предполагаемого права определенных лиц из числа ромов на выделенное муниципалитетами временное место жительства, позволяющее им вести кочевой образ жизни¹⁸⁸.

20) Можно заключить, что сама по себе (последующая) общественная практика недостаточна для того, чтобы составить релевантную последующую практику участников при применении договора. Однако иногда общественная практика признавалась Европейским судом по правам человека в качестве элемента, который необходимо учитывать при оценке практики государств.

Часть третья Общие аспекты

Вывод 6

Выявление последующих соглашений и последующей практики

1. Выявление последующих соглашений и последующей практики по пункту 3 статьи 31 требует, в частности, определения того, заняли ли участники, путем соглашения или практики, позицию относительно толкования договора. Такая позиция не занята, если участники просто решили временно не применять договор или решили следовать определенной практической договоренности (*modus vivendi*).

2. Последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 могут принимать различные формы.

3. Выявление последующей практики по статье 32 требует, в частности, определения того, является ли поведение одного или нескольких участников поведением при применении договора.

Комментарий

1) Проект вывода 6 призван указать на то, каким образом выявляются последующие соглашения и последующая практика как средства толкования.

Пункт 1, первое предложение, – термин «относительно толкования»

2) Первое предложение пункта 1 напоминает о том, что в контексте пункта 3 а) и б) статьи 31 для выявления последующих соглашений и последующей практики необходимо уделить особое внимание вопросу о том, заняли ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора или они руководствовались другими соображениями.

3) Последующие соглашения согласно пункту 3 а) статьи 31 должны быть «относительно толкования договора или применения его положений», а последующая

¹⁸⁶ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC] (см. сноску 179 выше), para. 85; см. также, *ibid.*, para. 90.

¹⁸⁷ *Mazurek v. France*, № 34406/97, 1 February 2000, ECHR 2000-II, para. 52; см. также *Marckx v. Belgium*, № 6833/74, 13 June 1979, ECHR Series A № 31, para. 41; *Inze v. Austria*, № 8695/79, 28 October 1987, ECHR Series A № 126, para. 44; *Brauer v. Germany*, № 3545/04, 28 May 2009, para. 40.

¹⁸⁸ *Chapman v. the United Kingdom* [GC], № 27238/95, 18 January 2001, ECHR 2001-I, paras. 70 and 93; см. также *Lee v. the United Kingdom* [GC], № 25289/94, 18 January 2001, paras. 95–96; *Beard v. the United Kingdom* [GC], № 24882/94, 18 January 2001, paras. 104–105; *Coster v. the United Kingdom* [GC], № 24876/94, 18 January 2001, paras. 107–108; *Jane Smith v. the United Kingdom* [GC], № 25154/94, 18 January 2001, paras. 100–101.

практика согласно пункту 3 b) статьи 31 должна относиться к «применению договора» и тем самым устанавливать соглашение «относительно его толкования»¹⁸⁹. Соотношение между понятиями «толкование» и «применение» в пункте 3 статьи 31 четко не прописано. «Толкование» представляет собой процесс прояснения смысла договора, в том числе одного или нескольких его положений. «Применение» включает в себя поведение, которым осуществляются предусмотренные договором права или выполняются, полностью или частично, обязательства по нему. «Толкование» означает умственный процесс, а «применение» заключается в первую очередь в фактическом поведении (действиях или бездействии). С этой точки зрения эти два понятия могут быть отграничены друг от друга и могут служить разным целям согласно пункту 3 статьи 31 (см. пункты 4)–6) ниже), однако при этом они тесно взаимосвязаны и дополняют друг друга.

4) Хотя некоторые аспекты «толкования» могут быть не связаны с «применением» договора¹⁹⁰, применение договора практически неизбежно предполагает некоторый элемент толкования, – даже когда соответствующая норма на первый взгляд представляется четкой¹⁹¹. Соответственно, и соглашение или поведение «относительно толкования» договора, и соглашение или поведение «при применении» договора подразумевают, что участники заняли определенную позицию относительно толкования договора¹⁹². Если в случае «последующего соглашения между сторонами относительно толкования договора» согласно пункту 3 а) статьи 31 (первый вариант) участники намеренно придерживаются определенной позиции относительно толкования договора, то в случае «последующего соглашения относительно... применения его положений» согласно пункту 3 а) статьи 31 (второй вариант) это может проследиваться не так четко¹⁹³. Занятие позиции в отношении толкования «в силу применения» также подразумевается простыми актами применения договора согласно пункту 3 b) статьи 31, т. е. «каждым действием, совершаемым на основании истолкованного договора»¹⁹⁴. Следовательно, союз «или» в пункте 3 а) статьи 31 не означает взаимно исключаящего соотношения между «толкованием» и «применением».

5) Значимость «применения» договора для целей его толкования состоит, однако, не только в возможности установления той позиции, которую тем самым занимает

¹⁸⁹ См. проект вывода 4, пп. 1–3, и комментарий к нему, пп. 17)–20) выше.

¹⁹⁰ Согласно Г. Харашти, «...толкование преследует цель прояснения смысла текста, в то время как применение предполагает уточнение последствий, возникающих для договаривающихся сторон» (см. Haraszti, *Some Fundamental Problems...* (см. сноску 67 выше), p. 18); он, однако, признает, что «правовая норма, в какой бы форме она ни была выражена, не может применяться, если ее содержание не было прояснено» (*ibid.*, p. 15).

¹⁹¹ Harvard Draft Convention on the Law of Treaties, *American Journal of International Law Supp.*, vol. 29 (1935), p. 653, at pp. 938–939; A. McNair, *The Law of Treaties* (Oxford, Clarendon Press, 1961), p. 372; Sinclair, *The Vienna Convention...* (см. сноску 20 выше), p. 116; Доклад исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, 2006 год (A/CN.4/L.682 и Corr.1), p. 423; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 28–30 and 238; Yasseen, «L'interprétation des traités...» (см. сноску 20 выше) p. 47; U. Linderfalk, «Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation», *Netherlands International Law Review*, vol. 54, (2007), 133–154, at pp. 141–144 and p. 147; G. Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», *Annuaire français de droit international*, vol. 40 (1994), p. 44; Villiger, «The rules on interpretation...» (см. сноску 61 выше), p. 111.

¹⁹² Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), p. 266; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (см. сноску 67 выше), p. 162; Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (см. сноску 75 выше), pp. 114 and 118; Dörr, «Article 31...» (см. сноску 61 выше), pp. 598–599, paras. 81 and 83.

¹⁹³ Этот второй вариант был включен по предложению Пакистана, однако его область применения и цели так и не были рассмотрены или уточнены, см. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Vienna 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole (A/CONF.39/11)*, United Nations publications, Sales № E.68.V.7), 31st meeting, 19 April 1968, p. 168, para. 53.

¹⁹⁴ См. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (см. сноску 67 выше), pp. 164–165 and 167; см. также проекты выводов 2, п. 4, и 4, п. 3.

соответствующее государство относительно его толкования. Действительно, способ применения договора не только помогает определить его смысл, но и позволяет установить, насколько принятое государствами-участниками толкование «укоренилось» и, соответственно, является более или менее твердо установленным.

б) Следует отметить, что «применение» договора не обязательно отражает ту позицию государства-участника, что такое применение является с правовой точки зрения единственным возможным в соответствии с договором и с учетом обстоятельств¹⁹⁵. Более того, понятие «применение» не исключает определенного поведения со стороны негосударственных акторов, которое признается в договоре в качестве формы его применения¹⁹⁶ и которое, следовательно, может представлять собой практику, устанавливающую соглашение между участниками. Наконец, правовая значимость того или иного поведения при применении договора не обязательно ограничивается его возможной полезностью для толкования согласно статье 31, но может также способствовать удовлетворению норм о бремени доказывания¹⁹⁷ или выполнению условий других норм¹⁹⁸.

7) Последующее поведение, которое не обусловлено каким-либо обязательством по договору, не является поведением «при применении договора» или «относительно» его толкования по смыслу пункта 3 статьи 31. Например, при рассмотрении дела об *Определенных расходах Организации Объединенных Наций* некоторые судьи усомнились в том, что продолжение уплаты государствами – членами Организации Объединенных Наций своих членских взносов означает согласие с определенной практикой Организации¹⁹⁹. В этой связи судья Фицморис сформулировал широко известное предостережение, в соответствии с которым «аргумент, выведенный из практики и доведенный до абсурда, начинает вызывать вопросы»²⁰⁰. По мнению Фицмориса, «исходя лишь из факта уплаты государствами-членами взносов, вряд ли можно сделать вывод о том, что они при этом каждый раз признают позитивное юридическое обязательство поступать таким образом»²⁰¹.

8) Аналогичным образом при рассмотрении дела, касающегося *Делимитации морской границы и территориальных вопросов между Катаром и Бахрейном*, Международный Суд установил, что усилия участников Соглашения 1987 года (о передаче спора под юрисдикцию Суда), направленные на заключение дополнительного специального соглашения (которое оговаривало бы предмет спора), не означают, что стороны действительно считали заключение такого дополнительного соглашения необходимым условием для установления юрисдикции Суда²⁰².

¹⁹⁵ См. п. 1 проекта вывода 7 ниже.

¹⁹⁶ См. Boisson de Chazournes, «Subsequent practice, practices...» (см. сноску 38 выше), p. 53, at pp. 54, 56 and 59–60.

¹⁹⁷ При рассмотрении дела *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011*, p. 70, at p. 117, para. 105, Международный Суд не согласился с тем, что определенное поведение (заявления) отвечало требованиям доказывания в отношении соблюдения Российской Федерацией своих обязательств по Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации в период с 1999 года по июль 2008 года, в частности потому, что данное поведение, как было установлено, не было связано конкретно с Конвенцией. По мнению судьи Зиммы, требования доказывания были удовлетворены в определенной степени, см. Separate Opinion of Judge Simma, *ibid.*, cc. 199–223, pp. 23–57.

¹⁹⁸ При рассмотрении дела *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше) Международный Суд проанализировал последующую практику не только в контексте толкования договора, но и в контексте приобретательной давности (см. p. 1092, para. 71, p. 1096, para. 79, and p. 1105, para. 97).

¹⁹⁹ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962, I.C.J. Reports 1962*, p. 151, at pp. 201–202 (Separate Opinion of Judge Fitzmaurice) and pp. 189–195 (Separate Opinion of Judge Spender).

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 201.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 6, at p. 16, para. 28.

9) Другой пример добровольной практики, не предназначенной служить практикой «при применении» или «относительно толкования» договора, касается предоставления «дополнительной защиты» в контексте беженского права. Лица, которые получают отказ в статусе беженца, нередко, тем не менее, получают «дополнительную защиту», эквивалентную защите по Конвенции. Вместе с тем государства, предоставляющие дополнительную защиту, не считают ее действиями «при применении» Конвенции или «относительно ее толкования»²⁰³.

10) Значимые последующие соглашения или последующую практику в отношении толкования или при применении договора согласно пункту 3 а) и b) статьи 31 иногда трудно отграничить от другого поведения или событий, имеющих место в более широком контексте договора, в том числе от «совпадающих по времени изменений» в предметной области договора. Вместе с тем такое разграничение является важным, поскольку лишь поведение участников в отношении толкования привносит в процесс толкования их авторитетную роль. Общее правило, по-видимому, состоит в том, что чем более конкретное отношение имеет соглашение или практика к договору, тем большее значение это соглашение или практика приобретает в плане его толкования согласно пункту 3 а) и b) статьи 31²⁰⁴.

11) Чтобы последующее соглашение или последующую практику по пункту 3 а) и b) статьи 31 можно было охарактеризовать как занятие определенной позиции в отношении толкования договора, нередко требуется тщательный анализ фактических и правовых обстоятельств. Данное соображение можно проиллюстрировать примерами из практики судов и государств.

12) Целый ряд примеров вытекает из практики Международного Суда. В одном случае Суд счел, что «совместные коммюнике министров» двух государств не «относятся к договорным основаниям права на свободное судоходство», поскольку «существует вероятность того, что устанавливаемые ими механизмы сотрудничества будут пересматриваться по желанию сторон»²⁰⁵. С другой стороны, Суд также пришел к выводу, что отсутствие определенных утверждений относительно толкования договора или определенных форм его применения представляет собой практику, указывающую на правовую позицию участников, согласно которой ядерное оружие не запрещается в соответствии с различными договорами, касающимися отравляющих средств²⁰⁶. В любом случае конкретную значимость коллективного выражения мнений участниками можно определить, только тщательно рассмотрев вопрос о том, призвано ли оно являться выражением мнений «относительно толкования» договора и в какой степени. В соответствии с этим по делу о *Китобойном промысле в Антарктике* Суд установил, что «соответствующие решения и Руководящие принципы [Международной китобойной комиссии], которые были одобрены на основе консенсуса, содержат рекомендацию государствам-участникам принимать во внимание вопрос о том, насколько исследовательские задачи могут с практической и научной точки зрения выполняться путем использования несмертельных методов

²⁰³ См. A. Skordas, «General provisions: article 5», in *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, A. Zimmermann, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 682, para. 30; J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 21.

²⁰⁴ Относительно «веса» соглашения или практики как средства толкования см. проект вывода 9, пп. 1–3 ниже; в качестве примера необходимости и нередко трудности отграничения конкретного поведения участников в отношении толкования договора от событий более общего плана см. *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 3, at pp. 41–58, paras. 103–151.

²⁰⁵ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 22 выше), p. 234, para. 40; см. также *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), p. 1091, para. 68, в данном случае, по мнению Суда, одна из сторон не учла, что определенные формы практического сотрудничества имеют правовую значимость в контексте рассматриваемого вопроса о границе, и в силу этого была не согласна с противоположной позицией другой стороны.

²⁰⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 248, paras. 55–56; см. также *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803, p. 815, para. 30; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 262–264.

исследований, однако они не устанавливают требования о том, чтобы смертельные методы использовались лишь при отсутствии других методов»²⁰⁷.

13) Когда Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов должен был ответить на вопрос о том, обязаны ли Соединенные Штаты Америки в соответствии с Декларацией по урегулированию претензий возратить военное имущество Ирану, Трибунал, ссылаясь на последующую практику сторон, пришел к выводу, что данный договор содержал подразумеваемое обязательство о выплате компенсации в случае невозвращения имущества²⁰⁸:

«66. ...Хотя пункт 9 Генеральной декларации не содержит прямого указания на какое-либо обязательство выплатить компенсацию Ирану в случае невозвращения определенных предметов в силу положений законодательства Соединенных Штатов Америки, действовавших до 14 ноября 1979 года, Трибунал считает, что в данном пункте такое обязательство подразумевается.

...

68. Кроме того, Трибунал отмечает, что изложенное в пункте 66 выше толкование согласуется с последующей практикой сторон при применении Алжирских соглашений, и особенно с поведением Соединенных Штатов Америки. Подобная практика в соответствии с пунктом 3 b) статьи 31 Венской конвенции должна приниматься во внимание при толковании договора. В сообщении от 26 марта 1981 года, информирующем Иран о невозможности одобрить вывоз товаров оборонного назначения, Соединенные Штаты Америки напрямую указали, что "Ирану, насколько это возможно, будет возмещена стоимость оборудования"».

Данная позиция подверглась критике судьей Хольцманом в его особом мнении:

«Последующее поведение государства-участника служит надлежащим основанием для истолкования договора, только если поведение было со всей очевидностью мотивировано самим договором. В данном случае не имеется никаких доказательств и даже доводов в пользу того, что готовность Соединенных Штатов Америки оплатить Ирану стоимость его имущества была продиктована осознанием обязательства, накладываемого пунктом 9. Такое поведение было бы равноценно признанию договорного обязательства произвести оплату. В отсутствие каких-либо указаний на то, что поведение было мотивировано договором, ссылаться на данное поведение при истолковании договора неправильно»²⁰⁹.

Как мнение большинства, так и особое мнение четко указывают на необходимость тщательного анализа того, занимают ли участники в силу соглашения или практики позицию «относительно толкования» договора.

14) Кроме того, в некоторых случаях факт выбора участниками определенной позиции в отношении толкования договора может быть установлен исходя из характера договора или конкретного положения²¹⁰. Хотя последующая практика при применении договора нередко включает в себя поведение различных органов государства (исполнительных, законодательных, судебных и других), сознательно применяющих договор на различных уровнях (внутреннем и международном), Европейский суд по правам человека, например, как правило, не рассматривает конкретно вопрос о том, устанавливает ли такая или иная практика соглашение

²⁰⁷ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226, at p. 257, para. 83.

²⁰⁸ См. Iran-United States Claims Tribunal, *Islamic Republic of Iran and United States of America, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Partial Award № 382-B1-FT vol. 19 (1989), pp. 294–295.

²⁰⁹ Separate Opinion of Judge Holtzmann, Concurring in Part, Dissenting in Part, *ibid.*, p. 304.

²¹⁰ См. второй доклад о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров (A/CN.4/671), п. 15.

«относительно толкования» Конвенции²¹¹. Так, при описании внутренней правовой ситуации в государствах-участниках Суд редко задается вопросом о том, является ли данная правовая ситуация результатом законодательного процесса, в ходе которого обсуждались возможные требования Конвенции. Вместо этого Суд исходит из того, что, принимая законы или предпринимая другие конкретные действия, государства-участники помнят о своих обязательствах по Конвенции и что их образ действий отражает понимание ими своих обязательств²¹². Межамериканский суд по правам человека также в ряде случаев рассматривал законодательную практику в качестве средства толкования²¹³. Иногда Европейский суд по правам человека так же, как и Международный Суд, даже приходил к выводу о том, что «отсутствие какого-либо предположения» участников относительно определенного толкования Конвенции может указывать на занятие ими позиции в отношении толкования договора²¹⁴.

15) Статья 118 Женевской конвенции об обращении с военнопленными²¹⁵ гласит, что «военнопленные освобождаются и репатрируются тотчас же по прекращении военных действий». Желание военнопленного отказаться от репатриации было намеренно не указано государствами-участниками в качестве значимого соображения, чтобы избежать злоупотреблений со стороны государств, ссылающихся на волю военнопленных в целях затягивания репатриации²¹⁶. Однако МККК всегда ставил условием своего участия в репатриации возможность независимого установления им желаний военнопленного репатрироваться²¹⁷. Вместе с тем данный подход в той мере, в какой он нашел свое отражение в практике государств-участников, свидетельствует, что статья 118 не налагает абсолютного обязательства по осуществлению репатриации. Однако это не обязательно означает, что статью 118 следует интерпретировать еще более ограничительно как запрещающую репатриацию военнопленных против их воли. В Исследовании МККК по обычному международному гуманитарному праву в комментарии к правилу 128 А приводится осторожное замечание:

«Согласно четвертой Женевской конвенции, покровительствуемое лицо ни в коем случае не может быть передано в страну, "в которой оно могло бы опасаться преследований в связи со своими политическими или религиозными убеждениями" (пункт 4 статьи 45 Женевской конвенции, касающейся защиты гражданского населения во время войны). Хотя аналогичного положения не содержится в третьей Женевской конвенции, с 1949 года сложилась практика, при которой в ходе каждой репатриации, осуществляемой при нейтральном посредничестве МККК, стороны, находящиеся в конфликте, будь то международного или немеждународного характера, соглашались с условиями участия МККК, включающими возможность для МККК до момента

²¹¹ См., например, *Soering v. the United Kingdom*, № 14038/88, 7 July 1989, ECHR Series A № 161, para. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, № 7525/76, 22 October 1981, ECHR Series A № 45, para. 60; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], № 34503/97, 12 November 2008, ECHR-2008, para. 48; для сравнения, однако, см. *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], № 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I, para. 146; *Cruz Varas and others v. Sweden*, № 15576/89, 20 March 1991, ECHR Series A № 201, para. 100.

²¹² См. сноску 211 выше; см. также *Marckx v. Belgium*, № 6833/74, 13 June 1979, ECHR Series A № 31, para. 41; *Jorgic v. Germany*, № 74613/01, 12 July 2007, ECHR 2007-III, para. 69; *Mazurek v. France*, № 34406/97, 1 February 2000, ECHR 2000-II, para. 52.

²¹³ См., например, *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago* (см. сноску 27 выше), para. 12.

²¹⁴ *Banković et al. v. Belgium and 16 other contracting States* (dec.) [GC], № 52207/99, ECHR 2001-XII, para. 62.

²¹⁵ См. сноску 168 выше.

²¹⁶ C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities* (Zurich, Schulthess, 1977), pp. 145–156 and pp. 171–175; см. в целом об обязанности по репатриации S. Krähenmann, «Protection of prisoners in armed conflict», in *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed., D. Fleck, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 359–412, at pp. 409–410.

²¹⁷ Тем самым своим участием МККК стремится достичь увязки между интересами быстрой репатриации и уважения воли военнопленных (см. Krähenmann, «Protection of prisoners in armed conflict» (см. сноску 216 выше), pp. 409–410).

репатриации (или в случае немеждународного вооруженного конфликта освобождения), путем конфиденциального собеседования с затрагиваемыми лицами удостовериться в их желании репатрироваться (или освободиться)»²¹⁸.

16) Из приведенной формулировки вытекает, что государства согласились изучить возможность учесть пожелания военнопленного в случаях, в которых участвует МККК и в отношении которых данная организация выдвинула такое условие. Выводы, которые сделали государства из этой практики, различались²¹⁹. Изданное в 2004 году Руководство Соединенного Королевства гласит, что:

«Более спорным является вопрос о том, должны ли военнопленные подвергаться репатриации даже против своей воли. Недавняя практика государства указывает на то, что этого делать не следует. Политика Соединенного Королевства состоит в том, что военнопленных не следует репатриировать против их воли»²²⁰.

17) Сочетание слов «должны» и «следует» указывает на то, что Соединенное Королевство, как и другие государства, усматривает в последующей практике свидетельства такого толкования договора, в соответствии с которым волеизъявление военнопленного может, но не всегда должно учитываться²²¹.

18) Данные выше примеры из прецедентного права и практики государств обосновывают необходимость тщательного выявления и толкования последующего соглашения и последующей практики, в частности вопроса о том, занимают ли стороны, в силу соглашения или практики, ту или иную позицию в отношении толкования договора или же они мотивируются другими соображениями²²².

Пункт 1, второе предложение, – временное неприменение договора или modus vivendi

19) Второе предложение пункта 1 всего лишь иллюстративно. В нем конкретно перечислены два вида случаев, которые необходимо отличать от практики, касающейся толкования договора, и оставлено место для других таких случаев.

20) Общая последующая практика не обязательно указывает на соглашение между сторонами в отношении толкования договора, но может, напротив, означать их решение временно не применять договор²²³ или же решение следовать практической договоренности (modus vivendi)²²⁴. Это иллюстрируется следующим примером.

²¹⁸ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, eds., *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), p. 455 (сноски опущены).

²¹⁹ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, eds., *Customary International Humanitarian Law, Volume 2: Practice* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), pp. 2893–2894, paras. 844–855, and online update for Australia, Israel, the Netherlands and Spain, URL: http://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_sectiond.

²²⁰ United Kingdom, Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2004), pp. 205–206, para. 8.170 (сноска опущена).

²²¹ См. также United States, Department of Defense, *Law of War Manual* (2015, updated 2016), sect. 9.37.4.2.: «[Женевская конвенция об обращении с военнопленными] сама по себе не меняет признанных принципов международного права, согласно которым право на убежище не применяется [к военнопленным], и удерживающая держава может, но не обязана предоставлять убежище». URL: www.defense.gov.

²²² A/CN.4/671, пп. 11–18. См. также L. Crema, «Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), pp. 25–26.

²²³ См. A/CN.4/671, с. 37, п. 71.

²²⁴ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 22 выше), pp. 234–235, para. 40; *Pulp Mills on the River Uruguay* (см. сноску 22 выше), p. 14, at pp. 65–66, paras. 138–140; J. Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), p. 32; дополнительный пример см. в A/CN.4/671, п. 72; и J.R. Crook, «Contemporary practice of the United States», *American Journal of International Law*, vol. 105 (2011), pp. 775 et seq., at pp. 809–812.

21) В статье 7 Женевской конвенции 1864 года об улучшении участи раненых в действующих армиях предусматривается, что «для госпиталей и походных лазаретов... будет принят особый, для всех одинаковый, флаг: ...он будет белый с изображением красного креста»²²⁵. Во время русско-турецкой войны 1877–1878 годов Османская империя заявила, что в будущем она будет использовать красный полумесяц на белом поле для обозначения своих походных лазаретов, уважая по-прежнему знак красного креста, обеспечивающий защиту госпиталей противника, и что отличительный знак Конвенции «до сих пор не позволял Турции пользоваться своими правами, гарантированными Конвенцией, поскольку оскорблял чувства солдат-мусульман»²²⁶. Такое заявление повлекло за собой переписку между Османской империей, Швейцарией (в качестве депозитария) и другими государствами-участниками, в результате которой знак красного полумесяца был принят только на период конфликта²²⁷. На Гаагских мирных конференциях в 1899 году и 1907 году и в ходе Женевской конференции по пересмотру Конвенции в 1906 году Османская империя, Персия и Сиам безуспешно просили включить красный полумесяц, красного льва и солнце и красное пламя в Конвенцию²²⁸. Однако Османская империя и Персия по крайней мере добились принятия «оговорок», заявленных ими с этой целью в 1906 году²²⁹. Такое принятие оговорок Османской Империи и Персии в 1906 году не означало, однако, что участники согласились с тем, что Женевская конвенция 1864 года интерпретировалась каким-либо особым образом до 1906 года в силу последующей не встретившей возражения практики. Вместо этого считалось, что практика Османской Империи и Персии, по крайней мере до 1906 года, не охватывалась Женевской конвенцией 1864 года, однако она была признана временной и чрезвычайной мерой, оставившей общее договорное обязательство неизменным.

Пункт 2 – разнообразие форм

22) Цель пункта 2 проекта вывода 6 заключается в том, чтобы признать те разнообразные формы, которые последующие соглашения и последующая практика могут принимать в соответствии с пунктом 3 а) и b) статьи 31. Комиссия признала, что последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 представляет собой любое «поведение» при применении договора, включая в некоторых обстоятельствах бездействие, которое может способствовать установлению соглашения о толковании договора²³⁰. В зависимости от конкретного договора это включает не только поведение, ориентированное вовне, такое как официальные акты, заявление и голосование на международном уровне, но и внутренние законодательные, исполнительные и судебные акты и может даже включать практику негосударственных субъектов от имени одного или более государств-участников, которая относится к сфере того, что предусматривается договором в качестве форм его применения²³¹. Таким образом, индивидуальное поведение, которое может вносить

²²⁵ См. ICRC, *International Red Cross Handbook*, 12th ed. (Geneva, 1983), p. 20.

²²⁶ «Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés», № 29 (January 1877), pp. 35–37, цит. по F. Bugnion, *The Emblem of the Red Cross. A Brief History* (Geneva, ICRC, 1977), p. 15.

²²⁷ *Ibid.*, № 31 (July 1877), p. 89, цит. по Bugnion, *The Emblem of the Red Cross...* (см. сноску 226 выше), p. 18.

²²⁸ Bugnion, *The Emblem of the Red Cross...* (см. сноску 226 выше), pp. 19–31.

²²⁹ К которым присоединился Египет после присоединения в 1923 году, см. Bugnion, *The Emblem of the Red Cross...* (см. сноску 226 выше), pp. 23–26; только в связи с пересмотром Женевских конвенций в 1929 году – когда Турция, Персия и Египет заявили, что использование других эмблем стало *fait accompli* и что эти эмблемы использовались на практике, не вызывая каких-либо возражений, – красный полумесяц и красные лев и солнце, наконец, были признаны в качестве отличительного знака в пункте 2 статьи 19 Женевской конвенции по улучшению участи раненых и больных в действующих армиях 1929 года (League of Nations, *Treaty Series*, vol. 118, № 2733, p. 303).

²³⁰ См. выше комментарий к проекту вывода 4, пп. 17)–20).

²³¹ См., например, комментарий к проекту вывода 5 выше; Boisson de Chazournes, «Subsequent practice...» (см. сноску 38 выше), pp. 54, 56 and 59–60; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 257–259; см. также *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, *Judgment*,

вклад в последующую практику согласно подпункту b) пункта 3 статьи 31, не должно удовлетворять каким-либо конкретным формальным критериям²³².

23) Последующая практика на международном уровне не обязательно должна быть совместным поведением²³³. Может оказаться достаточно лишь параллельного поведения. Действительно ли параллельное поведение выражает достаточное общее понимание (соглашение) в отношении толкования договора в данном случае (см. проект вывода 10, пункт 1 ниже) – это отдельный вопрос²³⁴. Последующие соглашения могут быть обнаружены в юридически обязательных договорах, а также в необязательных правовых актах, таких как меморандумы о договоренности²³⁵. Последующие соглашения также можно найти в определенных решениях конференции государств-участников (см. проект вывода 11, пункты 1, 2 и 3 ниже).

Пункт 3 – выявление последующей практики по статье 32

24) Пункт 3 проекта выводов предусматривает, что, устанавливая последующую практику по статье 32, толкователь должен определить, в частности, является ли поведение одной или более сторон поведением при применении договора²³⁶. Комиссия решила рассмотреть такую последующую практику по статье 32 (см. проект вывода 4, пункт 3)²³⁷ в отдельном пункте для четкости анализа (см. проект вывода 7, пункт 2, и проект вывода 9, пункт 3, ниже), однако тем самым она не желает поставить под вопрос единство процесса толкования. Соображения, которые относятся к выявлению последующих соглашений и последующей практики согласно подпунктам a) и b) пункта 3 статьи 31, также применяются *mutatis mutandis* к установлению «другой последующей практики» согласно статье 32. Таким образом, соглашение между менее чем всеми участниками договора в связи с толкованием договора или его применением представляет собой последующую практику согласно статье 32.

25) Пример практического механизма с участием не всех сторон договора – Меморандум о взаимопонимании между Министерством транспорта Соединенных Штатов Америки и Министерством связи и транспорта Мексиканских Соединенных Штатов о международных грузовых автомобильных перевозках через границу от 6 июля 2011 года²³⁸. В Меморандуме о взаимопонимании не упоминается Канада, третья участница Североамериканского соглашения о свободной торговле (САССТ); в нем указывается, что оно «не затрагивает права и обязанности Мексиканских Соединенных Штатов в соответствии с САССТ». Эти обстоятельства указывают на то, что Меморандум о взаимопонимании не притязает на то, чтобы считаться соглашением в отношении толкования САССТ согласно подпункту a) или b) пункта 3 статьи 31 или согласно статье 32, но остается ограниченной практической договоренностью между ограниченным числом участников.

I.C.J. Reports 2014, p. 3, at pp. 42–45, paras. 103–111 and pp. 48–49, paras. 119–122, and p. 50, para. 126; Dörr, «Article 31...» (см. сноску 61 выше), pp. 555–556, para. 79.

²³² Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 254–255.

²³³ *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (см. сноску 110 выше), p. 33; *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), p. 1213, para. 17 (Dissenting Opinion of Judge Parra-Aranguren).

²³⁴ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007*, p. 659, p. 737, para. 258; но см. *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1982*, p. 18, at p. 83–84, para. 117, где Суд признал уступки, предоставленные сторонами спора, свидетельством их неявного соглашения; см. также *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (см. сноску 231 выше).

²³⁵ Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 244 and 250.

²³⁶ См. пп. 1)–4) настоящего комментария выше; а также [A/CN.4/671](#), п. 3–5.

²³⁷ См. п. 10) комментария к проекту вывода 2 выше.

²³⁸ Crook, «Contemporary practice of the United States» (см. сноску 224 выше), pp. 809–812; см. также: Mexico, *Diario Oficial de la Federación* (7 July 2011), «Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte», publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América (www.dof.gob.mx).

Вывод 7**Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики для толкования**

1. Последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 содействуют, в их взаимодействии с другими средствами толкования, прояснению значения договора. Это может приводить к сужению, расширению или иному определению диапазона возможных толкований, включая любую свободу усмотрения, которую договор предоставляет участникам.
2. Последующая практика по статье 32 может также содействовать прояснению значения договора.
3. Презюмируется, что участники договора, путем соглашения или практики применения договора, намерены толковать договор, а не вносить в него поправки или изменять его. Возможность внесения поправок в договор или его изменения путем последующей практики участников не является общепризнанной. Настоящий проект вывода не наносит ущерба нормам Венской конвенции о праве международных договоров и обычного международного права 1969 года, касающимся внесения поправок или изменения договоров.

Комментарий

Пункт 1, первое предложение, – прояснение смысла договора

- 1) В проекте выводов 7 рассмотрены возможные последствия последующих соглашений и последующей практики для толкования договора. Цель этого – указать, как последующие соглашения и последующая практика могут содействовать прояснению значения договора. В пункте 1 подчеркивается, что последующее соглашение и последующая практика должны рассматриваться в их взаимодействии с другими средствами толкования (см. проект вывода 2, пункт 5)²³⁹. Поэтому сами по себе они необязательно имеют решающий характер.
- 2) Последующие соглашения и последующая практика, как и все средства толкования, могут иметь разные последствия для интерактивного процесса толкования договора, который заключается в определении надлежащего места в любом конкретном случае различных средств толкования в рамках «единого комбинированного действия»²⁴⁰. Учет последующих соглашений и последующей практики согласно статьям 31, пункт 3, и 32 может, таким образом, способствовать уточнению смысла договора²⁴¹ в плане сужения (конкретизации) возможных значений конкретного термина или положения или сферы действия договора в целом (см. пункты 4), 6)–7), 10) и 11) ниже). В ином случае такой их учет может способствовать уточнению в смысле подтверждения более широкого толкования. Наконец, он может способствовать уяснению диапазона возможных толкований, имеющихся в распоряжении участников, включая возможность осуществления участниками усмотрения согласно договору (см. пункты 12)–15) ниже).
- 3) Международные суды и трибуналы обычно выстраивают свою аргументацию в конкретном деле с определения «обычного значения» терминов договора²⁴².

²³⁹ См. пп. 12)–15) комментария к п. 5 проекта вывода 2 выше.

²⁴⁰ Там же.

²⁴¹ Эта терминология следует терминологии руководящего положения 1.2 (Заявление о толковании) Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам, принятого Комиссией: «"Заявление о толковании" означает одностороннее заявление... посредством которого... [государства или международные организации] желают уточнить или разъяснить смысл или сферу действия договора или определенных его положений» (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, глава IV, руководящее положение 1.2); см. также комментарий к руководящему положению 1.2, п. 18) (*A/66/10/Add.1*).

²⁴² См. п. 14) комментария к п. 5 проекта вывода 2 выше; *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 4, at p. 8.

Последующие соглашения и последующая практика по большей части появляются в их аргументации на более поздней стадии, когда суды спрашивают, подтверждает ли такое поведение или изменяет ли оно результат, полученный в итоге первоначального толкования обычного значения (или с помощью других средств толкования)²⁴³. Если стороны желают использовать термин не в обычном значении, а в особом смысле в соответствии с пунктом 4 статьи 31, последующие соглашения и последующая практика могут также прояснить такой особый смысл. Следующие примеры²⁴⁴ иллюстрируют то, каким образом последующие соглашения и последующая практика как средства толкования могут способствовать, взаимодействуя с другими средствами в процессе толкования, прояснению смысла договора.

4) Последующие соглашения и последующая практика могут помочь выявить «обычное значение» данного термина, подтвердив узкое толкование различных возможных оттенков его значения. Это имело место, например²⁴⁵, в Консультативном заключении по делу *О законности угрозы ядерным оружием или его применения*, где Международный Суд установил, что выражения «боевые яды или отравляющие вещества»:

«...как они понимаются в практике государств в их "обычном значении" – это виды оружия, главная или даже исключительная цель применения которых заключается в отравлении или провоцировании удушья. Эта практика является ясной, и стороны этих документов не затрагивают эти виды оружия как относящиеся к ядерному оружию»²⁴⁶.

5) С другой стороны, последующая практика может не ограничивать значение общего термина, сводя его к одному из нескольких возможных значений²⁴⁷. Например, в деле *О правах граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко*, Суд заявил:

«По итогам анализа соответствующих материалов складывается общее впечатление о том, что те, кто отвечают за управление таможенной службой... использовали все различные имеющиеся в их распоряжении процедуры проверки, хотя, по-видимому, не всегда последовательным образом.

С учетом этих обстоятельств Суд считает, что в статье 95 не излагается строго действующая норма по спорному вопросу. Она требует более гибкого толкования, чем любое из тех, которые соответственно были предложены сторонами в данном деле»²⁴⁸.

6) Разные формы практики могут способствовать как узкому, так и широкому толкованию разных терминов в одном и том же договоре²⁴⁹.

7) Договор должен толковаться в соответствии с обычным значением его терминов «в их контексте» (статья 31, пункт 1). Последующие соглашения и

²⁴³ См., например, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (см. сноску 22 выше), p. 656, paras. 59–61 and p. 665, para. 80; *Territorial Dispute* (см. сноску 22 выше), p. 34, paras. 66–71; *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 22 выше), p. 290 (Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume).

²⁴⁴ Дополнительные примеры см. Nolte, «Jurisprudence under special regimes» (см. сноску 25 выше), pp. 210–306.

²⁴⁵ См. также *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 815, para. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 275, at p. 306, para. 67; *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 4, at p. 9.

²⁴⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 248, para. 55.

²⁴⁷ *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15, at p. 25.

²⁴⁸ *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 211.

²⁴⁹ См., *mutatis mutandis*, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, I.C.J. Reports 1962, p. 151, где Международный Суд толковал термин «расходы» в широком смысле, а «действия» – в узком смысле в свете последующей практики ООН, at pp. 158–161 («expenses») and pp. 164–165 («action»).

последующая практика во взаимодействии с этим конкретным средством толкования могут также способствовать выявлению более узкого или более широкого толкования термина договора²⁵⁰. Так, в *Консультативном заключении о Межправительственной морской консультативной организации* Международный Суд должен был определить значение выражения «восемь государств, обладающих наибольшим флотом» согласно статье 28, пункт а), Конвенции о международной морской организации (Конвенции об ИМО)²⁵¹, поскольку эта концепция – «государство, обладающее наибольшим флотом» – допускала разные толкования (такие, как определения по «регистрационному тоннажу» или по «государственной принадлежности владельца») и поскольку не имелось соответствующей практики организации или ее членов в соответствии со статьей 28, пункт а) как таковой, Суд обратился к практике согласно другим положениям Конвенции и заключил:

«Использование критерия регистрационного тоннажа для придания силы различным положениям Конвенции... убедило Суд в том, что маловероятно, что, когда последняя статья [статья 28 а)] разрабатывалась и инкорпорировалась в текст Конвенции, предусматривалось, что какой-либо иной критерий, помимо регистрационного тоннажа, должен определять страны, располагающие наиболее крупными флотами»²⁵².

8) Вместе с текстом и контекстом в пункте 1 статьи 31 большое значение при толковании придается «объекту и цели»²⁵³. Последующие соглашения и последующая практика могут также способствовать уточнению объекта и цели договора²⁵⁴ или согласовывать ссылки на «объект и цель» договора с другими средствами толкования.

9) Так, в делах *О делимитации границы в районе между Гренландией и Ян-Майеном*²⁵⁵ и *О морских платформах*²⁵⁶ Международный Суд уточнил объект и цель двусторонних договоров, сославшись на последующую практику участников. А в деле *О сухопутной и морской границе между Камеруном и Нигерией* Суд заключил:

«Из текстов договоров и практики, проанализированных в пунктах 64 и 65 выше, явствует, что Комиссия по освоению бассейна озера Чад – это международная организация, осуществляющая свои полномочия в пределах конкретного географического района; однако ее задача не заключается в урегулировании на региональном уровне вопросов, связанных с поддержанием международного мира и безопасности, и, таким образом, на нее не распространяется действие положений главы VIII Устава»²⁵⁷.

²⁵⁰ См., например, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, p. 69, at p. 87, para. 40.

²⁵¹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 289, № 4214, p. 3.

²⁵² *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1960*, p. 150, at p. 169; (см. также pp. 167–169; *obiter dicta: Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom)*, 2 July 2003, UNRIAA, vol. XXIII (Sales № E/F.04.V.15), pp. 59–151, at p. 99, para. 141.

²⁵³ Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 211 and 219.

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 212–215; see also *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 31, para. 53; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 179, para. 109; R. Higgins, «Some observations on the inter-temporal rule in international law», in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, J. Makarczyk, ed. (The Hague, Kluwer Law International, 1996), pp. 173–181, at p. 180; Distefano, «La pratique subséquente...» (см. сноску 191 выше), pp. 52–54; Crema, «Subsequent agreements and subsequent practice...» (см. сноску 222 выше), p. 21.

²⁵⁵ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993*, p. 38, at p. 50, para. 27.

²⁵⁶ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 803, at pp. 813 and 815, paras. 27 and 30.

²⁵⁷ См. также *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 275, at p. 306, para. 67.

Пункт 1, второе предложение, – сужение или расширение либо иное определение диапазона различных толкований

10) Практика государств подтверждает, что последующие соглашения и последующая практика могут не только способствовать уточнению значения термина в смысле сужения возможных значений прав и обязанностей согласно договору, но и указывать также на более широкий круг возможных толкований или на известные пределы осуществления усмотрения, которое договор предоставляет государствам²⁵⁸.

11) Если термины статьи 5 Конвенции о международной гражданской авиации 1944 года²⁵⁹ в своем обычном значении, по-видимому, не требуют получения разрешения на посадку чартерного рейса после вылета, то длительная практика государств, требующих такого разрешения, привела к общему признанию того, что эта норма должна толковаться как требующая разрешения²⁶⁰. Другой случай – пункт 3 статьи 22 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года²⁶¹, где предусматривается, что средства передвижения, используемые представительством, пользуются иммунитетом от обыска, реквизиции, ареста и исполнительных действий. Хотя правоприменительные меры полиции в отношении дипломатических помещений или остановка и досмотр транспортных средств, как правило, вызовут протесты со стороны государств²⁶², эвакуация дипломатических автомобилей, нарушивших местные правила дорожного движения и стоянки, в целом рассматривается как допустимая на практике²⁶³. Такая практика указывает на то, что, хотя штрафные санкции в отношении дипломатических транспортных средств запрещены, автомобили могут быть остановлены или вывезены, если оказывается, что они создают неминуемую угрозу или препятствие для транспорта и/или общественной безопасности²⁶⁴. В этом смысле значение термина «исполнительные действия» и,

²⁵⁸ Это означает не то, что могут существовать различные возможные толкования договора, а лишь то, что договор может предоставлять участникам возможность выбора из ряда различных допустимых актов, см. Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 32–33 and p. 268, где цитируется House of Lords in *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] AC 477: «...Необходимо определить самостоятельное значение соответствующей нормы договора... Из этого следует, что, как и в случае других многосторонних договоров, в Конвенции о беженцах необходимо усматривать независимое значение, выводимое из источников, указанных в ст. 31 и 32 [Венской конвенции 1969 года], без учета специфики различных моментов правовой системы любого отдельного государства-участника. В принципе возможно лишь одно правильное толкование договора... На практике в случае существенных разногласий по вопросу толкования их разрешение оставлено на усмотрение национальных судов. Однако при этом он должен стремиться найти, будучи свободен от понятий юридической культуры своего государства, действительное самостоятельное международное значение договора. И действительное значение может быть только одно» (The Law Reports, *Appeal Cases 2001*, vol. 2, at pp. 515–517 (Lord Steyn)).

²⁵⁹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 15, № 102, p. 2.

²⁶⁰ S.D. Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 26 выше), p. 85; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 142 выше), p. 215.

²⁶¹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, № 7310, p. 95.

²⁶² E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford Commentaries on International Law, 4th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 131–133; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Brussels, Bruylant, 1994), p. 208, para. 315.

²⁶³ См., например, Australia, Department of Foreign Affairs and Trade, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (<http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Documents/A21.pdf>); Iceland, Protocol Department, Ministry of Foreign Affairs, *Diplomatic Handbook* (Reykjavik, 2009), p. 14 (www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF); United Kingdom, см. the statement of the Parliamentary Under-Secretary of State, Home Office (Lord Elton) in the House of Lords, HL Deb, 12 December 1983, vol. 446 cc3-4; United States, см. M. Nash (Leich), «Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law*, vol. 88, № 2 (April 1994), p. 312, at pp. 312–313.

²⁶⁴ Denza, *Diplomatic Law...* (см. сноску 262 выше), pp. 132–133; M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2nd ed. (Baden-Baden, Germany, Nomos, 2010), p. 70.

таким образом, объем защиты, предоставляемой средствам передвижения, конкретизируется последующей практикой участников.

12) Другой пример касается статьи 12 Протокола II²⁶⁵ к Женевским конвенциям 1949 года, где устанавливается следующее:

«Под контролем соответствующих компетентных властей предусматривается ношение или размещение на видном месте отличительной эмблемы красного креста, красного полумесяца или красного льва и солнца на белом фоне медицинским или духовным персоналом, медицинскими формированиями и санитарно-транспортными средствами. Она пользуется уважением при всех обстоятельствах. Эмблема не должна использоваться не по назначению».

Хотя термин «предусматривается» предполагает обязательность для государств использования отличительной эмблемы, выделяющей медицинский персонал и санитарно-транспортные средства, во всех обстоятельствах, последующая практика указывает на то, что государства могут обладать известным усмотрением в отношении его применения²⁶⁶. Поскольку в последние годы вооруженные группы целенаправленно совершали нападения на санитарные конвои, которые были легко отличимы благодаря защитной эмблеме, в известных обстоятельствах государства воздерживались от обозначения таких конвоев отличительной эмблемой. Отвечая в парламенте на вопрос о его практике в Афганистане, правительство Германии заявило:

«Как и все страны, предоставившие контингенты для МССБ, Федеральные вооруженные силы столкнулись с тем, что специально обозначенные санитарные транспортные средства избираются в качестве цели. В ряде случаев такие санитарные подразделения и транспортные средства, явно отличимые как таковые благодаря их защитным эмблемам, даже выбирались в качестве предпочтительных целей. Поэтому Федеральные вооруженные силы вместе с Бельгией, Францией, Соединенным Королевством, Канадой и США решили в рамках МССБ закрыть защитную эмблему на санитарных транспортных средствах»²⁶⁷.

13) Такая практика государств может подтверждать толкование статьи 12, в соответствии с которым общая обязанность использования защитной эмблемы²⁶⁸ в исключительных обстоятельствах оставляет участникам определенную свободу усмотрения.

14) Положение договора, которое предоставляет государствам-участникам, на первый взгляд, безусловное право, может вызвать вопрос о том, ограничивается ли такое усмотрение при осуществлении данного права целью нормы. Например, в соответствии со статьей 9 Венской конвенции о дипломатических сношениях государство пребывания может, не будучи обязано мотивировать свое решение, уведомить аккредитующее государство, что какой-либо из членов персонала представительства является *persona non grata*. Государство направляет такие уведомления в основном в тех случаях, когда члены дипломатического персонала представительства были изобличены в шпионской деятельности или подозревались в ней, либо совершили другие серьезные нарушения законодательства принимающего государства, либо вызвали серьезные политические осложнения²⁶⁹. Однако

²⁶⁵ См. сноску 169 выше.

²⁶⁶ Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann, eds., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Dordrecht, ICRC and Martinus Nijhoff, 1987), p. 1440, paras. 4742–4744; H. Spieker, «Medical transportation», in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), paras. 7–12; см. также менее строгое будущее время в тексте на французском языке «sera arboré».

²⁶⁷ Deutscher Bundestag, «Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan», 9 April 2010, Bundestagsdrucksache 17/1338, p. 2 (translation by the Special Rapporteur).

²⁶⁸ Spieker, «Medical transportation» (см. сноску 266 выше), para. 12.

²⁶⁹ См. Denza, *Diplomatic Law...* (см. сноску 262 выше), pp. 64–73, где даются и другие ссылки на заявления, связанные со шпионажем; см. также Salmon, *Manuel de droit diplomatique*

государства делали такие заявления в других обстоятельствах, например когда дипломатические представители причиняли серьезный ущерб третьей стороне²⁷⁰ или неоднократно совершали нарушение закона²⁷¹ либо даже на основании своего законодательства о запрете управления транспортными средствами в состоянии алкогольного опьянения²⁷². Можно даже допустить, что такие заявления делаются без определенных мотивов или по чисто политическим соображениям. Другие государства, по-видимому, не заявляли о том, что такого рода практика представляет собой злоупотребление правом объявлять дипломатических сотрудников представительства *personae non gratae*. Таким образом, такого рода практика подтверждает, что статья 9 предусматривает безусловное право²⁷³.

Пункт 2 – последующая практика по статье 32

15) Пункт 2 проекта вывода 7 затрагивает возможные последствия «другой последующей практики» в силу статьи 32 (см. проект вывода 4, пункт 3), которая не отражает согласия всех участников в отношении толкования договора. Такого рода практика, будучи дополнительным средством толкования, может подтверждать то толкование, которое было достигнуто толкователем в процессе применения статьи 31, или же устанавливать значение тогда, когда толкование согласно статье 31 оставляет значение двусмысленным или неясным, или приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными. Тем самым статья 32 проводит различие между использованием подготовительной работы или последующей практики для того, чтобы подтвердить значение, выведенное согласно статье 31, и их использованием для «определения» значения. Следовательно, последующая практика по статье 32 может быть использована не только для определения значения договора в некоторых обстоятельствах, но и – всегда – для подтверждения значения, ставшего результатом применения статьи 31²⁷⁴.

(см. сноску 262 выше), p. 484, para. 630; and Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische...* (см. сноску 264 выше), p. 30.

- ²⁷⁰ The Netherlands, Protocol Department, Ministry of Foreign Affairs, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*. URL: www.government.nl/government/documents/leaflets/2015/04/15/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts.
- ²⁷¹ France, Ministère des affaires étrangères et du développement, *Guide for Foreign Diplomats Serving in France: Immunities – Respect for Local Laws and Regulations* (www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and); Turkey, Ministry of Foreign Affairs, traffic regulations to be followed by foreign missions in Turkey, Principal Circular Note 63552, Traffic Regulations 2005/PDGY/63552 (6 April 2005) (www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); United Kingdom, Foreign and Commonwealth Office, Circular dated 19 April 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London, reprinted in G. Marston, «United Kingdom materials on international law 1985», *British Yearbook of International Law*, 1985, vol. 56, p. 437.
- ²⁷² См. Canada, Foreign Affairs, Trade and Development, Revised Impaired Driving Policy (www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng); United States, Department of State, Diplomatic Note 10-181 of the Department of State (24 September 2010) (www.state.gov/documents/organization/149985.pdf), pp. 8–9.
- ²⁷³ См. G. Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), p. 105, at p. 112, где дается еще более широкий анализ примеров, связанных со статьей 9 Венской конвенции о дипломатических сношениях.
- ²⁷⁴ WTO Appellate Body Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (China – Publications and Audiovisual Products)*, WT/DS363/AB/R, adopted 19 January 2010, para. 403; «Хотя применение Третейской группой статьи 31 Венской конвенции в отношении других «услуг по распространению звукозаписей» привело к «предварительному выводу» в отношении этой позиции, Третейская группа, тем не менее, решила обратиться к дополнительным средствам толкования, чтобы *подтвердить* это значение. В этой связи мы отмечаем, что аргумент Китая по апелляции, по-видимому, построен на том, что анализ, проведенный Третейской группой в соответствии со статьей 32 Венской конвенции, *обязательно* был бы иным, если бы Третейская группа пришла к выводу, что применение статьи 31 оставляет значение «услуг по распространению звукозаписей» двусмысленным или неясным, и если бы Третейская группа, таким образом, прибегла к статье 32 для *определения*, а не *уточнения* значения данного

16) Например, последующая практика в силу статьи 32 может способствовать уменьшению возможных коллизий в тех случаях, когда «объект и цель» договора в целом, по-видимому, находятся в противоречии с конкретными целями некоторых из его норм²⁷⁵. Так, в деле *Об острове Касикили/Седуду* Международный Суд подчеркнул, что участники «поставили цель как обеспечить для себя свободу судоходства по реке, так и разграничить с максимально возможной точностью свои соответствующие сферы влияния»²⁷⁶. Можно считать, что тем самым Суд снял возможные противоречия, приняв во внимание определенную последующую практику лишь одного из участников²⁷⁷.

17) Еще один пример последующей практики по статье 32 касается термина «практически возможные меры предосторожности» в пункте 2 ii) статьи 57 Протокола I²⁷⁸ к Женевским конвенциям 1949 года. Этот термин был использован в пункте 4 статьи 3 Протокола о запрещении или ограничении применения мин, мина-ловушек и других устройств (Протокола II) от 10 октября 1980 года²⁷⁹, где предусматривается, что «возможные меры предосторожности означают такие меры предосторожности, какие являются практически применимыми или практически возможными с учетом всех существующих в данный момент обстоятельств, включая гуманитарные и военные соображения». Эта формулировка была принята в порядке последующей практики во многих военных наставлениях в качестве общего определения «возможных мер предосторожности» для цели пункта 2 ii) статьи 57 Протокола I к Женевским конвенциям 1949 года²⁸⁰.

18) Выявление последующей практики, о которой говорится в подпункте b) пункта 3 статьи 31 и статье 32, в одних случаях побуждало национальные суды прибегать к широкому толкованию, а в других – к узкому. Например, Палата лордов Соединенного Королевства толковала термин «повреждение» в пункте 2 статьи 26 Варшавской конвенции как понятие, включающее также «потерю», ссылаясь на последующее поведение сторон²⁸¹. С другой стороны, Верховный суд Соединенных Штатов, приняв во внимание последующую практику сторон, постановил, что термин «несчастный случай» в статье 17 Варшавской конвенции должен толковаться в узком смысле, так чтобы он исключал события, причиной которых не было какое-либо неожиданное или необычное событие²⁸². Другим примером ограничительного толкования является решение Федерального суда Австралии, в котором термин «оскорбление достоинства», используемый в статье 22 Венской конвенции о

термина. Мы не разделяем этого мнения. Элементы, которые следует рассмотреть в соответствии со статьей 32, отличны от тех, которые необходимо проанализировать в соответствии со статьей 31, однако это те же элементы, которые рассматриваются в соответствии со статьей 32, вне зависимости от итога анализа по статье 31. Наоборот, что может быть иным в зависимости от результатов применения статьи 31 – это тот вес, который будет приписан элементам, проанализированным в соответствии со статьей 32». См. также Villiger, *Commentary...* (см. сноску 37 выше), p. 447, para 11.

²⁷⁵ См. WTO Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – AB-1998-4*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, para. 17 («...большинство договоров не имеют одного цельного объекта и одной имеющей чистый вид цели, а, скорее, имеют целый ряд разных и, возможно, противоречащих друг другу объектов и целей»); Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), p. 216.

²⁷⁶ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), p. 1074, para. 45.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 1096, para. 80.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1342, № 22495, p. 137.

²⁸⁰ Военные наставления Аргентины (1989 года), Канады (2001 года) и Соединенного Королевства (2004 года), см. Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, volume 2...* (см. сноску 219 выше), pp. 359–360, paras. 160–164 и интерактивные обновления военного наставления Австралии (2006 года) (www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); см. также Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols...* (см. сноску 266 выше), p. 683, para. 2202.

²⁸¹ United Kingdom, House of Lords, *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* [1981] AC 251, p. 278 (Lord Wilberforce) and p. 279 (Lord Diplock); аналогично Germany, Federal Court (Civil Matters), BGHZ, vol. 84, p. 339, at pp. 343–344.

²⁸² United States, Supreme Court, *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, pp. 403–404.

дипломатических сношениях, толкуется в том смысле, что принимающее государство обязано обеспечивать защиту только от нарушений мира или действий, препятствующих осуществлению важнейших функций посольств, а не от любых форм неудобств или оскорблений²⁸³.

19) В частности, национальные суды иногда ссылаются на решения других национальных судов и таким образом участвуют в диалоге между «судебными органами», даже если такой диалог не приводит к установлению какого-либо соглашения между сторонами²⁸⁴. Помимо применения статьи 32, такие ссылки могут способствовать формированию последующей практики совместно с другими международными судами²⁸⁵. Лорд Хоуп из Палаты лордов Соединенного Королевства, ссылаясь на венские нормы толкования, сформулировал общий принцип, отметив, что:

«В идеальном мире все стороны должны вкладывать в Конвенцию одинаковый смысл. Поэтому прецедентное право является еще одним потенциальным источником оснований для подтверждения того или иного толкования. Необходимо тщательно рассматривать логику судов других юрисдикций, которые решали данную конкретную проблему, особенно судов высокой инстанции. Толкованию, которое получило общее признание в других юрисдикциях, следует придавать значительный вес. С другой стороны, следует применять избирательный подход в случаях, когда решения противоречат друг другу или когда между ними отсутствует четкая согласованность»²⁸⁶.

20) В случае различий в практике между разными национальными юрисдикциями может быть целесообразно в большей степени опираться на практику более репрезентативной группы юрисдикций и придавать большую значимость решениям судов более высокой инстанции²⁸⁷.

Пункт 3 – толкование в сравнении с изменением договора или внесением в него поправок

21) В пункте 3 проекта вывода 7 рассмотрен вопрос о том, в какой мере толкование договора может испытать воздействие последующих соглашений и последующей практики, оставаясь при этом в рамках того, что считается толкованием согласно пунктам 3 а) и б) статьи 31. Этот пункт напоминает толкователю, что соглашение

²⁸³ Australia, Federal Court of Australia, *Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v. Geraldo Magno and Ines Almeida* [1992] FCA 566, paras. 30–35 (Einfeld J.); см. также United Kingdom, House of Lords, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 18, paras. 47–48 (Lord Steyn).

²⁸⁴ См., например, United States, Supreme Court, *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, pp. 397–407; United States, Supreme Court, *Abbott v. Abbott* 560 U.S. (2010), Opinion of the Court (delivered by Justice Kennedy), Slip Opinion (www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf) (дата обращения 9 июня 2016 года), at pp. 12–16; Germany, Federal Administrative Court, *BVerwGE*, vol. 139, p. 272, at pp. 288–289; High Court of Australia, *Andrew John Macoun v. Commissioner of Taxation* [2015] HCA 44, at pp. 75–82; P. Wall, «A marked improvement: The High Court of Australia's approach to treaty interpretation in *Macoun v. Commissioner of Taxation* [2015] HCA 44» (case note), *Melbourne Journal of International Law*, vol. 17 (2016), pp. 170–188.

²⁸⁵ A. Tzanakopoulos, «Judicial dialogue as a means of interpretation», in *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, H.P. Aust and G. Nolte, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 72, at p. 94; E. Benvenisti, «Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts», *American Journal of International Law*, vol. 102 (2008), pp. 241–274.

²⁸⁶ United Kingdom, House of Lords, *King v. Bristow Helicopters Ltd (Scotland)* [2002] UKHL 7, at para. 81. См. также United Kingdom, Supreme Court, *R (Adams) v. Secretary of State for Justice* [2011] UKSC 18, para. 17 (лорд Филипс) («такая практика только одной из многих сторон, подписавших МПГПП, не дает ключа к пониманию смысла пункта 6 статьи 14... Какие бы то ни было указания на последовательность практики участников, которые могли бы помочь уяснить смысл пункта 6 статьи 14, отсутствуют»).

²⁸⁷ United Kingdom, House of Lords: *Sidhu v. British Airways* [1997] AC 430, p. 453 (Lord Hope); *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* [1981] AC 251, pp. 275–276 (Lord Wilberforce). См. также Canada, Supreme Court, *Yugraflight Corp. v. Rexx Management Corp.* [2010] 1 SCR 649, para. 21 (Rothstein J.).

может вести к внесению поправок или изменений в договор, но такие последующие соглашения подпадают под действие статьи 39 Венской конвенции 1969 года и должны отличаться от последующих соглашений согласно пункту 3 а) статьи 31. Второе предложение, признав, что имеются примеры обратного в прецедентном праве и расхождения мнений в литературе, устанавливает, что возможность внесения поправок в договор или изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной.

22) Статья 39 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года гласит: «Договор может быть изменен по соглашению между участниками». С другой стороны, в пункте 3 а) статьи 31 говорится о последующих соглашениях «между участниками относительно толкования договора или применения его положений» и, по-видимому, не затрагивается вопрос о внесении поправок или изменений. Как постановил Апелляционный орган ВТО:

«...термин "применение" в подпункте а) пункта 3 статьи 31 относится к ситуации, когда соглашение устанавливает, как должны "применяться" существующие нормы или действующие обязательства; этот термин не содержит коннотации создания новых или расширения существующих обязательств, подлежащих ограничению во времени»²⁸⁸.

23) Статьи 31, пункт 3 а), и 39, если их читать вместе, показывают, что соглашения, достигнутые участниками после заключения договора, могут давать толкование и вносить поправки или изменения в договор²⁸⁹. Соглашение в соответствии со статьей 39 не должно иметь ту же форму, что и договор, который оно изменяет²⁹⁰. Как Международный Суд постановил в деле *Целлюлозные заводы на реке Уругвай*:

«Как бы оно конкретно ни обозначалось и в каком бы правовом акте оно ни было зафиксировано (в протоколах АКРУ [Административная комиссия реки Уругвай]), это "понимание" обязательно для участников, поскольку они согласились с ним и должны соблюдать его добросовестно. Они имеют право на отход от процедур, зафиксированных в Статуте 1975 года, в отношении данного проекта согласно соответствующему двустороннему соглашению»²⁹¹.

24) Порой трудно провести различие между соглашениями участников в соответствии с конкретным положением договора, устанавливающим обязательность последующих соглашений, простыми последующими соглашениями согласно статье 31, пункт 3 а), которые не являются обязательными как таковые, и, наконец, соглашениями о внесении поправок или изменений в договор согласно статьям 39–41²⁹². По-видимому, не существует каких-либо формальных критериев, исключая перечисленные в статье 39, если они применимы, помимо тех, которые могут быть предусмотрены в самом применимом договоре, проводящих различия между этими разными нормами последующих соглашений. Вместе с тем очевидно, что

²⁸⁸ WTO, Appellate Body Report, *EC – Bananas III* (см. сноску 66 выше), paras. 391–393.

²⁸⁹ Murphy, «The relevance of subsequent agreement...» (см. сноску 260 выше), p. 88.

²⁹⁰ Sinclair, *The Vienna Convention...* (см. сноску 20 выше), p. 107 со ссылкой на Waldock, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties...* (A/CONF.39/11) (см. сноску 193 выше), 37th meeting, 24 April 1968, p. 207, paras. 49–52; Villiger, *Commentary...* (см. сноску 37 выше), p. 513, paras. 7, 9 and 11; K. Odendahl, «Article 39. General rule regarding the amendment of treaties», in Dörr and Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties...* (см. сноску 61 выше), p. 706, para. 16.

²⁹¹ *Pulp Mills on the River Uruguay* (см. сноску 22 выше), pp. 62–63, paras. 128 and 131; затем Суд пришел к выводу, что в рассматриваемом деле эти условия не были соблюдены, pp. 62–66, paras. 128–142.

²⁹² В судебной практике в некоторых случаях нет необходимости определять, может ли соглашение давать толкование договору или изменять его, см. *Territorial Dispute* (см. сноску 22 выше), p. 29, para. 60 («...по мнению Суда, для целей настоящего постановления нет необходимости относить его к категории либо подтверждения, либо изменения Заявления»); иногда считают, что соглашение в соответствии со ст. 31, п. 3 а), может также иметь своим следствием внесение изменения в договор (см. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 142 выше), pp. 212–214, где приводятся соответствующие примеры).

государства и международные суды в целом готовы предоставить участникам достаточно широкие пределы толкования договора в силу последующего соглашения. Эти пределы, возможно, даже выходят за рамки обычного значения терминов договора. Признание таких рамок толкования договора идет рука об руку с нежеланием государств и судов признавать, что соглашение в отношении применения договора фактически имеет следствием внесение поправок или изменений в договор²⁹³. Соглашение об изменении договора, таким образом, не исключается, но равным образом и не презюмируется²⁹⁴.

25) Обращаясь к вопросу о том, могут ли участники вносить поправки или изменения в договор в силу общей последующей практики, Комиссия первоначально предложила в своем Проекте статей о праве международных договоров включить в Венскую конвенцию следующее положение, которое бы прямо признавало возможность изменения договора в силу последующей практики:

«Статья 38. Изменение договоров в силу последующей практики

Договор может быть изменен в силу последующей практики применения договора, устанавливающей соглашение участников изменить его положения»²⁹⁵.

26) Этот проект статьи вызвал важную дискуссию на Венской конференции²⁹⁶. Поправка, предусматривающая исключение проекта статьи 38, была поставлена на голосование и принята 53 голосами против 15 при 26 воздержавшихся. После Венской конференции вопрос о том, следует ли из того, что проект статьи 38 был отвергнут Венской конференцией, то, что возможность изменения договора в силу последующей практики участников была тем самым исключена, обсуждался вновь. Многие юристы пришли к выводу, что участвовавшие в переговорах государства всего лишь не желали затрагивать этот вопрос в Венской конвенции 1969 года и что договоры действительно могут в качестве общего правила в соответствии с международным правом договоров быть изменены в силу последующей практики, устанавливающей соглашение участников на этот счет²⁹⁷. Международные суды и трибуналы, с другой стороны,

²⁹³ *Pulp Mills on the River Uruguay* (см. сноску 22 выше), p. 63, para. 131 and p. 66, para. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)...» (см. сноску 224 выше), p. 32; Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award № ITL 83-B1-FT (Counterclaim) (см. сноску 156 выше), p. 77, at pp. 125–126, para. 132; в дипломатических контекстах вне судебного разбирательства государства, как правило, более открыто признают, что известные соглашения или общая практика равнозначны изменению договора, см. Murphy, «The relevance of subsequent agreement...» (см. сноску 260 выше), p. 83.

²⁹⁴ *Pulp Mills on the River Uruguay* (см. сноску 22 выше), p. 66, para. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)...» (см. сноску 224 выше), p. 32.

²⁹⁵ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, p. 236 (сноска опущена).

²⁹⁶ См. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties... (A/CONF.39/11)* (см. сноску 193 выше), 37th meeting, 24 April 1968, pp. 207–215; A/CN.4/671, paras. 119–121; Distefano, «La pratique subséquente...» (см. сноску 191 выше), pp. 56–61.

²⁹⁷ Sinclair, *The Vienna Convention...* (см. сноску 20 выше), p. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 275–280; Yasseen, «L'interprétation des traités...» (см. сноску 20 выше), pp. 51–52; Kamto, «La volonté de l'État...» (см. сноску 154 выше), pp. 134–141, at p. 134; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 142 выше), p. 213; Villiger, *Commentary...* (см. сноску 37 выше), p. 432, para. 23; Dörr, «Article 31...» (см. сноску 61 выше), pp. 595–596, para. 77 (аналогично Odendahl, «Article 39...» (см. сноску 290 выше), p. 702, paras. 10–11); Distefano, «La pratique subséquente...» (см. сноску 191 выше), pp. 62–67; H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 2006 – part three», *British Yearbook of International Law 2006*, vol. 77, pp. 1–82, p. 65; M.N. Shaw, *International Law*, 7th ed. (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2014), p. 677; I. Buga, «Subsequent practice and treaty modification», in *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, M.J. Bowman and D. Kritsiotis, eds. (готовится к печати), дополнительные ссылки см. в сноске 73; не соглашаясь с этой точкой зрения, в частности, и подчеркивая торжественный характер заключения договора в отличие от неформального характера практики Murphy, «The relevance of subsequent agreement...» (см. сноску 260 выше), pp. 89–90; см. также Hafner, «Subsequent agreements and practice...» (см. сноску 273 выше),

после принятия Венской конвенции 1969 года в основном воздерживались от признания такой возможности.

27) В деле о *Споре относительно судоходных и смежных прав* Международный Суд установил, что «последующая практика участников по смыслу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции может привести к отклонению от первоначального намерения на основе молчаливого согласия участников»²⁹⁸. Не вполне ясно, желал ли тем самым Суд признать, что последующая практика в соответствии с пунктом 3 b) статьи 31 может также иметь своим следствием внесение поправки или изменения в договор или же он всего лишь высказался по поводу толкования договоров, когда «первоначальное» намерение участников не обязательно однозначно для толкования договора. В самом деле, в проекте вывода 8 Комиссия признает, что последующие соглашения и последующая практика, как и другие средства толкования, «могут помочь определить, заключалось ли предполагаемое намерение участников при заключении договора в том, чтобы придать какому-либо из используемых терминов значение, которое способно меняться с течением времени»²⁹⁹. Поэтому пределы «толкования» необязательно определяются неизменным «первоначальным намерением», но, скорее, должны определяться с учетом более широкого круга соображений, включая соответствующие более поздние события. Это несколько расплывчатое высказывание Международного Суда вызывало вопрос о том, в какой мере последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 может способствовать «толкованию» и может ли последующая практика иметь следствие внесения поправок или изменений в договор. На самом деле разделительную черту между толкованием и поправкой или изменением в договоре на практике порой «трудно, если не невозможно, провести»³⁰⁰.

28) Помимо постановки этого вопроса в своем решении по делу о *Споре относительно судоходных и смежных прав*³⁰¹, Международный Суд не признал прямо того, что конкретная последующая практика имела своим следствием изменение договора. Это, в частности, справедливо в отношении Консультативного заключения о *Намибии*, а также Консультативного заключения о *Стене*, в котором Суд признал, что последующая практика существенным образом влияет на определение значения договора, однако воздержался от прямого признания, что такая практика привела и к внесению поправок или изменений в договор³⁰². Поскольку эти заключения касаются договоров об учреждении международной организации, из них представляется затруднительным вывести общую норму права договоров. Вопросы о последующих

pp. 115–117 (где проводится различие между углом зрения судов и государств, а также подчеркивается важность положений о поправках в этом контексте).

²⁹⁸ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 22 выше), p. 242, para. 64; см. также *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (см. сноску 153 выше); Yasseen, «L'interprétation des traités...» (см. сноску 20 выше), p. 51; Kamto, «La volonté de l'État...» (см. сноску 154 выше), pp. 134–141; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, (Cologne, Berlin, Heymanns, 1963), p. 132.

²⁹⁹ См. проект вывода 8 и комментариев к нему, пп. 1)–18).

³⁰⁰ Sinclair, *The Vienna Convention...* (см. сноску 20 выше), p. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), p. 275; Murphy, «The relevance of subsequent agreement...» (см. сноску 260 выше), p. 90; B. Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), p. 46; Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (см. сноску 75 выше), pp. 42–43; Sorel and Boré Eveno, «1969 Vienna Convention, Article 31...» (см. сноску 62 выше), p. 825, para. 42; Dörr, «Article 31...» (см. сноску 61 выше), p. 555, para. 76; это справедливо, даже если оба процесса теоретически могут рассматриваться как «юридически вполне отличные друг от друга», см. Dissenting Opinion of Judge Parra-Aranguren in *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), at pp. 1212–1213, para. 16; аналогично Hafner, «Subsequent agreements and practice...» (см. сноску 273 выше), p. 114; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (см. сноску 67 выше), p. 168.

³⁰¹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 22 выше), p. 242, para. 64.

³⁰² Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989...» (см. сноску 297 выше), p. 64.

соглашениях и последующей практике в связи с международными организациями рассматриваются в проекте вывода 12³⁰³.

29) Другие важные дела, в которых Международный Суд поднимал вопрос о возможном изменении в силу последующей практики участников, связаны с договорами о границах. В деле о *Сухопутной и морской границе между Камеруном и Нигерией* Суд высказался следующим образом:

«В данном случае поведение Камеруна на этой территории имеет значение только для вопроса о том, согласился ли он с установлением изменения названия договора, возможности чего нельзя полностью исключить согласно праву»³⁰⁴.

30) Суд установил такое согласие в деле о *Храме Преа Виhear*, где он в решающей степени сделал упор на том факте, что одна из сторон (Франция) явно притязала на суверенитет, что, по мнению Суда, потребовало реакции другой стороны (Таиланда)³⁰⁵. Вместе с тем это решение было вынесено до принятия Венской конвенции и, следовательно, по крайней мере косвенно, принималось во внимание государствами в их дискуссии на Венской конференции³⁰⁶. Кроме того, это решение прямо не признает изменения договора в силу последующей практики, поскольку Суд оставил открытым вопрос о том, совместима ли линия на французской карте с линией водораздела, которая была согласована в первоначальном договоре о границе между обоими государствами, — хотя часто предполагается, что это не имело место³⁰⁷.

31) Таким образом, оставляя открытой возможность изменения договора в силу последующей практики участников, Международный Суд к настоящему времени прямо не признал, что такие последствия действительно имели место в конкретном случае. Скорее, Суд достиг толкований, которые было трудно согласовать с обычным значением текста договора, но которые совпадали с выявленной практикой участников³⁰⁸. Противоположные мнения арбитражных трибуналов либо

³⁰³ См. уже *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10, A/67/10*, п. 238, и там же, *шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10, A/63/10*, приложение А, п. 42.

³⁰⁴ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 303, at p. 353, para. 68.

³⁰⁵ *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (см. сноску 110 выше): «признание в силу поведения было, несомненно, сделано самым определенным образом... очевидно, что эти обстоятельства были таковы, что они требовали определенной реакции» (р. 23); «трудно представить более прямое правопритязание со стороны Французского Индокитая», и поэтому оно «требовало реакции» (р. 30).

³⁰⁶ М. Kohen, «*Uti possidetis, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice*», *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), p. 253, at p. 272.

³⁰⁷ *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (см. сноску 110 выше), p. 26: «Факт, который, если он соответствует действительности, должен был быть не менее очевидным в 1908 году». Судья Парра-Арангурен считал, как показало дело о *Храме Преа Виhear*, что «значение последующей практики в данном случае заключалось в изменении договора» (см. *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), *Dissenting Opinion of Judge Parra-Aranguren*, at pp. 1212–1213, para. 16); Buga, «*Subsequent practice and treaty modification*» (см. сноску 297 выше), в сноске 120.

³⁰⁸ В частности, консультативное заключение *О Намибии* (см. сноску 254 выше) воспринималось как указывающее на то, что последующая практика изменила пункт 3 статьи 27 Устава Организации Объединенных Наций, см. А. Pellet, «Article 38», in *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 2nd ed., А. Zimmermann et al., eds. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 844, para. 279, note 809; ср. *A/CN.4/671*, пп. 124–126.

характеризуются как «редкие исключения»³⁰⁹, либо были приняты до Венской конференции и были прокомментированы на ней в критическом ключе³¹⁰.

32) Апелляционный орган ВТО ясно высказался на тот счет, что он не признает толкования, которое стало бы результатом изменения договорного обязательства, поскольку это не стало бы «применением» положения ныне действующего договора³¹¹. На позицию апелляционного органа мог бы повлиять пункт 2 статьи 3 Договоренности о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, согласно которому: «рекомендации и решения [Органа по разрешению споров] не могут увеличить или уменьшить права и обязательства, предусмотренные охваченными соглашениями»³¹².

33) В некоторых случаях Европейский суд по правам человека признавал последующую практику участников в качестве возможного источника изменения Конвенции. В деле *Окалан против Турции* Суд подтвердил, что

«установившаяся практика в государствах-участниках могла привести к внесению поправки в Конвенцию. В этом случае Суд признал, что последующая практика в национальной уголовной политике в виде всеобщей отмены смертной казни могла считаться устанавливающей соглашение договаривающихся государств об отмене изъятия, предусмотренного в § 1 статьи 2, и, таким образом, снимающей текстуальные ограничения пределов эволютивного толкования статьи 3 (*ibid.*, pp. 40–41, § 103)»³¹³.

34) Рассуждая таким образом, Суд пришел к следующему выводу в деле *Ас-Саадун и Муфди против Соединенного Королевства*:

«Поэтому, как из этого следует, в деле *Окалана* Большая палата не исключила, что статья 2 уже была изменена посредством удаления из нее исключения, допускающего смертную казнь. Кроме того, как отмечено выше, с тех пор ситуация изменилась еще больше. В настоящее время все государства-члены, кроме двух, подписали Протокол № 13, и все государства, за исключением трех, подписавшие его, его ратифицировали. Эти цифры вместе с последовательной практикой государств по соблюдению моратория на смертную казнь служат серьезным указанием на то, что статья 2 изменена, запрещая смертную казнь во всех случаях. На этом фоне Суд не считает, что формулировка § 1 статьи 2 по-прежнему служит препятствием для дачи им такого толкования слов «жесточких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и

³⁰⁹ M. Kohen, «Keeping subsequent agreements and practice in their right limits», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), pp. 34 *et seq.*, at p. 43 в отношении *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, 13 April 2002, UNRIIAA, vol. XXV (Sales № E/F.05.V.5), pp. 83–195, at pp. 110–111, paras. 3.6–3.10; см. также *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel*, 29 September 1988, UNRIIAA, vol. XX (Sales № E/F.93.V.3), pp. 1–118, см. pp. 56–57, paras. 209–210, где Арбитражный трибунал постановил, *obiter dictum*, «что демаркационная линия границы имела бы преимущественную силу по отношению к Соглашению, если бы можно было обнаружить противоречие» (*ibid.*, p. 57); однако см. R. Kolb, «La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 14 (2004), pp. 9–32, p. 20.

³¹⁰ *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France*, 22 December 1963, UNRIIAA, vol. XVI (Sales № E/F.69.V.1), pp. 5–74, at pp. 62–63; *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties...* (A/CONF.39/11) (см. сноску 193 выше), 37th meeting, 24 April 1968, p. 208, para. 58 (Japan); Murphy, «The relevance of subsequent agreement...» (см. сноску 260 выше), p. 89.

³¹¹ WTO, Appellate Body Report, *EC – Bananas III* (см. сноску 66 выше), Second Recourse to Article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU and Corr.1 adopted 11 December 2008, WT/DS27/AB/RW/USA and Corr.1, adopted 22 December 2008, paras. 391–393.

³¹² Марракешское соглашение об учреждении Всемирной торговой организации (см. сноску 66 выше), Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, Annex 2, p. 401.

³¹³ *Öcalan v. Turkey* [GC], № 46221/99, 12 May 2005, ECHR 2005-IV, para. 163, referring to *Soering v. the United Kingdom*, № 14038/88, 7 July 1989, ECHR Series A № 161, para. 103. См. также *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, № 61498/08, 4 October 2010, paras. 119–120.

наказания» в статье 3, которое включает смертную казнь (ср. *Soering*, цит. выше, § 102–104)»³¹⁴.

35) Прецедентное право международных судов и трибуналов позволяет сделать следующие выводы: контекст ВТО указывает на то, что договор может препятствовать тому, чтобы последующая практика участников имела изменяющее действие. Наоборот, дела Европейского суда по правам человека указывают на то, что договор может допускать изменяющее действие последующей практики участников. Таким образом, в конечном счете в первую очередь сам договор определяет этот вопрос, и многое зависит от договора или его положений³¹⁵.

36) Сложнее ситуация в случае договоров, применительно к которым таких указаний не имеется. Для таких случаев в юриспруденции Международного Суда нельзя выделить четкой остаточной нормы. Вместе с тем, пожалуй, можно сделать тот вывод, что Суд, установив, что возможности изменения договора в силу последующей практики участников «нельзя полностью исключить согласно праву»³¹⁶, счел, что такого изменения следует избегать, во всяком случае, если это возможно. Вместо этого Суд, по-видимому, предпочитает принимать широкие толкования обычного значения терминов договора.

37) Этот вывод из юриспруденции Международного Суда соответствует определенным соображениям, которые были изложены в ходе дискуссий между государствами по проекту статьи 38 Венской конвенции 1969 года³¹⁷. Сегодня то соображение, что процедуры внесения поправок, которые предусмотрены в договоре, не должны обходиться с использованием неофициальных средств, по-видимому, приобрело больший вес в отношении того равно справедливого общего соображения, что международному праву свойственен меньший формализм, чем внутригосударственному праву³¹⁸. Озабоченность, которая была выражена рядом государств на Венской конференции, считавших, что возможность изменения договора в силу последующей практики может создать трудности для внутригосударственного конституционного права, также стала более актуальной в последующий период³¹⁹. К тому же, хотя принцип *paeta sunt servanda* формально не подвергается сомнению в силу поправки или изменения в договоре в результате последующей практики, устанавливающей согласие всех участников, равным образом верно и то, что стабильность договорных связей может оказаться под сомнением, если

³¹⁴ *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, № 61498/08, 4 October 2010, para. 120; B. Malkani, «The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, № 3 (2013), pp. 523–556; что было подтверждено в деле *Hassan v. United Kingdom* [GC] (см. сноску 26 выше), para. 101.

³¹⁵ См. Buga, «Subsequent practice and treaty modification» (см. сноску 297 выше), footnotes 126–132.

³¹⁶ См. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303, at p. 353, para. 68.

³¹⁷ A/CN.4/671, paras. 119–121.

³¹⁸ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (см. сноску 260 выше), p. 89; Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements...» (см. сноску 300 выше), p. 47; Hafner, «Subsequent agreements and practice...» (см. сноску 273 выше), pp. 115–117; J.E. Alvarez, «Limits of change by way of subsequent agreements and practice», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), p. 130.

³¹⁹ См. *NATO Strategic Concept Case*, German Federal Constitutional Court, Judgment of 19 June 2001, Application 2 BvE 6/99 (в переводе на английский URL: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), paras. 19–21; German Federal Fiscal Court, BFHE, vol. 157, p. 39, at pp. 43–44; *ibid.*, vol. 227, p. 419, p. 426; *ibid.*, vol. 181, p. 158, p. 161; S. Kadelbach, «Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), pp. 145–148; Alvarez, «Limits of change...» (см. сноску 318 выше), p. 130; I. Wuerth, «Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), pp. 154–159; and H. Ruiz Fabri, «Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), pp. 165–166.

неофициальные средства выявления соглашения как последующей практики могли бы легко изменить договор³²⁰.

38) Наконец, хотя международное прецедентное право может в известной степени служить обоснованием того, что, при отсутствии в договоре указаний на обратное, согласованная последующая практика участников теоретически может привести к изменению договора, на деле такой эффект нельзя презюмировать и возможность изменения или корректировки договора в силу последующей практики не пользуется общим признанием³²¹.

Вывод 8

Толкование терминов договора как способных меняться со временем

Последующие соглашения и последующая практика по статьям 31 и 32 могут помочь определить, состояло ли презюмируемое намерение участников при заключении договора в том, чтобы придать какому-либо из используемых терминов значение, которое способно меняться со временем.

Комментарий

1) В проекте вывода 8 затрагивается та роль, которую последующие соглашения и последующая практика могут сыграть в контексте более общего вопроса о том, может ли значение того или иного термина договора меняться со временем.

2) В случае международных договоров общий вопрос так называемого интертемпорального права³²² традиционно ставится в терминах того, следует ли толковать договор в свете обстоятельств и права в момент его заключения («совпадающее по времени», «одновременное» или «статическое» толкование) или в свете обстоятельств и права в момент его применения («эволютивное», «эволюционное» или «динамическое» толкование)³²³. Первоначальное мнение арбитра Макса Губера, не имеющее нормоустановительного характера, в решении по делу

³²⁰ См., например, Kohen, «*Utī possidetis, prescription et pratique subséquente...*» (см. сноску 306 выше), р. 274 (особенно в отношении договоров о границах).

³²¹ Наоборот, государства и суды предпочитают предпринимать все усилия для того, чтобы воспринимать согласованную последующую практику участников как усилия по толкованию договора определенным образом. Такого рода усилия по максимально широкому толкованию договора возможны из-за того, что статья 31 Венской конвенции 1969 года не устанавливает примата какого-либо одного содержащегося в ней толкования, требуя вместо этого от толкователя принимать во внимание все соответствующие средства толкования. (См. п. 5 проекта вывода 2 и комментарий к нему выше; Hafner, «Subsequent agreements and practice...» (см. сноску 273 выше), р. 117; некоторые авторы поддерживают то мнение, что пределы того, что можно воспринять как «толкование», шире в случае последующего соглашения или последующей практики согласно пункту 3 статьи 31, чем в случае толкований с помощью других средств толкования, включая пределы эволютивных толкований судов или трибуналов, например, Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), р. 275; Dögg, «Article 31...» (см. сноску 61 выше), pp. 595–596, para. 77.) Важное соображение в этом контексте – насколько далеко может зайти эволютивное толкование соответствующей нормы договора. (См. проект вывода 8; в деле о *Споре относительно судоходных и смежных прав* Международный Суд мог оставить открытым вопрос о том, был ли термин «comercio» изменен в силу последующей практики участников, поскольку он решил, что этому термину можно дать эволютивное толкование. *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 22 выше), pp. 242–243, paras. 64–66.)

³²² T.O. Elias, «The doctrine of intertemporal law», *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), pp. 285 *et seq.*; D.W. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties* (London, British Institute of International and Comparative Law, 2001); M. Fitzmaurice, «Dynamic (evolutive) interpretation of treaties, Part I», *The Hague Yearbook of International Law*, vol. 21 (2008), pp. 101–153; M. Kotzur, «Intertemporal law», in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com); U. Linderfalk, «Doing the right thing for the right reason: why dynamic or static approaches should be taken in the interpretation of treaties», *International Community Law Review*, vol. 10, № 2 (2008), pp. 109 *et seq.*; A. Verdross and B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3rd ed. (Berlin, Duncker & Humblot, 1984), pp. 496 *et seq.*, paras. 782 *et seq.*

³²³ M. Fitzmaurice, «Dynamic (evolutive) interpretation...» (см. сноску 322 выше).

Об острове Пальмас, согласно которому «установленный в ходе судебного разбирательства факт должен приниматься во внимание в свете норм международного права в том виде, как они существовали в соответствующее время»³²⁴, побудило многие международные суды и трибуналы, а также многих юристов в целом склоняться к совпадающему по времени толкованию³²⁵. Между тем Трибунал по делу *Iron Rhine* отметил, что, по-видимому, «сегодня имеется общая поддержка авторитетными юристами эволютивного толкования договоров»³²⁶.

3) В своих комментариях к проекту статей о праве международных договоров в 1966 году Комиссия решила, что «попытка сформулировать норму, охватывающую в полном объеме темпоральный элемент, столкнется с трудностями», и поэтому пришла к выводу о том, что следует «исключить темпоральный элемент»³²⁷. Сходным образом дискуссии в Исследовательской группе по фрагментации международного права привели в 2006 году к выводу о том, что сложно сформулировать и согласовать общую норму, которая отдавала бы предпочтение либо «принципу одновременного толкования», либо принципу, в целом признающему необходимость учета «эволютивного значения» договоров³²⁸.

4) Проект вывода 8 не следует трактовать в том смысле, что в нем занята какая-либо позиция в отношении уместности более одновременного или более эволютивного подхода к толкованию договора в целом. В проекте вывода 8, скорее, подчеркивается, что последующие соглашения и последующая практика, как и любые другие средства толкования договоров, могут обосновывать в соответствующих случаях как одновременное, так и эволютивное толкование (или, как его часто называют, эволюционное толкование). Поэтому Комиссия пришла к выводу, что эти средства толкования договоров «могут помочь определить», уместно ли эволютивное толкование применительно к данному термину договора.

5) Этот подход подтверждается практикой международных судов и трибуналов. Различные международные суды и трибуналы, которые давали эволютивное толкование, хотя и в разной степени, по-видимому, в каждом конкретном случае решали, обращаясь к различным средствам толкования договоров, упомянутым в статьях 31 и 32, вопрос о том, следует ли усматривать в данном термине договора значение, способное меняться со временем.

6) В частности, считается, что Международный Суд выработал два направления практики, одно из которых склоняется к более «одновременному», а другое – к более «эволюционному» толкованию, как это отмечал судья *ad hoc* Гийом в своем заявлении в деле о *Споре относительно судоходных и смежных прав*³²⁹. Решения, которые

³²⁴ *Island of Palmas case (the Netherlands/United States of America)*, award of 4 April 1928, UNRIIAA, vol. II (Sales № 1949.V.1), pp. 829–871, p. 845.

³²⁵ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, сс. 220–221 англ. текста, п. 11).

³²⁶ *Award in Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway* (см. сноску 24 выше), p. 35, at para. 81; см., например, A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 142 выше), pp. 215–216; M. Fitzmaurice, «Dynamic (evolutive) interpretation...» (см. сноску 322 выше), pp. 29–31; G. Distefano, «L'interprétation évolutive de la norme internationale», *Revue générale de droit international public*, vol. 115 (2011), pp. 373–396, at pp. 384 and 389 *et seq.*; R. Higgins, «Some observations on the inter-temporal rule...» (см. сноску 254 выше), at pp. 174 *et seq.*; Sorel and Boré Eveno, «1969 Vienna Convention, Article 31...» (см. сноску 62 выше), p. 807, para. 8; P.-M. Dupuy, «Evolutionary interpretation of treaties», in Cannizzaro, *The Law of Treaties...* (см. сноску 61 выше), at pp. 125 *et seq.*; M. Kozzuro, «Intertemporal Law» (см. сноску 322 выше), at para. 14.

³²⁷ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 222 англ. текста, п. 16); Higgins, «Some observations on the inter-temporal rule...» (см. сноску 254 выше), p. 178.

³²⁸ Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, 2006 год (A/CN.4/L.682 и Corr.1), п. 478.

³²⁹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 22 выше), Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume, p. 290, at pp. 294 *et seq.*, paras. 9 *et seq.*; see also *Yearbook... 2005*, vol. II (Part Two), p. 89, para. 479; Report of the Study Group on fragmentation of international law (A/CN.4/L.682 and Corr.1), para. 478; Institut de droit international, resolution on «Le problème intertemporel en droit international public», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56 (Wiesbaden session, 1975), pp. 536 *et seq.* (www.idi-il.org).

склоняются в пользу более одновременного подхода, главным образом касаются конкретных терминов договоров («водораздел»³³⁰; «основное русло/тральвег»³³¹; названия мест³³²; «устье» реки³³³). С другой стороны, дела, в которых признавалось, что значение договорной нормы изменилось с течением времени, по-видимому, связаны с более общими терминами. В частности, это касается терминов, которые «эволюционны по определению», таких как «особо трудные условия современного мира», «благополучие или развитие этих народов» или «священная миссия» в статье 22 Устава Лиги Наций. В своем консультативном заключении по делу *О Намибии* Международный Суд истолковал «священную миссию» эволюционно, сделав вывод о том, что «конечной целью священной миссии является сомоопределение и независимость соответствующих народов»³³⁴. «Родовой» характер какого-либо термина договора³³⁵ и тот факт, что при разработке договора предусматривалось, что тот не будет «ограничен по времени»³³⁶, могут давать основания для эволюционного толкования.

7) Другие международные судебные органы иногда также используют эволютивный подход к толкованию, хотя и демонстрируя различную степень открытости по отношению к такому толкованию. Апелляционный орган ВТО лишь эпизодически прибегал к эволютивному толкованию. Однако в одном хорошо известном деле он постановил, что «общий термин "природные ресурсы" в статье XX g) не является "статичным" по своему содержанию или денотату, будучи, скорее, "по определению, эволюционным"»³³⁷. Камера по спорам, касающимся морского дна, МТМП признала, что значение некоторых «обязательств обеспечения»³³⁸ «может с течением времени меняться»³³⁹, и подчеркнула, что нормы об ответственности государств, содержащиеся в Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, склонны следовать развитию права и «не считаются статическими»³⁴⁰. Европейский суд по правам человека постановил в более общем плане, что «Конвенция является "живым" документом, который следует толковать в свете современных условий»³⁴¹. Межамериканский суд по правам человека также в целом следует эволютивному подходу к толкованию, в частности в связи с так называемым подходом *pro homine*³⁴². В деле *Iron Rhine* возможность дальнейшего

³³⁰ *Case concerning a boundary dispute between Argentina and Chile concerning the delimitation of the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy*, decision of 21 October 1994, UNRIAA, vol. XXII (Sales № E/F.00.V.7), pp. 3–149, at p. 43, para. 130; см. также в отношении термина «водораздел» *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (см. сноску 110 выше), pp. 16–22.

³³¹ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), pp. 1060–1062, paras. 21 and 25.

³³² *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea v. Ethiopia)*, UNRIAA, vol. XXV (Sales № E/F.05.V.5), pp. 83–195, p. 110, para. 3.5.

³³³ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 303, at pp. 338 and 339, para. 48, and p. 346, para. 59.

³³⁴ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (см. сноску 54 выше), p. 31, para. 53.

³³⁵ *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 3, at p. 32, para. 77; доклад Исследовательской группы о фрагментации международного права, 2006 ([A/CN.4/L.682](#) и [Corr.1](#)), п. 478.

³³⁶ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 22 выше), p. 243, para. 66.

³³⁷ WTO Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US – Shrimp)*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, para. 130.

³³⁸ См. Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву, 1982, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, № 31383, ст. 153, п. 4 и ст. 4, п. 4 в приложении III.

³³⁹ *Обязанности и обязательства государств, поручившихся за физических и юридических лиц применительно к деятельности в Районе* (см. сноску 23 выше), п. 117.

³⁴⁰ Там же, п. 211.

³⁴¹ *Tyrer v. the United Kingdom*, № 5856/72, ECHR Series A, № 26, para. 31; *Güzelyurtlu et al. v. Cyprus and Turkey*, № 36925/07, 4 April 2017, para. 286; *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], № 18030/11, ECHR 2016 (extracts), paras. 138 and 150; *Biao v. Denmark* [GC], № 38590/10, 24 May 2016, para. 131.

³⁴² *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (см. сноску 53 выше), para. 114 («Это указание особенно актуально в случае международного права в области прав человека, в котором был достигнут значительный

существования и действия многоаспектного международного соглашения о железнодорожном сообщении была важной причиной признания Трибуналом того, что даже достаточно технические нормы могут получать эволютивное толкование³⁴³.

8) В конечном счете, большинство международных судов и трибуналов не признали эволютивного толкования как отдельной формы толкования, вместо этого придя к такому эволютивному толкованию при применении различных средств толкования, которые указаны в статьях 31 и 32 Венской конвенции 1969 года, учитывая известные критерии (в частности, упомянутые в пункте б) выше) в каждом конкретном случае. Поэтому любое эволютивное толкование значения термина должно быть оправданным как результат обычного процесса толкования договоров³⁴⁴.

9) Комиссия считает, что такое положение дел подтверждает ее первоначальный подход к толкованию договоров:

«Комиссия рассмотрела проблему толкования договоров, исходя из того, что текст договора сам по себе должен считаться аутентичным проявлением намерений участников и что толкование имеет своей целью установить смысл текста, а не изучать *ab initio* предполагаемые намерения участников... объединив обычные значения терминов договора, контекст договора, его объект и цель, а также общие нормы международного права с аутентичным толкованием участниками договора, что является основными критериями толкования для договора»³⁴⁵.

Соответственно, проект вывода 8, используя выражение «предполагаемое намерение», имеет в виду намерение участников, как то определено путем применения различных средств толкования, которые признаются в статьях 31 и 32. Таким образом, «предполагаемое намерение» – это не выделяемая отдельно первоначальная воля, а *подготовительные материалы* – не главная основа определения предполагаемого намерения участников; напротив, как указывает статья 32, они служат лишь дополнительным средством толкования. И хотя целью толкования должно быть выявление намерения участников, это должно достигаться толкователем на основе средств толкования, наличествующих в момент акта толкования и включающих последующие соглашения и последующую практику участников договора. Таким образом, толкователь должен ответить на вопрос о том, заключалось ли предполагаемое намерение участников при заключении договора в том, чтобы придать

прогресс благодаря эволютивному толкованию международно-правовых актов о защите. Такое эволютивное толкование созвучно общим нормам толкования договоров, установленных в Венской конвенции 1969 года. Как настоящий Суд в консультативном заключении о толковании Американской декларации прав и обязанностей человека 1989 года, так и Европейский суд по правам человека в делах *Tyrer v. United Kingdom* (1978), *Marckx v. Belgium* (1979), *Loizidou v. Turkey* (1995), в частности, постановили, что договоры о правах человека – это живые правовые акты, при толковании которых должны учитываться изменения с течением времени и сегодняшние условия» (сноски опущены); Arévalo Narváez and Patarroyo Ramirez, «Treaties over Time and Human Rights...» (см. сноску 27 выше), pp. 295–331.

³⁴³ См. *Arbitration regarding the Iron Rhine* (см. сноску 24 выше), п. 80: «В настоящем деле предмет обсуждения – не концептуальный или общий термин, а, скорее, новые технические события, связанные с функционированием и пропускной способностью железной дороги»; а также *Aegean Sea Continental Shelf case* (см. сноску 335 выше), p. 32, para. 77; *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Award, 31 July 1989, UNRIIA, vol. XX (Sales № E/F.93.V.3), pp. 119–213, at pp. 151–152, para. 85.

³⁴⁴ Как было указано Исследовательской группой по фрагментации международного права в ее докладе 2006 года, «отправной точкой должен являться... тот факт, что решение этого вопроса – это вопрос толкования самого договора» (см. A/CN.4/L.682 и Corr.1, п. 478).

³⁴⁵ *Ежегодник... 1964 год*, т. II, документ A/5809, сс. 204–205 англ. текста, п. 15); см. также п. 13) «В пункте 3 указываются дополнительные аутентичные элементы толкования: а) соглашения между участниками относительно толкования договора и б) любая последующая практика применения договора, которая четко устанавливает согласие всех участников относительно его толкования» (там же, сс. 203–204); с другой стороны, Уолдок в своем третьем докладе пояснил, что *подготовительные материалы* как таковые не являются аутентичным средством толкования (там же, документ A/CN.4/167 и Add.1–3, сс. 58–59, п. 21)).

какому-либо из используемых терминов значение, которое способно меняться со временем.

10) В проекте вывода 8 не обозначена позиция по вопросу об уместности более одновременного или более эволютивного подхода к толкованию договора в целом (см. комментарий выше, пункт 4). Однако этот вывод следует понимать как указывающий на необходимость определенной осторожности, когда в конкретном случае делается вывод, следует ли применять эволютивный подход. Для этого в проекте вывода 8 указывается на последующие соглашения и последующую практику как средства толкования, которые могут дать полезные указания толкователю для оценки в рамках обычного процесса толкования договоров, способности нормы меняться с течением времени³⁴⁶.

11) Основой и подтверждением этого подхода служит практика Международного Суда и других международных судов и трибуналов. В заключении по делу *О Намибии* Международный Суд сослался на практику органов Организации Объединенных Наций и государств, чтобы конкретно определить те выводы, к которым он пришел на базе имманентно эволютивного характера права на самоопределение³⁴⁷. В деле *Об Эгейском море* Суд счел «значительным», что то, что он определил как «обычный, общий смысл» термина «территориальный спор», было подтверждено административной практикой Организации Объединенных Наций и поведением стороны, ссылавшейся на ограничительное толкование в другом контексте³⁴⁸. В любом случае решения, в которых Международный Суд применял эволютивное толкование, далеко не отходили от возможного значения текста и от предполагаемого намерения участников договора, как они также находили отражение в последующих соглашениях и последующей практике³⁴⁹.

12) Решение Международного Суда по делу о *Споре относительно судоходных и смежных прав* иллюстрирует, как последующие соглашения и последующая практика участников могут способствовать пониманию того, при каких обстоятельствах толкование договора приводит к получению значения, которое со временем способно меняться. Толкуя термин «comercio» в договоре 1858 года, Суд высказал следующее мнение:

«С одной стороны, последующая практика участников по смыслу пункта 3 b) статьи 31 Венской конвенции может привести к отклонению от первоначального намерения на основе молчаливого согласия участников. С другой стороны, имеют место ситуации, когда намерение сторон при заключении договора заключалось в том, чтобы... придать используемым терминам () значение или содержание, которое может эволюционировать и не быть статичным навсегда, с тем чтобы открыть возможность, среди прочего, для учета развития норм международного права»³⁵⁰.

После этого Суд пришел к выводу, что термин «comercio» является «общим термином», а «участники обязательно «знали, что его значение... по всей видимости, претерпит с течением времени эволюцию», что «договор заключался на очень длительный период», заключив, что «необходимо презюмировать, что участники... намеревались», чтобы этот термин «носил эволюционный характер»³⁵¹. Судья Скотников в особом мнении, не согласившись с такой аргументацией, в конечном счете пришел к тому же результату, признав что более недавняя последующая

³⁴⁶ См. также Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 292–294; R. Kolb, *Interprétation et création du droit international* (см. сноску 141 выше), pp. 488–501; J. Arato, «Subsequent practice and evolutive interpretation», *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9–3 (2010), pp. 443–494, at pp. 444–445, 465 *et seq.*

³⁴⁷ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (см. сноску 54 выше), pp. 30–31, paras. 49–51.

³⁴⁸ *Aegean Sea Continental Shelf case* (см. сноску 335 выше), p. 31, para. 74.

³⁴⁹ См. также *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (см. сноску 343 выше), pp. 151–152, para. 85.

³⁵⁰ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 22 выше), p. 242, para. 64.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 243, paras. 66–68.

практика Коста-Рики была связана с туризмом на реке Сан-Хуан, «в течение по меньшей мере десятилетия», против которой Никарагуа «никогда не протестовала», а, скорее, «придерживалась последовательной практики разрешения туристического судоходства», и заключив, что это «позволяет считать, что участники пришли к соглашению в отношении его толкования»³⁵².

13) Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии иногда учитывал более общие формы практики государств, включая тенденции в законодательстве государств, которые в свою очередь могли привести к изменению толкования состава преступлений или их элементов. Например, в деле *Обвинитель против Фурундзии*³⁵³ Судебная камера Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, пытаясь определить состав преступления изнасилования, запрещаемого статьей 27 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны³⁵⁴, пунктом 1 статьи 76 первого Дополнительного протокола (Протокол I)³⁵⁵ и пунктом 2) е) статьи 4 второго Дополнительного протокола (Протокол II)³⁵⁶, проанализировала принципы уголовного права, которые являются общими для главных правовых систем мира, и признала:

«что в национальном законодательстве нескольких государств может быть прослежена тенденция к расширению сферы охвата определения изнасилования, с тем чтобы на данный момент оно охватывало деяния, которые ранее квалифицировались как сравнительно менее серьезные преступления, чем сексуальное или непристойное нападение. Эта тенденция свидетельствует о том, что на национальном уровне государства, как правило, занимают более жесткую позицию по отношению к серьезным формам нападений на сексуальной почве»³⁵⁷.

14) Подход Европейского суда по правам человека в духе «живого правового акта» также основывается, в частности, на различных формах последующей практики³⁵⁸. Хотя Суд, как правило, не требует «соглашения участников относительно его толкования» по смыслу пункта 3 b) статьи 31, решения, в которых он принимает эволютивный подход, регулярно обосновываются детальным изложением последующей практики³⁵⁹.

15) Межамериканский суд по правам человека, несмотря на свое сравнительно редкое упоминание последующей практики, часто ссылаясь на более общие международные изменения – подход, который располагается где-то между последующей практикой и другими «соответствующими правилами» согласно

³⁵² *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Skotnikov, p. 283, at p. 285, paras. 9–10.

³⁵³ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, 10 December 1998, case № IT-95-17/1-T, ICTY *Judicial Reports 1998*, vol. I, paras. 165 *et seq.*

³⁵⁴ United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, № 973, p. 287.

³⁵⁵ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), 1977, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, № 17512, p. 3.

³⁵⁶ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), 1977, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, № 17513, p. 609.

³⁵⁷ См. *Prosecutor v. Anto Furundžija* (см. сноску 353 выше), para. 179; аналогичным образом *The Prosecutor v. Alfred Musema*, International Criminal Tribunal for Rwanda, Trial Chamber I, Judgment, 27 January 2000, case № ICTR-96-13-A, paras. 220 *et seq.*, in particular para. 228.

³⁵⁸ См. Nolte, «Jurisprudence under special regimes...» (см. сноску 25 выше), pp. 246 *et seq.*

³⁵⁹ *Öcalan v. Turkey* [GC], № 46221/99, 12 May 2005, ECHR 2005-IV, para. 163; *VO v. France* [GC], № 53924/00, 8 July 2004, ECHR 2004-VIII, paras. 4 and 70; *Johnston et al. v. Ireland*, № 9697/82, 18 December 1986, ECHR Series A № 112, para. 53; *Bayatyan v. Armenia* [GC], № 23459/03, 7 July 2011, para. 63; *Soering v. the United Kingdom*, № 14038/88, 7 July 1989, ECHR Series A № 161, para. 103; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, № 61498/08, 4 October 2010, paras. 119–120, ECHR 2010 (extracts); *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], № 34503/97, 12 November 2008, ECHR-2008, para. 76; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC] (см. сноску 179 выше).

пункту 3 с) статьи 31³⁶⁰. Так, в деле *Община Mayagna (Sumo) Awas Tingni против Никарагуа* Суд отметил, что:

«договоры о правах человека – это живые правовые акты [«instrumentos vivos»], толкование которых должно приспосабливаться к изменениям с течением времени и, конкретно, к сегодняшним условиям жизни»³⁶¹.

16) Комитет по правам человека также периодически принимал эволютивный подход, основывающийся на изменениях в практике государств. Так, в деле *Джадж против Канады* Комитет отошел от своих раз за разом повторяющихся заявлений, основанных на деле *Киндлер*³⁶², указав следующее:

«Комитет учитывает тот факт, что вышеуказанные решения были приняты почти десять лет тому назад и что с тех пор наблюдается все более широкий международный консенсус в пользу отмены смертной казни, а в государствах, сохранивших смертную казнь, отмечается все более широкий консенсус в отношении ее неприменения»³⁶³.

В деле *Юн и Чхве* Комитет подчеркнул, что значение любого права, закрепленного в Международном пакте о гражданских и политических правах³⁶⁴, изменяется с течением времени, и пришел к выводу, что статья 18 (3) Пакта в настоящее время, по меньшей мере, предоставляет определенную защиту от принуждения к совершению действий, противоречащих подлинным религиозным убеждениям. Комитет пришел к этому выводу, «поскольку возрастающее количество государств – участников Пакта, в которых сохранилась система обязательной военной службы, ввели альтернативы такой службе»³⁶⁵.

17) Наконец, суды, созданные под эгидой Международного центра по урегулированию инвестиционных споров, подчеркивали, что последующая практика может быть особо важным средством толкования тех положений, которые участники договора намеревались развить в свете их последующей договорной практики³⁶⁶.

18) Практика международных судов и трибуналов и высказывания экспертных договорных органов, таким образом, подтверждают, что последующие соглашения и последующая практика в соответствии со статьями 31 и 32 «могут помочь определить», должно ли у «термина» усматриваться «значение, способное меняться с течением времени». При этом выражение «термин» не ограничивается конкретными выражениями (такими, как «торговля», «территориальный статус», «изнасилование», «инвестиции»), а может также охватывать более взаимосвязанные или универсальные концепции (такие, как «установленный законом» (статья 9 Международного пакта о гражданских и политических правах) или «необходимый» (статья 18 Пакта), как те

³⁶⁰ См., например, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Judgment, Merits, 29 July 1988, Inter-Am. Ct. H.R. Series C № 4, para. 151; *The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (см. сноску 53 выше), paras. 130–133 and 137.

³⁶¹ *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment (Merits, Reparations and Costs), 31 August 2001, Series C № 79, para. 146; см. также *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion, 14 July 1989, OC-10/89, Series A № 10, para. 38.

³⁶² *Киндлер против Канады*, Соображения от 30 июля 1993 года, Сообщение № 470/1991, доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок восьмая сессия, Дополнение № 40 (A/48/40)*, т. II, приложение XII, U.

³⁶³ *Джадж против Канады*, Соображения от 5 августа 2002 года, Сообщение № 829/1998, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок восьмая сессия, Дополнение № 40 (A/58/40)*, т. II, приложение V, G, п. 10.3.

³⁶⁴ United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, № 14668, p. 171.

³⁶⁵ *Юн и Чхве против Республики Корея*, Соображения от 3 ноября 2006 года, сообщения № 1321/2004 и 1322/2004, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят вторая сессия, Дополнение № 40 (A/62/40)*, т. II, приложение VII, V, п. 8.4.

³⁶⁶ См. *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT), Award and Concurring Opinion, 15 March 2002, ICSID Case № ARB/00/2, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), pp. 308 *et seq.*, at p. 317, para. 33; см. также *Autopista Concesionada de Venezuela, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, ICSID Case № ARB/00/5, *ibid.*, p. 419, para. 97.

существуют, например, в договорах о правах человека). Поскольку «термины» договора – это элементы норм, которые содержатся в них, тем самым надлежащим образом охватываются и соответствующие нормы.

19) Подобным же образом последующая практика по смыслу статьи 31, пункт 3 b), и статьи 32 способствовала тому, что национальные суды стали использовать как более эволютивное, так и более статичное толкование договора. Например, при рассмотрении дела, связанного с Конвенцией о гражданских аспектах международного похищения детей³⁶⁷, Апелляционный суд Новой Зеландии истолковал «права опеки» как охватывающие не только юридические права, но и «права de facto». Опираясь на анализ законодательной и судебной практики различных государств и ссылаясь на пункт 3 b) статьи 31, Суд сделал вывод о том, что эта практика «свидетельствует о фундаментальном изменении подхода», благодаря чему он пришел к современному пониманию термина «права опеки» в отличие от его понимания «сквозь призму 1980-х годов»³⁶⁸. Федеральный конституционный суд Германии при рассмотрении ряда дел, касавшихся толкования Североатлантического договора³⁶⁹ в свете изменений обстановки в плане безопасности после окончания холодной войны, также сделал вывод о том, что последующие соглашения и последующая практика по смыслу пункта 3 b) статьи 31 «могут приобрести значимость для смысла договора», а в конечном итоге пришел к заключению, что именно это и произошло³⁷⁰.

20) В других решениях национальных судов подтверждается, что последующие соглашения и последующая практика по смыслу статьи 31, пункт 3, и статьи 32 не обязательно дают основание для эволютивного толкования договора. Так, в деле «*Истерн эйрлайнз, инк.*» против *Флойда и др.* Верховный суд Соединенных Штатов столкнулся с вопросом о том, относится ли термин «телесные повреждения», используемый в статье 17 Варшавской конвенции 1929 года³⁷¹, не только к физическим, но и к чисто психическим повреждениям. Принимая во внимание действия и толкования сторон после 1929 года, суд подчеркнул, что, несмотря на некоторые инициативы противоположного характера, большинство сторон всегда исходило из того, что этот термин относится только к телесным повреждениям³⁷².

³⁶⁷ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1343, № 22514, p. 89.

³⁶⁸ New Zealand, Court of Appeal: *C v. H* [2009] NZCA 100, paras. 175–177 and 195–196 (судья Барагванат); см. также п. 31 (судья Чемберс): «Пересмотр текста, составленного и согласованного в 1980 году, осуществить на практике просто-напросто невозможно, поскольку любые изменения должны быть согласованы столь значительным числом государств-участников. В связи с этим эволюция, необходимая для того, чтобы идти в ногу с социальными и другими тенденциями, должна происходить в рамках толкования и трактовки. Подобные действия разрешены Венской конвенцией о праве международных договоров, которая вступила в силу также в 1980 году. В статье 31, пункт 3 b), разрешается трактовка, отражающая «последующую практику применения договора, которая устанавливает отношение участников относительно его толкования»; см. также Canada, Supreme Court: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 129 (судья Кори).

³⁶⁹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 34, № 541, p. 243.

³⁷⁰ Germany, Federal Constitutional Court, BVerfGE, vol. 90, p. 286, at pp. 363–364, para. 276; *ibid.*, vol. 104, p. 151, at pp. 206–207.

³⁷¹ Конвенция об унификации некоторых правил, касающихся международных перевозок, League of Nations, *Treaty Series*, vol. CXXXVII, p. 11.

³⁷² United States of America, Supreme Court, *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd et al.*, 499 U.S. 530, pp. 546–549; см. также United Kingdom, House of Lords, *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* [2002] UKHL 7, paras. 98 and 125 (Lord Hope).

Вывод 9

Значимость последующих соглашений и последующей практики как средства толкования

1. Значимость последующего соглашения или последующей практики как средства толкования по пункту 3 статьи 31 зависит, в частности, от их ясности и специфичности.
2. Кроме того, значимость последующей практики по пункту 3 b) статьи 31 зависит, в частности, от того, повторяется ли она и если да, то каким образом.
3. Значимость последующей практики как дополнительного средства толкования по статье 32 может зависеть от критериев, указанных в пунктах 1 и 2.

Комментарий

1) В проекте вывода 9 обозначены определенные критерии, которые могут быть полезны при определении толковательной значимости конкретного последующего соглашения или конкретной последующей практики в процессе толкования в конкретном случае. Разумеется, тот вес, который должен придаваться последующим соглашениям или последующей практике, должен также определяться по отношению к другим средствам толкования (см. проект вывода 2, пункт 5).

Пункт 1 – значимость: ясность, специфичность и другие факторы

2) В пункте 1 рассмотрен вопрос о значимости последующего соглашения или последующей практики по пункту 3 статьи 31, и тем самым с общей точки зрения в нем затрагиваются оба подпункта а) и b). В пункте 1 указано, что значимость последующего соглашения или последующей практики как средства толкования, в частности, зависит от их ясности и специфики. Использование термина «в частности» указывает на то, что эти критерии не должны считаться исчерпывающими. Другие критерии могут быть связаны с моментом времени, когда соглашение или практика имели место³⁷³, тем акцентом, который делают участники на конкретном соглашении или конкретной практике, или с применимым бременем доказывания.

3) Толковательная значимость последующих соглашений или практики по отношению к другим средствам толкования часто зависит от их специфичности по отношению к данному договору³⁷⁴. Это, в частности, подтверждают решения Международного Суда, арбитражные решения и доклады третейских групп и Апелляционного органа ВТО³⁷⁵. Показательно решение Трибунала МЦУИС по делу «Плама консорциум лимитед» против Республики Болгария:

«Верно то, что договоры между договаривающимися сторонами и третьими государствами могут быть приняты во внимание для цели уточнения значения текста договора в момент его заключения. Истец совершенно ясным и информативным образом представил практику Болгарии в отношении заключения инвестиционных договоров после заключения Болгарско-Кипрского ДИД в 1987 году. В 1990-х годах после смены коммунистического режима Болгария стала заключать ДИД, содержащие более либеральные положения об урегулировании споров, включая обращение к арбитражу

³⁷³ В деле о Морском споре (Перу против Чили) Суд отдал приоритет практике, ближе отстоящей от даты вступления в силу, *Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 3, at p. 50, para. 126.

³⁷⁴ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (см. сноску 260 выше), p. 91.

³⁷⁵ См., например, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993*, p. 38, at p. 55, para. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (см. сноску 153 выше), p. 231, at p. 259, para. 74; WTO Panel Report, *United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, WT/DS350/R, adopted 19 February 2009, WTO Appellate Body Report, *United States – Subsidies on Upland Cotton (US – Upland Cotton)*, WT/DS267/AB/R, adopted 21 March 2005, para. 625.

МЦУИС. Однако эта практика не имеет особого отношения к данному делу, поскольку последующие переговоры между Болгарией и Кипром указывают на то, что эти договаривающиеся стороны не имели в виду, что положение об НБН будет иметь тот смысл, который, в противном случае, мог бы быть выведен из последующей договорной практики Болгарии. Болгария и Кипр вели переговоры о пересмотре своего ДИД в 1998 году. Переговоры окончились безрезультатно, однако они конкретно предусматривали пересмотр положений об урегулировании споров. Из этих переговоров можно заключить, что сами договаривающиеся стороны ДИД не считали, что положение о НБН охватывает положения об урегулировании споров в других ДИД»³⁷⁶.

4) Если Международный Суд и арбитражные суды обычно придают более высокий толковательный вес достаточно специфичной практике государств, то Европейский суд по правам человека часто основывается на широких сопоставительных оценках законодательства государств или международных позиций, занятых государствами³⁷⁷. В этом последнем контексте следует иметь в виду, что права и обязанности согласно Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – «Европейская конвенция о правах человека») ³⁷⁸ должны правильным образом трансформироваться, в пределах известной свободы усмотрения, в законы, практику исполнительной власти и международные договоренности соответствующего государства-участника. Для этой цели достаточно существенное сходство национальных законов государств-участников может иметь отношение к определению объема данного права человека или необходимости его ограничения. Кроме того, характер определенных прав и обязательств порой говорит в пользу учета менее специфичной практики. Например, в деле *Ранцев против Кипра* Суд признал:

«Из положений этих двух [международно-правовых] актов ясно следует, что договаривающиеся государства... пришли к мнению, что только комбинация мер, затрагивающих все три аспекта, может быть действенной в борьбе с торговлей людьми. Таким образом, обязанность наказать и привлечь к ответственности за торговлю людьми – это только один аспект общего обязательства государств-членов бороться с торговлей людьми. Масштабы позитивных обязательств, возникающих в силу статьи 4 [о запрещении принудительного труда], должны быть рассмотрены в этом более широком контексте»³⁷⁹.

5) С другой стороны, в деле *Чапман против Соединенного Королевства* Суд отметил, «что можно сказать, что среди договаривающихся государств Совета Европы складывается международный консенсус, признающий особые потребности меньшинств и обязательства защищать их безопасность, самобытность и образ жизни»³⁸⁰, хотя в итоге он заявил, что он «не убежден в том, что этот консенсус достаточно конкретен, чтобы служить руководством по поводу поведения или стандартов, которые договаривающиеся государства считают желательными в какой-либо конкретной ситуации»³⁸¹.

Пункт 2 – значимость: повторяемость практики и другие факторы

б) В пункте 2 проекта вывода 9 рассматривается только последующая практика по пункту 3 б) статьи 31 и уточняется, что помимо критерия, упомянутого в пункте 1,

³⁷⁶ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case № ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, № 1 (Spring 2005), p. 262, at pp. 323–324, para. 195.

³⁷⁷ См., например, *Cossey v. the United Kingdom*, № 10843/84, 27 September 1990, ECHR Series A № 184, para. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, № 5856/72, ECHR Series A, № 26, para. 31; *Norris v. Ireland*, № 10581/83, 26 October 1988, ECHR Series A № 142, para. 46.

³⁷⁸ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 213, № 2889, p. 221.

³⁷⁹ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, № 25965/04, 7 January 2010, ECHR 2010 (extracts), para. 285; см. также paras. 273–274.

³⁸⁰ *Chapman v. the United Kingdom* [GC], № 27238/95, 18 January 2001, ECHR 2001-I, para. 93.

³⁸¹ *Ibid.*, para. 94.

значимость последующей практики также зависит, в частности, от того, повторяется ли она и если да, то каким именно образом. Эта формула «повторяется ли она, а если да, то каким образом» привносит элементы времени и характера повторения. Например, она указывает на то, что в зависимости от конкретного договора нечто большее, чем всего лишь автоматическое или неосознанное повторение данной практики может увеличить ее толковательную ценность в контексте пункта 3 b) статьи 31. Элемент времени и характера повторения также служит указанием на «обоснование» конкретной позиции участников в отношении толкования договора. Кроме того, неосуществление последующего соглашения может указывать на отсутствие у него значения средства толкования в соответствии с пунктом 3 a) статьи 31³⁸².

7) Вопрос о том, требует ли «последующая практика» согласно пункту 3 b) статьи 31³⁸³ более чем однократного применения договора, рассматривался Апелляционным органом ВТО в деле *Япония – Алкогольные напитки II*:

«последующая практика при толковании того или иного договора была признана в качестве "согласованного, общего и последовательного" ряда актов или заявлений, что достаточно для установления четко выраженной тенденции, подразумевающей наличие соглашения сторон относительно ее толкования»³⁸⁴.

8) Это определение предполагает, что последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 требует не одного «акта или заявления» в отношении толкования договора, а, скорее, действий, периодичность и единообразие которых обосновывают тот вывод, что участники достигли взаимоприемлемого соглашения относительно толкования договора. Такой порог может предполагать, что последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 требует широкой, урегулированной и квалифицированной формы общей практики в целях установления соглашения между участниками относительно толкования.

9) С другой стороны, Международный Суд применял пункт 3 b) статьи 31 более гибко, не добавляя дополнительных условий. Это, в частности, касается его решения в деле об *Острове Касикили/Седуду*³⁸⁵. Другие международные суды в основном следовали подходу Международного Суда. Это касается Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов³⁸⁶ и Европейского суда по правам человека³⁸⁷.

10) Однако разница между стандартом, изложенным Апелляционным органом ВТО, с одной стороны, и подходом Международного Суда – с другой, скорее кажущаяся, чем реальная. По-видимому, Апелляционный орган ВТО воспринял формулу «согласованный, общий и последовательный» из публикации³⁸⁸, где сказано,

³⁸² *Pulp Mills on the River Uruguay* (см. сноску 22 выше), p. 63, para. 131.

³⁸³ См. п. 2 проекта вывода 4 выше.

³⁸⁴ WTO Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, adopted on 1 November 1996, sect. E, pp. 12–13 (сноски опущены).

³⁸⁵ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), pp. 1075–1076, paras. 47–50 and p. 1087, para. 63; *Territorial Dispute* (см. сноску 22 выше), pp. 34–37, paras. 66–71.

³⁸⁶ *Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award № ITL 83-B1-FT (Counterclaim)* (см. сноску 156 выше), p. 77, at pp. 116–126, paras. 109–133.

³⁸⁷ *Soering v. the United Kingdom*, № 14038/88, 7 July 1989, ECHR Series A № 161, para. 103; *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), № 15318/89, 23 March 1995, ECHR Series A № 310, paras. 73 and 79–82; *Banković et al. v. Belgium and 16 other contracting States* (dec.) [GC], № 52207/99, ECHR 2001-XII, paras. 56 and 62; concerning the jurisprudence of ICSID tribunals, см. O.K. Fauchald, «The Legal Reasoning of ICSID Tribunals — An Empirical Analysis», *European Journal of International Law*, vol. 19, № 2 (2008), p. 301, at p. 345; см. также A. Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», *American Journal of International Law*, vol. 104 (2010), pp. 207–215.

³⁸⁸ Sinclair, *The Vienna Convention...* (см. сноску 20 выше), p. 137; см. также Yasseen, «L'interprétation des traités...» (см. сноску 20 выше), pp. 48–49; в то время как «commune» взято из работы Комиссии международного права, «d'une certaine constance» и «concordante», – условия, которые Ясин выводит с помощью последующих логических рассуждений;

что «ценность последующей практики естественным образом будет зависеть от того, в какой степени она является согласованной, общей и последовательной»³⁸⁹. Таким образом, формула «согласованная, общая и последовательная» служит указанием на обстоятельства, в которых последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 имеет большее или меньшее значение как средство толкования в процессе толкования, а не требует какой-либо конкретной периодичности практики³⁹⁰. Сам Апелляционный орган ВТО иногда исходил из такой нюансированной оценки³⁹¹.

11) Заключив, что формула «согласованная, общая и последовательная» может быть полезна при определении значения последующей практики в конкретном случае, Комиссия также сочла, что она недостаточно прочно утвердилась для обозначения минимального порога применимости пункта 3 b) статьи 31, а также сопряжена с риском того, что она будет ошибочно восприниматься как чрезмерно категоричная. В итоге Комиссия продолжает считать, что «ценность последующей практики изменяется в зависимости от того, насколько она выражает общее мнение сторон относительно значения терминов»³⁹². Это предполагает, что однократная практика участников, устанавливающая их согласие в отношении толкования, должна учитываться согласно пункту 3 b) статьи 31³⁹³.

12) Значимость последующей практики может также («в частности») зависеть от других факторов, таких как последовательность и распространенность. Последующая практика более или менее последовательна в зависимости от того, насколько поведение в исключительных случаях отклоняется от поведения, считающегося в противном случае установленным эталоном практики. Под распространенностью практики понимается количество сторон, которое в ней участвует и посредством которого устанавливается согласие всех сторон.

см. *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ [A/6309/Rev.1](#), pp. 98–99, paras. 17–18 and p. 221–222, para. 15.

³⁸⁹ Sinclair, *The Vienna Convention...* (см. сноску 20 выше); Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award № ITL 83-B1-FT (Counterclaim) (см. сноску 156 выше), p. 77, p. 118, para. 114.

³⁹⁰ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, UNRIIAA, vol. XXI, part II, pp. 53–264, at p. 187, para. 169; J.-P Cot, «La conduite subséquente des parties a un traité», *Revue générale de droit international public*, vol. 70, 1966, pp. 644–647 («valeur probatoire»); Distefano, «La pratique subséquente...» (см. сноску 191 выше), p. 46; Dörr, «Article 31...» (см. сноску 61 выше), p. 556, para. 79; см. также выступления в прениях сторон по делу о *Морском споре (Перу против Чили)* в Международном Суде, CR 2012/33, pp. 32–36, paras. 7–19 (Wood), URL www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf and CR 2012/36, pp. 13–18, paras. 6–21 (Wordsworth), URL: www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf.

³⁹¹ WTO Appellate Body Report, *EC – Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R and WT/DS68/AB/R, 22 June 1998, para. 93.

³⁹² См. *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ [A/6309/Rev.1](#), p. 222, para. (15); Cot, «La conduite subséquente des parties...» (см. сноску 390 выше), p. 652.

³⁹³ На деле однократной практики часто будет недостаточно для установления соглашения участников в отношении толкования договора, однако, как общее правило, последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 не требует какого-либо повторения, а лишь требует соглашения о толковании. Вероятность соглашения, установленного в силу однократной практики, таким образом, зависит от данного акта и договора, см. E. Lauterpacht, «The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals», *Recueil des cours... 1976*, vol. 152, pp. 377–466, at p. 457; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (см. сноску 67 выше), p. 166; C.F. Amerasinghe, «Interpretation of texts in open international organizations», *British Yearbook of International Law 1994*, vol. 65, p. 175, at p. 199; Филлигер считает необходимой известную периодичность, хотя и подчеркивает, что важный момент – установление соглашения, Villiger, *Commentary...* (см. сноску 37 выше), p. 431, para. 22. Ясин и Синклер пишут, что практика не может «в целом» быть установлена одним единым актом, Yasseen, «L'interprétation des traités...» (см. сноску 20 выше), p. 47; Sinclair, *The Vienna Convention...* (см. сноску 20 выше), p. 137; cf. Nolte, «Subsequent agreements and subsequent practice of States...» (см. сноску 62 выше), p. 310.

Пункт 3 – значимость последующей практики по статье 32

13) Пункт 3 проекта вывода 9 также затрагивает значение, которое должно придаваться последующей практике по статье 32 (см. пункт 3 проекта вывода 4). В нем не затрагивается вопрос о том, когда и при каких обстоятельствах такого рода практика может быть рассмотрена. В схожей ситуации Апелляционный орган ВТО подчеркивал, что эти два вопроса необходимо отделять друг от друга:

«мы считаем, что Европейские сообщества объединяют предварительный вопрос о том, что может быть квалифицировано как "обстоятельство" заключения договора, с отдельным вопросом установления степени значения, которое может придаваться данному обстоятельству для целей толкования согласно статье 32»³⁹⁴.

Апелляционный орган также постановил, что:

«во-первых, Третья группа не изучала практику классификации в Европейских сообществах в ходе переговоров Уругвайского раунда как *дополнительное средство толкования* по смыслу статьи 32 *Венской конвенции*; а также, во-вторых, ценность классификационной практики как *дополнительного средства толкования*»³⁹⁵.

Для того чтобы определить «значимость» такой последующей практики, Апелляционный орган сослался на «объективные факторы»:

«К ним относится вид события, документа или правового акта и его правовой характер; относимость обстоятельства по времени с заключением договора; фактическое знание или простой доступ к опубликованному документу или правовому акту; предмет документа, правового акта или события в связи с положением договора, подлежащим толкованию; а также была ли она использована или повлияла ли она на переговоры о заключении договора и как именно»³⁹⁶.

14) Хотя Апелляционный орган не использовал термина «специфичность», он сослался на критерий, указанный выше. Вместо ясности Апелляционный орган говорил о «последовательности» и заявил, что последовательность должна не служить эталоном сравнения, а, скорее, определять степень значимости. «Последовательная предыдущая практика классификации часто может иметь важное значение. Однако непоследовательная практика классификации *не может* иметь отношения к делу (при толковании значения тарифных уступок)»³⁹⁷.

15) Еще одним фактором, который помогает определить релевантность по статье 32, может быть число затрагиваемых государств, следующих такой практике. Апелляционный орган заявил:

«Для установления такого намерения может иметь значение предыдущая практика только *одного* из участников, однако она, очевидно, имеет более ограниченную ценность, чем практика всех участников. В конкретном случае толкования тарифной уступки в таблице классификационная практика члена-импортера, наоборот, может иметь большое значение»³⁹⁸.

³⁹⁴ WTO Appellate Body Report, *EC – Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R and Corr.1, and WT/DS286/AB/R and Corr.1, adopted 27 September 2005, para. 297.

³⁹⁵ WTO Appellate Body Report, *EC – Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R and WT/DS68/AB/R, adopted 22 June 1998, para. 92 (сноска опущена и шрифтовое выделение в оригинале).

³⁹⁶ *EC – Chicken Cuts* (см. сноску 394 выше), para. 290 (сноска опущена).

³⁹⁷ *Ibid.*, para. 307 (сноска опущена и шрифтовое выделение в оригинале); см. также *EC – Computer Equipment* (см. сноску 395 выше), para. 95.

³⁹⁸ *EC – Computer Equipment* (см. сноску 395 выше), para. 93 (шрифтовое выделение в оригинале).

В то же самое время верно и то, что

«[в] арбитражных делах по инвестиционным спорам придание последующему одностороннему заявлению какого-либо одного государства существенного, а тем более решающего веса было бы весьма необычно и могло бы вызывать вопросы о соблюдении должной законной процедуры»³⁹⁹.

Вывод 10

Соглашение участников относительно толкования договора

1. Соглашение по пункту 3 а) и б) статьи 31 требует общего понимания в отношении толкования договора, которое участники знают и принимают. Такое соглашение может быть юридически связывающим, но необязательно должно быть таковым, чтобы приниматься во внимание.

2. Количество участников, которые должны активно участвовать в осуществлении последующей практики для установления соглашения по пункту 3 б) статьи 31, может варьироваться. Молчание одного или нескольких участников может представлять собой принятие последующей практики, когда обстоятельства требуют реакции.

Комментарий

Пункт 1, первое предложение, – «общее понимание»

1) В первом предложении пункта 1 вводится принцип, в соответствии с которым «соглашение» по смыслу пункта 3 а) и б) статьи 31 требует общего понимания участников в вопросах толкования договора. Чтобы это общее понимание повлекло за собой последствия, предусмотренные в пункте 3 статьи 31, участники должны знать и принимать такое толкование. Хотя различие по форме «соглашения» согласно подпунктам а) и б) уже было отмечено в проекте вывода 4 и в комментарии к нему⁴⁰⁰, цель пункта 1 проекта вывода 10 состоит в том, чтобы указать, что есть общего между этими двумя подпунктами и к какому соглашению по существу пришли участники относительно толкования договора.

2) Элементом, разграничивающим последующие соглашения и последующую практику в качестве аутентичного средства толкования согласно пункту 3 а) и б) статьи 31, с одной стороны, и другую последующую практику в качестве дополнительного средства толкования согласно статье 32⁴⁰¹ – с другой, является «соглашение» участников относительно толкования соответствующего договора. Именно соглашение участников придает средствам толкования согласно пункту 3 статьи 31⁴⁰² их конкретную функцию и ценность для интерактивного процесса толкования в соответствии с общим правилом толкования, предусмотренным статьей 31⁴⁰³.

3) Наличие коллизий в позициях относительно толкования, которых придерживаются разные участники договора, исключает существование соглашения. Это было подтверждено, в частности, Арбитражным трибуналом в деле *Внешние долги Германии*, где он постановил, что сообщения различных управляющих органов не

³⁹⁹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* (см. сноску 136 выше), para. 476.

⁴⁰⁰ См. п. 10) комментария к проекту вывода 4 выше.

⁴⁰¹ См. проекты выводов 3 и 4, п. 3, выше.

⁴⁰² См. Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)...» (см. сноску 224 выше), p. 30: «Нет оснований считать, что термин «соглашение» в пункте б) имеет какое-либо иное значение по сравнению с его значением в пункте а)».

⁴⁰³ См. пп. 12)–15) комментария к проекту вывода 2 выше; статью 31 следует «воспринимать в целом», и в ней процесс толкования определяется как «одно комбинированное действие», «не создающее правовую иерархию норм для толкования договоров», *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 219 англ. текста, п. 8), и с. 220, п. 9).

позволяют вести речь о наличии «подразумеваемого последующего понимания», поскольку один из таких органов – «Бэнк оф Ингланд» – изложил иную позицию⁴⁰⁴.

4) Однако соглашение отсутствует при наличии коллизий в позициях участников и до тех пор, пока такие коллизии сохраняются. Тот факт, что участники применяют договор по-разному, сам по себе не позволяет сделать вывод о расхождении их позиций относительно толкования договора. Такое различие может указывать на разногласия по вопросу о том, какое единственное толкование должно быть правильным, но также может лишь отражать общее понимание того, что договор обеспечивает определенные возможности для его осуществления по своему усмотрению⁴⁰⁵. Например, договоры о правах человека или о беженцах направлены на единообразное толкование, но при этом оставляют место для дискреции государств.

5) Хотя неоднозначное поведение одного или нескольких участников, как правило, не позволяет установить наличие соглашения⁴⁰⁶, не все элементы поведения государства, не вписывающиеся в общую картину, делают поведение этого государства неоднозначным. Например, в деле о *Канале Бигль* Арбитражный суд определил, что, хотя позиции сторон по одному аспекту толкования договора расходятся, это не всегда означает, что подобное отсутствие соглашения является необратимым:

«Аналогичным образом переговоры для устранения разногласий, в ходе которых разногласия не удается устранить, вряд ли могут иметь необратимый эффект. Самое большее, это может временно лишать действия участников доказательной силы в поддержку их вариантов толкования договора, поскольку такие шаги предпринимались в ходе переговоров. Но не более того»⁴⁰⁷.

6) Аналогичным образом в деле *Лоизиду против Турции* Европейский суд по правам человека вынес определение, согласно которому объем ограничений, которые могут устанавливаться участниками на признание компетенции Комиссии и Суда, «был подтвержден последующей практикой Договаривающихся Сторон», т. е. «существованием практики, свидетельствующей о практически универсальном согласии Договаривающихся Сторон с тем, что статьи 25 и 46... Конвенции не допускают введения территориальных или материально-правовых ограничений»⁴⁰⁸. Ссылаясь на пункт 3 b) статьи 31, Суд назвал «такую государственную практику» «единообразной и последовательной», хотя он в то же время признал, что оба государства, возможно, ввели исключения⁴⁰⁹. Это решение указывает на то, что толкователи, по крайней мере применительно к Европейской конвенции, обладают определенной свободой при оценке наличия соглашения участников относительно определенного толкования⁴¹⁰.

⁴⁰⁴ *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, Award of 16 May 1980, UNRIAA, vol. XIX, part III, pp. 67–145, pp. 103–104, para. 31; см. также *EC – Computer Equipment* (см. сноску 395 выше), para. 95; *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau* (см. сноску 343 выше), p. 175, para. 66.

⁴⁰⁵ См. выше комментарий к проекту вывода 7, пп. 12)–15).

⁴⁰⁶ *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (см. сноску 153 выше), p. 258, para. 70; Kolb, «La modification d'un traité...» (см. сноску 309 выше), p. 16.

⁴⁰⁷ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, UNRIAA, vol. XXI, part II, pp. 53–264, p. 188, para. 171.

⁴⁰⁸ *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), № 15318/89, 23 March 1995, ECHR Series A № 310, paras. 79 and 81.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, paras. 80 and 82; это дело касалось не толкования какого-либо отдельного права человека, а, скорее, вопроса о том, обязано ли государство вообще соблюдать Конвенцию.

⁴¹⁰ Более ограничительная судебная практика Органа по урегулированию споров ВТО свидетельствует о том, что различные толкователи могут смотреть на вещи по-разному, см. *United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (Zeroing)*,

7) Термин «соглашение» в Венской конвенции 1969 года⁴¹¹ не предполагает каких-либо особых требований в отношении формы⁴¹², включая «соглашение» по смыслу пункта 3 а) и б) статьи 31⁴¹³. При этом Комиссия отметила, что для проведения различия между последующим соглашением по смыслу пункта 3 а) статьи 31 и последующей практикой, которая «устанавливает соглашение» участников по смыслу пункта 3 б) статьи 31, первое предполагает наличие «одного общего действия» участников⁴¹⁴. Требования о публикации или регистрации соглашения, установленного на основании пункта 3 а) статьи 31, в соответствии со статьей 102 Устава Организации Объединенных Наций не предусмотрено⁴¹⁵.

8) Для того чтобы соглашение по пункту 3 статьи 31 было «общим», иногда достаточно, чтобы участники пришли к одному и тому же пониманию каждый сам по себе, но порой необходимо, чтобы они все понимали общность разделяемого ими понимания. В деле *Об острове Касикили/Седуду* Международный Суд в отношении практики, требуемой в соответствии с пунктом 3 б) статьи 31, вынес определение о том, что «власти Бечуаналенда полностью осознавали и признавали» толкование властей Каприви в качестве подтверждения границ по Договору⁴¹⁶. В некоторых обстоятельствах знание и принятие позиции другого участника или участников может предполагаться, особенно в случае договоров, осуществляемых на национальном уровне.

Пункт 1, второе предложение, – возможные юридические последствия соглашения в силу пункта 3 а) и б) статьи 31

9) Цель второго предложения пункта 1 – подтвердить, что «соглашение» по смыслу пункта 3 статьи 31 необязательно должно быть юридически связывающим⁴¹⁷,

WT/DS294/R, adopted 9 May 2006, para. 7.218: «...даже если окончательно установлено, что все 76 членов, упомянутых Европейскими сообществами, применяли [определенную] практику... это лишь означает, что значительное число членов ВТО придерживались подхода, который отличался от подхода Соединенных Штатов. ...Мы отмечаем, что одна треть участников данного разбирательства представила доводы, оспаривающие точку зрения Европейских сообществ...».

⁴¹¹ См. статьи 2, п. 1 а), 3, 24, п. 2, 39–41, 58 и 60.

⁴¹² См. п. 5) комментария к проекту вывода 4 выше; что подтверждается решением Постоянной палаты Третейского суда по делу *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, Award of 7 July 2014, URL: <https://pcacases.com/web/sendAttach/383>, p. 47, para. 165; Yasseen, «L'interprétation des traités...» (см. сноску 20 выше), p. 45; Distefano, «La pratique subséquente...» (см. сноску 191 выше), p. 47.

⁴¹³ См. п. 5) комментария к проекту вывода 4 выше; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 231–232 and 243–247; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 142 выше), p. 213; Dörr, «Article 31...» (см. сноску 61 выше), p. 594, para. 75; R. Gardiner, «The Vienna Convention rules on treaty interpretation», in *The Oxford Guide to Treaties*, D.B. Hollis, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 475 and 483.

⁴¹⁴ См. п. 10) комментария к проекту вывода 4 выше; «общее действие» может также заключаться в обмене письмами, см. *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 June 1990, *International Law Reports*, vol. 105 (1997), p. 1, at pp. 54–56; Fox, «Article 31 (3) (a) and (b)...» (см. сноску 62 выше), p. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 248–249.

⁴¹⁵ Aust, «The theory and practice of informal international instruments» (см. сноску 86 выше), pp. 789–790.

⁴¹⁶ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), p. 1094, para. 74 («оккупация острова племенем масубия») and pp. 1077, para. 55 («Доклад Изона», о котором «так и не стало известно Германии»); Dörr, «Article 31...» (см. сноску 61 выше), pp. 602–603, para. 89.

⁴¹⁷ См. п. 6) комментария к проекту вывода 4 выше; P. Gautier, «Non-binding agreements», in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), para. 14; Benatar, «From probative value to authentic interpretation...» (см. сноску 62 выше), pp. 194–195; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 142 выше), p. 213; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), p. 244; см. также Nolte, «Subsequent agreements and subsequent practice of States...» (см. сноску 62 выше), p. 307, at p. 375.

в отличие от других положений Венской конвенции, где термин «соглашение» употребляется для обозначения юридически обязательного документа⁴¹⁸.

10) Этот вывод подтверждается тем, что Комиссия в своем окончательном проекте статей о праве международных договоров использовала выражение «любая последующая практика, устанавливающая понимание участников»⁴¹⁹. Слово «понимание» предполагает, что термин «соглашение» в пункте 3 статьи 31 не требует, чтобы участники тем самым принимали на себя или создавали какое-либо правовое обязательство, существующее в дополнение к договору или независимо от него⁴²⁰. На Венской конференции слово «понимание» было заменено термином «соглашение» не по причинам существа, а по причинам сугубо «редакционного характера» – чтобы подчеркнуть, что понимание участников означает их «общее» понимание⁴²¹. Соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31 также не должно непременно иметь обязательную юридическую силу⁴²².

11) Таким образом, достаточно того, чтобы участники, посредством последующего соглашения или последующей практики согласно пункту 3 статьи 31, придали договору определенное значение⁴²³ или, иными словами, приняли некое «понимание» этого договора⁴²⁴. Последующие соглашения и последующая практика согласно пункту 3 а) и б) статьи 31, даже если они сами по себе не имеют обязательной юридической силы, могут, тем не менее, в качестве средств толкования приводить к возникновению юридических последствий в рамках процесса толкования согласно статье 31⁴²⁵. Соответственно, международные суды и трибуналы не требовали, чтобы «соглашение» по смыслу пункта 3 статьи 31 отражало намерение участников создать

⁴¹⁸ См. статьи 2, п. 1 а), 3, 24, п. 2, 39–41, 58 и 60.

⁴¹⁹ См. *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 222 англ. текста, п. 15).

⁴²⁰ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, UNRIAA, vol. XXI, part II, pp. 53–264, at p. 187, para. 169; *The Question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, 16 May 1980, *ibid.*, vol. XIX, pp. 67–145, pp. 103–104, para. 31; Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (см. сноску 75 выше), pp. 190–195; Kolb, «La modification d'un traité...» (см. сноску 309 выше), pp. 25–26; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (см. сноску 67 выше), pp. 169–171.

⁴²¹ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties...* (A/CONF.39/11) (см. сноску 193 выше), thirty-first meeting, 19 April 1968, p. 169, at para. 59 (Australia); P. Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États», in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, N. Angelet, ed. (Brussels, Bruylant, 2007), pp. 425–454, at pp. 430–431 («La lettre [a] du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l'on peut supposer que le terme «accord» est ici utilisé dans un sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au «traité» défini à l'article 2 de la convention de Vienne. Ainsi, l'accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique»).

⁴²² См. Gautier, «Non-binding agreements» (см. сноску 417 выше), para. 14; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 142 выше), pp. 211, 213.

⁴²³ Эта терминология соответствует положениям комментария к руководящему принципу 1.2 (Определение заявлений о толковании), содержащегося в подготовленном Комиссией Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам (см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10, A/66/10/Add.1*, пп. 18) и 19)).

⁴²⁴ См. *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, pp. 221–222, paras. (15) and (16) (термин «понимание» используется как в контексте формулировки, ставшей впоследствии пунктом 3 а) статьи 31, так и формулировки, которая стала пунктом 3 б) статьи 31).

⁴²⁵ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges, Award on the First Question*, 30 November 1992, UNRIAA, vol. XXIV (Sales № E/F.04.V.18), pp. 1–359, at p. 131, para. 6.7; Aust, «The theory and practice of informal international instruments» (см. сноску 86 выше), pp. 787 and 807; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (см. сноску 67 выше), p. 173; Hafner, «Subsequent agreements and practice...» (см. сноску 273 выше), pp. 110–113; Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne...» (см. сноску 421 выше), p. 434.

новые или отдельные обязательства, имеющие обязательную юридическую силу⁴²⁶. Аналогичным образом меморандумы о взаимопонимании иногда признавались в качестве «потенциально важного подспорья для толкования», но не «источника независимых юридических прав и обязанностей»⁴²⁷.

Пункт 2 – формы участия в последующей практике

12) В первом предложении пункта 2 подтверждается принцип, согласно которому для установления соглашения по смыслу пункта 3 b) статьи 31 не все участники должны осуществлять какую-либо определенную практику. Во втором предложении дается пояснение о том, что принятие такой практики участниками, которые ее не осуществляют, при некоторых обстоятельствах может вытекать из их молчания или бездействия.

13) Комиссия изначально признала, что «соглашение», вытекающее из последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31, может отчасти являться следствием молчания или бездействия одного или нескольких участников. Когда Комиссия поясняла причины, по которым она использовала выражение «понимание участников» в проекте пункта 3 b) статьи 27 (которое впоследствии в пункте 3 b) статьи 31 стало «соглашением», см. пункт 10 выше), а не выражение «понимание всех участников», Комиссия заявила следующее:

«Она сочла, что выражение "понимание участников" обязательно означает "участников в целом". Она опустила слово "всех" лишь для того, чтобы избежать любого возможного неправильного понимания, согласно которому каждый участник должен в индивидуальном порядке осуществлять практику, тогда как то, что оно приняло эту практику, является достаточным»⁴²⁸.

14) Международный Суд также признал возможность выражения согласия относительно толкования посредством молчания или бездействия, заявив в решении по делу о *Храме Преах Виhear*, что «когда ясно, что сложившиеся обстоятельства требовали определенной реакции в течение разумного периода времени», следует считать, что государство, столкнувшееся с некоторым последующим поведением другого участника, «молчаливо согласилось с ним»⁴²⁹. Это общее утверждение Суда о роли молчания в целях установления соглашения относительно толкования договора в силу последующей практики было подтверждено последующими решениями⁴³⁰, а

⁴²⁶ Например, «...набор свидетельств, указывающий на соглашение участников по поводу толкования...» (WTO Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, section E, p. 13); или «...свидетельства... должны указывать на *соглашение* о толковании соответствующего положения» (WTO Panel Report, *European Communities and its member States – Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, WT/DS375/R, WT/DS376/R and WT/DS377/R, adopted 21 September 2010, para. 7.558); или «...практика [которая] отражает соглашение относительно толкования...» (Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award № ITL 83-B1-FT (Counterclaim) (см. сноску 156 выше), p. 77, at p. 119, para. 116); или что «...государственная практика» содержала «...указания на отсутствие каких-либо колебаний со стороны Договаривающихся государств...» (*Banković et al. v. Belgium and 16 other contracting States* (dec.) [GC], № 52207/99, ECHR 2001-XII, para. 62); «Трибунал не связан мнениями ни одного из обоих государств-участников. Хотя Трибунал обязан "принимать во внимание" любое последующее соглашение между государствами-участниками на основании пункта 3 а) статьи 31 [Венской конвенции 1969 года], надлежащее толкование статьи 10.18 и вопрос о том, как ее следует применять к обстоятельствам дела, – это задачи, подлежащие решению исключительно Трибуналом»: *The Renco Group Inc. v. Republic of Peru* (см. сноску 29 выше), para. 156.

⁴²⁷ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport* (см. сноску 425 выше), p. 131, para. 6.7; см. также *Arbitration regarding the Iron Rhine* (см. сноску 24 выше), p. 98, para. 157.

⁴²⁸ *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, с. 222 англ. текста, п. 15).

⁴²⁹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (см. сноску 110 выше), p. 23.

⁴³⁰ См. также *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803, p. 815, para. 30; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and

также получило общую поддержку юристов-теоретиков⁴³¹. «Обстоятельства», которые «требуют определенной реакции», включают конкретную ситуацию, при которой государства-участники взаимодействуют друг с другом в связи с договором⁴³².

15) В рамках дела о *Канале Бигль*⁴³³ Арбитражный суд рассматривал утверждение Аргентины о том, что юрисдикционные акты Чили в отношении некоторых островов не могут считаться релевантным последующим поведением, поскольку Аргентина не отреагировала на эти акты. При этом Суд вынес следующее определение:

«В положениях Венской конвенции возможные способы проявления "соглашения" не указываются. В контексте настоящего дела юрисдикционные акты не были направлены на установление источника права собственности независимо от условий договора; к тому же нельзя считать, что они противоречат этим положениям в том виде, как их понимает Чили. Имеющиеся данные подтверждают точку зрения о том, что они имели публичный характер, были хорошо известны Аргентине и могли основываться только на положениях Договора. При таких обстоятельствах молчание Аргентины позволяет сделать вывод о том, что эти акты имели своей целью подтвердить толкование смысла Договора независимо от самих юрисдикционных актов»⁴³⁴.

В связи с тем же делом Арбитражный суд отметил следующее:

«Само опубликование нескольких карт крайне сомнительного содержания и ценности (как это уже продемонстрировал Суд) не может, даже если это отражает официальную позицию Аргентины, помешать или воспрепятствовать Чили совершить действия, которые в свою очередь продемонстрируют ее позицию в отношении ее прав по Договору 1881 года; факт такой публикации не может также убедить Аргентину в том, что ей не следует больше реагировать на эти действия, если она считает их противоречащими договору»⁴³⁵.

16) Смысл молчания также зависит от правовой ситуации, к которой относится последующая практика другого участника, и соответствующего выраженного требования. Так, в своем постановлении по делу *Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией* Международный Суд указал:

«Некоторые из этих видов деятельности – организация здравоохранения и образования, правоохранительная деятельность и отправление правосудия – можно, как правило, рассматривать в качестве *суверенных* актов. При этом Суд отмечает, что, поскольку у Камеруна ранее имелось право собственности в этой

Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392, at p. 410, para. 39; *Prosecutor v. Anto Furundžija* (см. сноски 353 выше), paras. 165 *et seq.*, at para. 179; *Rantsev v. Cyprus and Russia*, № 25965/04, 7 January 2010, ECHR 2010 (extracts), para. 285; с осторожностью: WTO Appellate Body Report, *EC – Chicken Cuts* WT/DS269/AB/R and Corr.1, WT/DS286/AB/R and Corr.1, adopted 27 September 2005, para. 272; см. также в ограниченном смысле *Iran-United States Claims Tribunal*, Award № 30-16-3, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1983), p. 141, at p. 144; *The Question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, 16 May 1980, UNRIIAA, vol. XIX, pp. 67–145, pp. 103–104, para. 31.

⁴³¹ Kamto, «La volonté de l'État en droit international» (см. сноски 154 выше), pp. 134–141; Yasseen, «L'interprétation des traités...» (см. сноски 20 выше), p. 49; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноски 19 выше), p. 267; Villiger, *Commentary...* (см. сноски 37 выше), p. 431, para. 22; Dörr, «Article 31...» (см. сноски 61 выше), pp. 557 and 559, paras. 83 and 86.

⁴³² Например, в отношении действий в рамках международной организации см. *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, *Judgment of 5 December 2011, I.C.J. Reports 2011*, p. 644, at pp. 675–676, paras. 99–101; Kamto, «La volonté de l'État en droit international» (см. сноски 154 выше), p. 136.

⁴³³ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, UNRIIAA, vol. XXI, part II, pp. 53–264.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 187, para. 169 (a).

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 188, para. 171.

области, то соответствующая правовая задача заключается в определении того, можно ли в данном случае говорить о доказанном молчаливом согласии Камеруна на передачу своего права собственности Нигерии»⁴³⁶.

17) Это постановление предполагает, что в ситуациях с договорами о делимитации границ сложившиеся обстоятельства будут требовать какой-либо реакции на поведение, направленное против делимитации, лишь в самых исключительных случаях. В таких ситуациях, как представляется, существует обоснованная презумпция в отношении того, что молчание не означает признания практики⁴³⁷.

18) Релевантность молчания или бездействия для установления соглашения относительно толкования в значительной степени зависит от обстоятельств конкретного дела. Решения международных судов и трибуналов показывают, что факт принятия практики одним или несколькими участниками посредством молчания или бездействия установить непросто.

19) Например, международные суды и трибуналы неохотно соглашались признавать в качестве последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31 парламентские акты или решения национальных судов, на которые другие участники договора должны были бы реагировать, даже если такие акты или судебные решения были доведены до их сведения по другим каналам, в том числе через их собственную дипломатическую службу⁴³⁸.

20) Кроме того, даже в случаях, когда участник своим поведением выражает определенную позицию по отношению к другому участнику (или участникам) относительно толкования договора, это не всегда требует принятия мер реагирования со стороны другого участника или участников. В решении по делу об *Острове Касикили/Седуду* Международный Суд указал, что государство, не отреагировавшее на выводы совместной комиссии экспертов, которой участники поручили определить конкретную фактическую ситуацию в отношении предмета спора, не обеспечило таким образом основание для вывода о том, что в этом споре было достигнуто соглашение⁴³⁹. Суд счел, что стороны рассматривали работу экспертов лишь как подготовительный шаг к отдельному решению, которое должно впоследствии приниматься на политическом уровне. В более общем плане Апелляционный орган ВТО вынес определение о том, что:

«в конкретных ситуациях "отсутствие реакции" со стороны какого-либо участника договора или его молчание могут, с учетом сопутствующих обстоятельств, восприниматься как признание практики других участников договора. Такие ситуации могут наблюдаться в случаях, когда участник, который не осуществлял практику, узнал или был проинформирован о практике других участников (например, посредством уведомления или в связи с участием в форуме, на котором она обсуждается), но не реагирует на нее»⁴⁴⁰.

⁴³⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 303, p. 352, para. 67.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 351, para. 64: «...Суд, однако, отмечает, что теперь, когда он вынес свои определения о том, что граница в озере Чад была делимитирована... это означает, что любые действия Нигерии по сути должны квалифицироваться с точки зрения их правовых последствий как действия *contra legem*»; см. также *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 554, at p. 586, para. 63; *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (см. сноску 343 выше), p. 181, para. 70.

⁴³⁸ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (см. сноску 22 выше), p. 650, para. 48; WTO Appellate Body Report, *EC – Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R and Corr.1, WT/DS286/AB/R and Corr.1, adopted 27 September 2005, para. 334 («...простой доступ к опубликованному решению не может быть равнозначен признанию...»); см. также Court of Justice of the European Union, Judgment of 21 December 2016, Case C-104/16 P, *Council v. Front Polisario [2016]*, *European Court Reports* 973, para. 118.

⁴³⁹ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 22 выше), pp. 1089–1091, paras. 65–68.

⁴⁴⁰ WTO Appellate Body Report, *EC – Chicken Cuts* (см. сноску 438 выше), para. 272 (сноска опущена).

Этот подход был подтвержден Международным трибуналом по морскому праву. Принимая во внимание практику государств в сфере толкования статей 56, 58 и 73 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, Трибунал указал следующее:

«Трибунал признает, что в национальном законодательстве некоторых государств, причем не только в Западноафриканском регионе, но и в ряде других регионов мира, бункеровка иностранных судов, ведущих рыбный промысел в их исключительных экономических зонах, регламентируется путем, аналогичным тому, который принят в Гвинее-Бисау. Трибунал далее отмечает, что явно противоречия этому законодательству не выявлено и что оно в целом соблюдается»⁴⁴¹.

21) Национальные суды в своих решениях также признавали, что молчание со стороны участника договора может означать принятие практики, «если обстоятельства требуют определенной реакции»⁴⁴². Такие обстоятельства иногда признавались в некоторых контекстах кооперации, например по двухстороннему договору, предусматривающему особенно тесное сотрудничество⁴⁴³. Дело может обстоять иначе, если предусмотренное договором сотрудничество имеет место в контексте международной организации, правила которой препятствуют использованию практики или молчания для целей толкования⁴⁴⁴.

22) Возможное правовое значение молчания или бездействия в связи с последующей практикой какого-либо участника договора не ограничивается содействием возможному достижению основополагающего общего соглашения; оно может также играть определенную роль в применении норм, не основывающихся на согласии, таких как эстоппель, препятствие или исковая давность⁴⁴⁵.

23) Когда между участниками установлено соглашение по смыслу пункта 3 а) и б) статьи 31, его действие может со временем завершиться. В соответствии с пунктом 3 статьи 31 участники могут заменить его другим соглашением с иной сферой действия или содержанием. В этом случае новое соглашение заменяет предыдущее в качестве аутентичного средства толкования начиная с даты его вступления в силу, по крайней мере на определенный период времени в будущем⁴⁴⁶. Однако такие ситуации не следует допускать с легкостью, поскольку государства, как правило, не изменяют своего толкования по соображениям краткосрочного характера.

24) Возможны и случаи, когда между участниками возникают разногласия относительно толкования договора после достижения ими последующего соглашения относительно такого толкования. Однако такие разногласия, как правило, не приводят к замене первоначального последующего соглашения, поскольку принцип добросовестности не позволяет участнику просто дезавуировать законные ожидания, возникшие в связи с общим толкованием⁴⁴⁷. С другой стороны, четко выраженное одним участником дезавуирование ранее согласованной последующей практики «значительно снижает значимость практики после этой даты», не умаляя при этом значения предыдущей общей практики⁴⁴⁸.

⁴⁴¹ *The M/V «Virginia G» (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment, *ITLOS Reports 2014*, para. 218.

⁴⁴² Switzerland, Federal Court, judgment of 17 February 1971, BGE, vol. 97 I, p. 359, at pp. 370–371.

⁴⁴³ См. United States, Supreme Court, *O'Connor et ux. v. United States*, 479 U.S. 27, at pp. 33–35; Germany, Federal Constitutional Court, BVerfGE, vol. 59, p. 63, at pp. 94–95.

⁴⁴⁴ См. United Kingdom, Supreme Court: с одной стороны, *Assange v. The Swedish Prosecution Authority* [2012] UKSC 22, paras. 68–71 (Lord Phillips); и, с другой стороны, *Bucnys v. Ministry of Justice, Lithuania* [2013] UKSC 71, paras. 39–43 (Lord Mance).

⁴⁴⁵ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, *Advisory Opinion of 20 July 1962*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 151, at p. 182 (Dissenting Opinion of Judge Spender).

⁴⁴⁶ Hafner, «Subsequent agreements and practice...» (см. сноску 273 выше), p. 118; это означает, что действие толковательной силы соглашения согласно пункту 3 статьи 31 необязательно начинается с даты вступления договора в силу, как считает Yasseen, «L'interprétation des traités...» (см. сноску 20 выше), p. 47.

⁴⁴⁷ Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (см. сноску 75 выше), p. 151.

⁴⁴⁸ *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2014*, p. 3, at p. 52, para. 142.

Часть четвертая Конкретные аспекты

Вывод 11

Решения, принятые в рамках конференции государств-участников

1. Конференция государств-участников, согласно этим проектам выводов, – это совещание участников договора для цели рассмотрения действия или имплементации договора, если только они не выступают в качестве членов органа международной организации.

2. Юридический эффект решения, принятого в рамках конференции государств-участников, зависит в первую очередь от договора и применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств подобное решение может воплощать в себе, эксплицитно или имплицитно, последующее соглашение по пункту 3 а) статьи 31 или порождать последующую практику по пункту 3 б) статьи 31 или последующую практику по статье 32. Решения, принятые в рамках конференции государств-участников, часто предоставляют неисчерпывающий диапазон практических вариантов имплементации договора.

3. Решение, принятое в рамках конференции государств-участников, воплощает в себе последующее соглашение или последующую практику по пункту 3 статьи 31 в той степени, в которой оно отражает соглашение по существу между участниками относительно толкования договора, независимо от формы и процедуры принятия решения, в том числе его принятия путем консенсуса.

Комментарий

1) В проекте вывода 11 рассматривается особая форма действий государств, которая может привести к последующему соглашению или последующей практике по пункту 3 статьи 31 или к последующей практике по статье 32, а именно к решениям, принятым в рамках конференций государств-участников⁴⁴⁹.

Пункт 1 – определение конференций государств-участников

2) Конференции государств-участников служат одной из форм проведения деятельности в рамках постоянного процесса обзора и имплементации многосторонних договоров⁴⁵⁰. Такие конференции можно приблизительно разделить на две основные категории. К первой из них относится ряд конференций, фактически являющихся органом какой-либо международной организации, в рамках которой государства-участники действуют в качестве членов этого органа (например, совещания участников Всемирной торговой организации, Организации по запрещению химического оружия или Международной организации гражданской авиации)⁴⁵¹. Такие конференции не относятся к сфере охвата проекта вывода 11, который не затрагивает последующую практику международных организаций и

⁴⁴⁹ Другие названия включают в себя: «совещания сторон» или «ассамблеи государств-участников».

⁴⁵⁰ См. V. Röben, «Conference (Meeting) of States Parties», in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), p. 605; R.R. Churchill and G. Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law», *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), pp. 623–659; J. Brunnée, «COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), pp. 1–52; A. Wiersema, «The new international law-makers? Conference of the Parties to multilateral environmental agreements», *Michigan Journal of International Law*, vol. 31 (2009), pp. 231–287; L. Boisson de Chazournes, «Environmental treaties in time», *Environmental Policy and Law*, vol. 39 (2009), pp. 293–298.

⁴⁵¹ Марракешское соглашение об учреждении Всемирной торговой организации (1994) (см. сноску 66 выше); Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении (1993) (см. сноску 163 выше); Конвенция о международной гражданской авиации (Чикагская конвенция, 1944), *United Nations, Treaty Series*, vol. 15, № 102, p. 295.

внутри международных организаций⁴⁵². Вторая категория включает в себя другие конференции государств-участников, созываемые в соответствии с договорами, не учреждающими международную организацию; такие договоры, скорее, предусматривают или допускают проведение с большей или меньшей периодичностью совещаний участников для рассмотрения их действия и имплементации. Такие конференции по рассмотрению действия служат основой для сотрудничества между государствами-участниками и их последующего поведения в отношении договора. Кроме того, каждый из этих видов конференций государств-участников может выполнять конкретные задачи в части внесения поправок и/или адаптации договоров. К соответствующим примерам относятся механизм проведения конференций по рассмотрению действия Конвенции о биологическом оружии 1972 года⁴⁵³, Конференция по рассмотрению действия, проводимая в соответствии со статьей VIII (3) Договора о нераспространении 1968 года⁴⁵⁴, и конференции сторон, созываемые в соответствии с международными договорами в области охраны окружающей среды⁴⁵⁵. Международная китобойная комиссия, учрежденная на основании Международной конвенции по регулированию китобойного промысла⁴⁵⁶, представляет собой пограничный случай между двумя основными категориями конференций государств-участников, и ее последующая практика рассматривалась в постановлении Международного Суда по делу *Китобойный промысел в Антарктике*⁴⁵⁷.

3) Поскольку конференции государств-участников обычно учреждаются договорами, они в некотором смысле являются «договорными органами». При этом их не следует путать с органами, состоящими из независимых экспертов (см. проект вывода 13), или с органами ограниченного состава. Конференции государств-участников – это совещания, которые проводятся с большей или меньшей периодичностью и являются открытыми для всех участников договора. Конференции государств-участников могут учреждаться договорами с универсальным членским составом, равно как и договорами с более ограниченным составом участников.

⁴⁵² См. проект вывода 12 ниже.

⁴⁵³ См. Конвенцию о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении (1972) (см. сноску 163 выше), ст. XI. В соответствии с этим механизмом конференция государств – участников Конвенции созывается «для рассмотрения того, как действует Конвенция, чтобы иметь уверенность в том, что цели, изложенные в преамбуле, и положения Конвенции осуществляются. При таком рассмотрении должны быть приняты во внимание все новые научно-технические достижения, имеющие отношение к Конвенции» (статья XII).

⁴⁵⁴ Договор о нераспространении ядерного оружия (1968), United Nations, *Treaty Series*, vol. 729, № 10485, р. 161; в п. 3 ст. VIII предусматривается, что через пять лет после его вступления в силу или, если будет принято соответствующее решение, через каждые последующие пять лет «созывается конференция для рассмотрения того, как действует настоящий Договор, чтобы иметь уверенность в том, что цели, изложенные в преамбуле, и положения Договора осуществляются». С помощью таких решений государства-участники постатейно рассматривают действие Договора о нераспространении ядерного оружия и вырабатывают выводы и рекомендации относительно последующих действий.

⁴⁵⁵ К соответствующим примерам относятся Конференция участников Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (1992 год) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1771, № 30822, р. 107), Конференция Сторон, действующая в качестве совещания Сторон Киотского протокола к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (Киотский протокол, 1997 год) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2303, № 30822, р. 161) и Конференция Договаривающихся сторон Конвенции о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местобитаний водоплавающих птиц (Рамсарская конвенция, 1971 год) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 996, № 14583, р. 245).

⁴⁵⁶ Эту Конвенцию часто называют договором, учреждающим международную организацию, однако это не совсем так; при этом она наделяет Международную китобойную комиссию чертами, соответствующими настоящему определению конференции государств-участников.

⁴⁵⁷ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, р. 226, at p. 248, para. 46.

4) Чтобы отразить все богатство разнообразия конференций государств-участников и тех правил, по которым они функционируют, в пункте 1 дается широкое определение термина «конференция государств-участников» для целей настоящих проектов выводов, из которого исключаются только действия государств в качестве членов органа международной организации (ему будет посвящен один из последующих проектов выводов). Этот термин распространяется также на конференции сторон договора, в котором участвуют не только государства.

Пункт 2, первое предложение, – юридическая сила решений

5) В первом предложении пункта 2 признается, что юридическое воздействие любых актов, принимаемых конференциями государств-участников, в значительной степени зависит от правил функционирования этих конференций, прежде всего от учредительного договора и любых применимых правил процедуры. На конференциях государств-участников принимаются различные акты, в том числе по рассмотрению вопросов имплементации договора, обзору действия самого договора и решениям в рамках процедур внесения поправок⁴⁵⁸.

6) Полномочия конференции государств-участников могут быть оговорены в общих положениях, в специальных положениях или в обоих указанных видах положений. Например, статья 7 (2) Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата начинается со следующей общей формулировки, предваряющей перечисление 13 конкретных задач Конференции, одна из которых касается рассмотрения обязательств Сторон по договору:

«Конференция Сторон, являющаяся высшим органом настоящей Конвенции, регулярно рассматривает вопрос об осуществлении Конвенции и любых связанных с ней правовых документов, которые могут быть приняты Конференцией Сторон, и выносит в пределах своих полномочий решения, необходимые для содействия эффективному осуществлению Конвенции».

7) В конкретных положениях, содержащихся в различных договорах, говорится о том, что конференция государств-участников предлагает «руководящие принципы» для осуществления отдельных статей договора⁴⁵⁹ или дает определение «соответствующих принципов, условий, правил и руководящих принципов» для того или иного механизма договора⁴⁶⁰.

8) Процедуры внесения поправок (в широком смысле этого термина) включают в себя процедуры, по которым могут вноситься поправки в первоначальный текст договора (в большинстве случаев такие поправки должны быть ратифицированы государствами-участниками в соответствии с их конституционными процедурами),

⁴⁵⁸ Конвенция о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местобитаний водоплавающих птиц: п. 1 ст. 6 (функции по рассмотрению действия) и ст. 10-бис (поправки); Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата: п. 2 ст. 7 (полномочия в отношении рассмотрения действия) и ст. 15 (поправки); Киотский протокол: п. 4 ст. 13 (полномочия Конференции Сторон, действующей в качестве совещания Сторон Киотского протокола, в отношении рассмотрения действия) и ст. 20 (процедуры внесения поправок); Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, (United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, № 14537, р. 243), ст. XI (конференция участников по рассмотрению действия) и ст. XVII (процедуры внесения поправок); Договор о нераспространении ядерного оружия; Рамочная конвенция Всемирной организации здравоохранения по борьбе против табака (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2302, № 41032, р. 166), п. 5 ст. 23 (полномочия в отношении рассмотрения действия), ст. 28 (поправки) и ст. 33 (протоколы).

⁴⁵⁹ Ст. 7 и 9 Рамочной конвенции Всемирной организации здравоохранения по борьбе против табака.

⁴⁶⁰ Одним из примеров является ст. 17 Киотского протокола, см. Churchill and Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements...» (см. сноску 450 выше), р. 639; J. Brunnée, «Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements», in *Developments of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum and V. Röben, eds. (Berlin, Springer, 2005), pp. 110–115.

а также процедуры молчаливого принятия и неучастия⁴⁶¹, которые обычно применяются к приложениям, содержащим перечни веществ, видов или другие элементы, которые необходимо обновлять на регулярной основе⁴⁶².

9) В качестве отправной точки пункт 2 предусматривает, что юридическое воздействие решения, принятого в рамках Конференции государств-участников, зависит в первую очередь от соответствующего договора и любых применимых правил процедуры. Выражение «в первую очередь» позволяет охватить вспомогательные нормы «если договором не предусмотрено иное» (см., например, статьи 16, 20, 22 (пункт 1), 24, 70 (пункт 1) и 72 (пункт 1) Венской конвенции 1969 года). Слово «любых» поясняет, что правила процедуры конференций государств-участников, если таковые имеются, будут применяться, поскольку возможны ситуации, когда такие конференции работают без специально принятых правил процедуры⁴⁶³.

Пункт 2, второе предложение, – решения как возможное воплощение последующего соглашения или последующей практики

10) Во втором предложении пункта 2 признается, что решения конференций государств-участников могут представлять собой последующее соглашение или последующую практику относительно толкования договора в соответствии со статьями 31 и 32 Венской конвенции 1969 года. Решения, принятые в рамках конференций государств-участников, могут выполнять важную функцию по определению общего понимания участниками смысла договора.

11) Решения конференций государств-участников, в частности, могут представлять собой или отражать последующие соглашения по смыслу пункта 3 а) статьи 31, на основании которых участники осуществляют толкование соответствующего договора. Например, Конференция по рассмотрению действия Конвенции о биологическом оружии регулярно принимает «договоренности и дополнительные соглашения» относительно толкования положений Конвенции. Эти соглашения были одобрены государствами-участниками путем консенсуса в рамках конференций по рассмотрению действия Конвенции и «затронули все статьи договора для решения конкретных вопросов по мере их возникновения»⁴⁶⁴. На основе таких пониманий государства-участники толкуют положения Конвенции, определяя, конкретизируя или иным образом развивая значение и сферу охвата положений, а также принимая руководящие принципы для их имплементации. Группа имплементационной поддержки Конвенции о биологическом оружии⁴⁶⁵ определяет «дополнительное соглашение» как соглашение, которое:

- «i) интерпретирует, определяет или развивает смысл или объем какого-либо положения Конвенции; или
- ii) дает инструкции, указания или рекомендации о том, как следует осуществлять то или иное положение»⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ См. J. Brunnée, «Treaty amendments», in Hollis, *The Oxford Guide to Treaties* (см. сноску 413 выше), pp. 354–360.

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ Как, например, в случае Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата.

⁴⁶⁴ См. P. Millet, «The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15 (2010), pp. 25–43, at p. 33.

⁴⁶⁵ «Группа имплементационной поддержки» была создана Конференцией государств-участников для оказания Конференции административной поддержки и усиления мер по укреплению доверия среди государств-участников (см. Заключительный документ шестой Конференции государств – участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении по рассмотрению действия Конвенции (BWC/CONF.VI/6), Часть III (решения и рекомендации), п. 5).

⁴⁶⁶ См. справочно-информационный документ, представленный Группой имплементационной поддержки, подготовленный для седьмой Конференции государств – участников Конвенции

12) В этом же ключе Конференция государств – участников Конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (Лондонская конвенция о сбросах)⁴⁶⁷ приняла резолюции о толковании этой конвенции. По просьбе руководящих органов Сектор по правовым вопросам ИМО вынес следующее заключение относительно «интерпретирующей резолюции» Конференции государств – участников Лондонской конвенции о сбросах:

«Согласно пункту 3 а) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров при толковании договора учитываются последующие соглашения между участниками. В этой статье не указана какая-либо конкретная форма последующего соглашения, содержащего такое толкование. Как представляется, это указывает на то, что, если цель толкования ясна, оно может принимать различные формы, в том числе форму резолюции, принятой на совещании участников, или даже решения, зафиксированного в кратких отчетах совещания сторон»⁴⁶⁸.

13) Аналогичным образом юрисконсульт Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ) в целом указал:

«Решения Конференции Сторон как высшего органа в составе всех Сторон РКБТ, без всякого сомнения, представляют собой "последующее соглашение между сторонами относительно толкования договора" по смыслу статьи 31 Венской конвенции»⁴⁶⁹.

14) Специалисты также считали, что решения конференций государств-участников могут воплощать в себя последующие соглашения⁴⁷⁰, отмечая следующее:

«Такие заявления не являются юридически обязательными как таковые, однако они могут иметь юридическую значимость, особенно в качестве одного из источников авторитетных толкований договора»⁴⁷¹.

15) В отношении роли Международной китобойной комиссии согласно Международной конвенции по регулированию китобойного промысла Международный Суд указал:

«В статье VI Конвенции говорится, что «Комиссия может время от времени делать рекомендации одному или всем Договаривающимся Правительствам по любому вопросу, касающемуся китов или китобойного промысла или целей и задач настоящей Конвенции». Эти рекомендации, принимаемые в форме резолюций, не имеют обязательной силы. Однако, когда они принимаются

по рассмотрению действия Конвенции и озаглавленный «Дополнительные понимания и соглашения, достигнутые предыдущими обзорными конференциями в отношении каждой статьи Конвенции» (BWC/CONF.VII/INF.5) (обновлен впоследствии с учетом пониманий и соглашений, достигнутых на Конференции, Женева, 2012 год).

⁴⁶⁷ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1046, № 15749, p. 120.

⁴⁶⁸ Пункт 4 повестки дня («Удобрение океана»), представленный Секретариатом документ о процедурных требованиях, касающихся решения относительно интерпретирующей резолюции – заключение Сектора ИМО по правовым вопросам, Международная морская организация, документ LC 33/J/6, п. 3.

⁴⁶⁹ См. Conference of the Parties to the World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control, Intergovernmental Negotiating Body on a Protocol on Illicit Trade in Tobacco Products, «Revised Chairperson's text on a protocol on illicit trade in tobacco products, and general debate: legal advice on the scope of the protocol», note by the WHO Legal Counsel on scope of the protocol on illicit trade in tobacco products (FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6) annex, para. 8; S.F. Halabi, «The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39 (2010), pp. 121–183.

⁴⁷⁰ D.H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty* (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 83 (with respect to the Non-Proliferation Treaty); Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 142 выше), pp. 213–214.

⁴⁷¹ B.M. Carnahan, «Treaty review conferences», *American Journal of International Law*, vol. 81 (1987), pp. 226–230, at p. 229.

консенсусом или единогласно, они могут быть релевантными для толкования Конвенции или Приложения к ней»⁴⁷².

16) Тезис о том, что решения конференций государств-участников могут быть воплощением последующих соглашений по смыслу пункта 3 а) статьи 31, можно проиллюстрировать следующими примерами:

17) Пункт 1 статьи I Конвенции о биологическом оружии предусматривает, что государства-участники обязуются никогда и ни при каких обстоятельствах не разрабатывать, не производить, не накапливать, не приобретать каким-либо иным образом и не сохранять:

«Микробиологические или другие биологические агенты или токсины, каково бы ни было их происхождение или метод производства, таких видов и в таких количествах, которые не имеют назначения для профилактических, защитных или других мирных целей».

18) На третьей Конференции по рассмотрению действия Конвенции (1991 год) государства-участники конкретно указали на то, что:

«запреты, установленные в настоящем положении, касаются микробиологических и других биологических агентов или токсинов, которые вредны "для растений и животных, а также для человека"»⁴⁷³.

19) Пункт 9 статьи 4 Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой⁴⁷⁴, стал поводом для дискуссии относительно определения термина «государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола». Этот пункт гласит:

«Для целей настоящей статьи термин "государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола" включает применительно к конкретному регулируемому веществу государство или региональную организацию экономической интеграции, которые не согласились считать для себя обязательными меры регулирования, действующие в отношении этого вещества».

20) В отношении гидрохлорфторуглеродов (ГХФУ) две соответствующие поправки к Монреальскому протоколу⁴⁷⁵ предусматривают обязательства, в связи с которыми встал вопрос о том, нужно ли государству для того, чтобы «не являться Стороной настоящего Протокола», еще и не являться стороной обеих этих поправок. Совещание Сторон приняло следующее решение:

«Термин "государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола" включает все другие государства и региональные организации экономической интеграции, которые не согласились считать для себя обязательными Копенгагенскую и Пекинскую поправки»⁴⁷⁶.

⁴⁷² *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226, at p. 248, para. 46.

⁴⁷³ Заключительный документ третьей Конференции участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении по рассмотрению действия Конвенции, Женева, 9–27 сентября 1991 года (BWC/CONF.III/23, часть II).

⁴⁷⁴ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1522, № 26369, p. 3.

⁴⁷⁵ Copenhagen Amendment to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (1992), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1785, № 26369, p. 517; and Beijing Amendment to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (1999), *ibid.*, vol. 2173, № 26369, p. 183.

⁴⁷⁶ Подробнее см. решение XV/3 об обязательствах сторон Пекинской поправки 1999 года в отношении гидрохлорфторуглеродов в соответствии со статьей 4 Монреальского протокола; само определение сформулировано следующим образом: «...а) используемый в пункте 9 статьи 4 термин «Государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола» не применяется к государствам, действующим в рамках пункта 1 статьи 5 Протокола, до 1 января 2016 года, когда в соответствии с Копенгагенской и Пекинской поправками вступят в силу меры регулирования производства и потребления гидрохлорфторуглеродов для государств,

21) Хотя акты, являющиеся результатом процедуры молчаливого признания⁴⁷⁷, как таковые не представляют собой последующие соглашения участников по смыслу пункта 3 а) статьи 31, они могут, помимо своего главного действия согласно договору, при определенных обстоятельствах подразумевать наличие такого последующего соглашения. Один из примеров тому связан с некоторыми решениями Конференции Сторон Лондонской конвенции о сбросах. На своей шестнадцатой сессии в 1993 году Консультативное совещание Договаривающихся сторон приняло три поправки к приложению I путем применения процедуры молчаливого согласия, предусмотренной в Конвенции⁴⁷⁸. Как таковые, эти поправки не являлись последующими соглашениями. Однако при этом они подразумевали широкое толкование самого основного договора⁴⁷⁹. Поправка ссылается и опирается на резолюцию, принятую на Консультативном совещании, которое было проведено тремя годами ранее и на котором было достигнуто соглашение сторон о том, что «Лондонская конвенция о сбросах является надлежащей структурой для рассмотрения вопроса об удалении низкорadioактивных отходов в находящихся под морским дном хранилищах, доступных со стороны моря»⁴⁸⁰. Отмечалось, что эта резолюция «реально расширяет сферу охвата определения понятия «сброс» по Конвенции посредством констатации того, что этот термин охватывает удаление отходов на морское дно или под него со стороны моря, а не с сухопутной территории посредством прокладки туннелей»⁴⁸¹. Таким образом, эта поправка подтвердила, что в интерпретирующей резолюции содержится последующее соглашение относительно толкования договора.

22) Пункт 5 статьи 17 Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением⁴⁸² гласит: «Поправки вступают в силу для тех Сторон, которые согласились с ними, на девятый день после получения

действующих в рамках пункта 1 статьи 5 Протокола; b) термин «Государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола» охватывает все другие государства и региональные организации экономической интеграции, которые не согласились быть связанными положениями Копенгагенской и Пекинской поправок; c) признавая, однако, трудности – с точки зрения сроков, – связанные с принятием упомянутого выше толкования термина «Государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола», пункт 1 b) будет применяться, за исключением тех случаев, если такое государство к 31 марта 2004 года: i) уведомит секретариат о том, что оно намеревается как можно скорее ратифицировать Пекинскую поправку, присоединиться к ней или принять этот документ; ii) подтвердит, что оно полностью соблюдает положения статей 2, 2A–2G и статьи 4 Протокола с изменениями, внесенными на основе Копенгагенской поправки; iii) представит секретариату данные по подпунктам i) и ii), подлежащие обновлению 31 марта 2005 года, и в этом случае такое государство не будет подпадать под определение термина «Государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола» до завершения семнадцатого совещания Сторон» (Доклад пятнадцатого Совещания Сторон Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой (UNEP/OzL.Pro.15/9), глава XVIII, раздел A, решение XV/3, п. 1).

⁴⁷⁷ См. п. 8) настоящего комментария выше.

⁴⁷⁸ См. Лондонское шестнадцатое консультативное совещание Договаривающихся сторон, а также резолюции LC.49 (16), LC.50 (16) и LC.51 (16) (United Nations, *Treaties Series*, vol. 1775, № 15749, p. 395). Во-первых, было решено дополнить положения о постепенном запрещении сброса промышленных отходов к 31 декабря 1995 года. Во-вторых, было запрещено сжигать на море промышленные отходы и необработанный осадок сточной жидкости. И наконец, было принято решение заменить пункт 6 приложения I о запрещении сброса радиоактивных отходов или других радиоактивных веществ (см. также «Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972», *Focus on IMO* (July 1997), p. 11).

⁴⁷⁹ Утверждалось даже, что эти поправки к приложению I к Лондонской конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов «сильно изменяют Конвенцию» (см. Churchill and Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements...» (см. сноску 450 выше), p. 638).

⁴⁸⁰ IMO, Report of the Thirteenth Consultative Meeting of Contracting Parties to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, LDC 13/15, annex 7, resolution LDC.41 (13), para. 1.

⁴⁸¹ Churchill and Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements...» (см. сноску 450 выше), p. 641.

⁴⁸² United Nations, *Treaty Series*, vol. 1673, № 28911, p. 57.

депозитарием ратификационной грамоты или документа об их одобрении, официальном подтверждении или принятии по меньшей мере тремя четвертями Сторон, их принявшими». Действуя в русле инициативы, выдвинутой Индонезией и Швейцарией, Конференция Сторон решила пояснить требование в отношении принятия поправок тремя четвертями Сторон и согласилась с тем, что:

«без ущерба любым другим международным природоохранным соглашениям, пункт 5 статьи 17 Базельской конвенции следует толковать так, что для вступления такой поправки в силу необходимо ее принятие тремя четвертями Сторон, являвшихся Сторонами на момент принятия данной поправки, отмечая, что подобное толкование пункта 5 статьи 17 не принуждает ни одну из Сторон ратифицировать Запретительную поправку»⁴⁸³.

Данное решение о толковании пункта 5 статьи 17 было принято Сторонами путем консенсуса; при этом многие государства-участники подчеркнули, что конференции государств-участников любой конвенции являются «высшим органом для ее толкования»⁴⁸⁴. Хотя в этом случае предполагается, что упомянутое решение представляет собой соглашение участников по смыслу пункта 3 а) статьи 31, это решение было принято после обсуждения вопроса о том, требуется ли для достижения такого результата официальная поправка к Конвенции⁴⁸⁵. Следует также отметить, что представитель Японии просил отразить эту позицию в докладе о работе Конференции и заявил, что его делегация «поддержала "подход текущего момента" к толкованию положения Конвенции о вступлении поправок в силу, изложенный в заключении, представленном Управлением по правовым вопросам Организации Объединенных Наций, выступающим в качестве депозитария»⁴⁸⁶, и согласилась с подходом на основе фиксированной даты, который изложен в решении выдвинутой Индонезией и Швейцарией страновой инициативы, *только в данном конкретном случае*⁴⁸⁷.

23) Предыдущие примеры показывают, что решения конференций государств-участников при определенных обстоятельствах могут воплощать последующие соглашения по смыслу пункта 3 а) статьи 31. Подобные решения могут также приводить к формированию последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31 или другой последующей практики по смыслу статьи 32, если они не отражают соглашение сторон. При этом, однако, требуется всегда тщательно определять соответствующий характер решения Конференции государств-участников. С этой целью необходимо принимать во внимание конкретность и четкость выбранных терминов с учетом текста решения Конференции государств-участников в целом, его объекта и цели, а также способа его реализации. У участников зачастую нет намерения к тому, чтобы такое решение имело какую-либо особую юридическую значимость.

⁴⁸³ См. доклад Конференции Сторон Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением о ее десятом совещании (Картахена, Колумбия, 17–21 октября 2011 года), [UNEP/CHW.10/28](#), приложение 1, решение БК-10/3 (выдвинутая Индонезией и Швейцарией страновая инициатива по повышению эффективности Базельской конвенции), п. 2.

⁴⁸⁴ Там же, глава III. А, п. 65.

⁴⁸⁵ См. G. Handl, «International "lawmaking" by conferences of the parties and other politically mandated bodies», in Wolfrum and Röben, *Developments of International Law in Treaty Making* (см. сноску 460 выше), pp. 127–143, at p. 132.

⁴⁸⁶ «Подход текущего момента», одобренный Юрисконсультлом Организации Объединенных Наций, предусматривает, что «в случаях, когда в договоре данный вопрос не рассматривается или рассматривается двусмысленно, практика Генерального секретаря заключается в том, чтобы определять количество документов о принятии на основе числа государств-участников договора в момент депонирования каждого документа о принятии поправки». См. выдержки из Меморандума от 8 марта 2004 года Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций, URL: www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx.

⁴⁸⁷ Доклад Конференции Сторон Базельской конвенции... (см. сноску 483 выше), п. 68 (курсив добавлен).

Пункт 2, третье предложение, – решения как тексты, которые могут содержать диапазон возможных вариантов

24) Последнее предложение пункта 2 проекта вывода 11 напоминает толкователю о том, что решения конференций государств-участников часто содержат набор практических вариантов имплементации договора. Такие решения не обязательно могут воплощать в себе последующее соглашение или последующую практику для целей толкования договора, даже если решение принято консенсусом. Более того, конференции государств-участников зачастую не ставят перед собой явной цели по решению или рассмотрению вопросов толкования договора.

25) Одним из примеров служит решение Конференции государств – участников Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака. Статьи 9 и 10 этой конвенции посвящены соответственно регулированию состава табачных изделий и регулированию раскрытия информации о составе таких изделий. Признавая, что такие меры требуют выделения значительных финансовых средств, в разделе «практических соображений» по осуществлению статей 9 и 10 государства-участники согласовали «некоторые варианты, использование которых Стороны могли бы рассмотреть»; к ним относятся:

- «а) специальные налоги на табак;
- б) лицензионные сборы за производство и/или импорт табака;
- с) сборы за регистрацию табачных изделий;
- д) лицензирование оптовых и/или розничных торговцев табаком;
- е) штрафы, налагаемые на табачную промышленность и розничных торговцев табаком за несоблюдение установленных требований; и
- ф) ежегодные сборы за надзор за табачными изделиями (с табачной промышленности и розничных торговцев табаком)»⁴⁸⁸.

Это решение содержит неисчерпывающий диапазон практических вариантов осуществления статей 9 и 10 Конвенции. В то же время Стороны косвенно согласились с тем, что указанные «варианты» как таковые будут совместимы с Конвенцией.

Пункт 2 в целом

26) Следовательно, юридический эффект решений конференций государств-участников может быть разным. Такие решения сами по себе зачастую не направлены на установление последующего соглашения по пункту 3 а) статьи 31, поскольку они не предназначены для выполнения функций заявления о толковании договора. В других случаях участники достаточно четко указывали, что решение конференции государств-участников воплощает их соглашение относительно толкования договора. Они также могут оказать воздействие в сочетании с юридической обязанностью сотрудничать согласно договору, в результате чего стороны «обязаны должным образом учитывать» такое решение⁴⁸⁹. В любом случае нельзя просто утверждать, что если договор не наделяет конференцию государств-участников компетенцией принимать решения, имеющие обязательную силу, то все ее решения непременно юридически нерелевантны и представляют собой лишь политические обязательства⁴⁹⁰.

27) В конечном счете последствия того или иного решения конференции государств-участников зависят от обстоятельств каждого конкретного случая, и такие решения необходимо надлежащим образом толковать. Соответствующим показателем

⁴⁸⁸ Частичные руководящие принципы осуществления статей 9 и 10 Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака («Регулирование состава табачных изделий и Регулирование раскрытия информации о табачных изделиях»), приложение, принятое на Четвертой сессии Конференции Сторон Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака (Пунта-дель-Эсте, Уругвай, 15–20 ноября 2010 года), в документе FCTC/COP/4/DIV/6, p. 39.

⁴⁸⁹ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 226, p. 257, para. 83.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 248, para. 46.

может служить то, применяют ли государства-участники единообразно или без возражений договор так, как он интерпретирован решением конференции государств-участников. Несогласующаяся практика после принятия решения конференции государств-участников может служить свидетельством того, что государства не считали, что это решение будет являться последующим соглашением по пункту 3 а) статьи 31⁴⁹¹. Решения конференции государств-участников, которые не подпадают под категорию последующих соглашений по пункту 3 а) статьи 31 или последующей практики по пункту 3 б) статьи 31, могут, тем не менее, применяться в качестве дополнительных средств толкования согласно статье 32⁴⁹².

Пункт 3 – соглашение в отношении толкования договора

28) В пункте 3 установлен принцип, согласно которому соглашения между всеми участниками относительно толкования договора по смыслу пункта 3 статьи 31 должны быть связаны с содержанием договора. Таким образом, важна суть соглашения, воплощенного в решении конференции государств-участников, а не форма или процедура, в рамках которых принято это решение. Акты, которые принимаются конференциями государств-участников, могут облекаться в различные формы и наименования, а также могут являться результатом применения различных процедур. Конференции государств-участников даже могут осуществлять свою деятельность без официально утвержденных правил процедуры⁴⁹³. Если решение конференции государств-участников основано на единогласном голосовании, в котором участвовали все стороны, оно может совершенно определенно воплощать «последующее соглашение» по смыслу пункта 3 а) статьи 31 при условии, что оно «касается толкования договора».

29) Однако решения конференции государств-участников относительно функций по рассмотрению действия или имплементации договора, как правило, принимаются путем консенсуса. Эта практика вытекает из правил процедуры, в которых обычно требуется, чтобы государства-участники предпринимали все усилия для достижения консенсуса по вопросам существа. Один из ранних примеров тому можно найти во временных правилах процедуры Конференции по рассмотрению действия Конвенции о биологическом оружии. Пункт 2 правила 28 гласит:

«Поскольку задача Конференции по рассмотрению заключается в рассмотрении действия Конвенции с целью убедиться в выполнении целей преамбулы и положений Конвенции и, таким образом, в повышении ее эффективности, следует предпринимать все усилия для достижения согласия по существенным вопросам на основе консенсуса. По таким вопросам не следует проводить

⁴⁹¹ См. выше комментарий к проекту вывода 10, пп. 23)–24).

⁴⁹² *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 226 (Separate Opinion of Judge ad hoc Charlesworth, p. 454, para. 4: «Я отмечаю, что резолюции, принятые голосованием в [Международной китобойной комиссии], имеют определенную значимость, хотя они не согласуются с положениями статьи 31.3) Венской конвенции»).

⁴⁹³ Конференция государств – участников [Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата](#) временно применяет проекты правил процедуры Конференции Сторон и ее вспомогательных органов (FCCC/CP/1996/2), за исключением проекта правила 42 (Голосование), поскольку на тот момент ни по одному из двух содержащихся в нем вариантов проведения голосования не было достигнуто соглашения, см. Доклад Конференции Сторон о работе ее первой сессии (28 марта – 7 апреля 1995 года) (FCCC/CP/1995/7), с. 11, п. 10; Доклад Конференции Сторон о работе ее девятнадцатой сессии (11–23 ноября 2013 года) (FCCC/CP/2013/10), с. 7, п. 4; аналогичным образом Конференция Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (1992, United Nations, *Treaties Series*, vol. 1760, № 30619, p. 79) не приняла пункт 1 правила 40 (Голосование) правил процедуры «из-за отсутствия консенсуса среди Сторон относительно большинства голосов, необходимого для принятия решений по вопросам существа», см. Доклад о работе одиннадцатого Совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (8–19 октября 2012 года) (UNEP/CBD/COP/11/35), п. 65.

голосования до тех пор, пока не будут исчерпаны все возможности для достижения консенсуса»⁴⁹⁴.

Эта формула лишь с незначительными изменениями стала стандартной применительно к процедурам принятия конференциями государств-участников решений по вопросам существа.

30) С учетом обеспокоенности по поводу решений, принимаемых консенсусом, в конце пункта 3 было включено выражение «в том числе путем консенсуса», дабы не создавать впечатление, что решение консенсусом будет непременно отождествляться с соглашением по вопросам существа. В самом деле, консенсус не является понятием, обязательно указывающим на наличие определенного соглашения по существу. В «Комментариях по некоторым процедурным вопросам», сформулированных Управлением по правовым вопросам Секретариата Организации Объединенных Наций в соответствии с резолюцией 60/286 от 8 сентября 2006 года Генеральной Ассамблеи, отмечено⁴⁹⁵:

«Консенсус в общем понимается как процесс принятия решений, состоящий в выработке решения без официальных возражений и голосования. Однако он не всегда может отражать «единодушие» в мнениях по вопросу существа. Он используется для описания практики, в соответствии с которой были предприняты все усилия для достижения общего согласия, и ни одна из делегаций в явно выраженной форме не возразила против фиксируемого консенсуса»⁴⁹⁶.

31) Таким образом, принятие консенсусом не является достаточным условием для установления наличия соглашения по смыслу пункта 3 а) или б) статьи 31. Обычно правила процедуры конференций государств-участников не содержат каких-либо указаний на возможные юридические последствия резолюции в качестве последующего соглашения по смыслу пункта 3 а) статьи 31 или последующей практики по смыслу пункта 3 б) статьи 31. В таких правилах процедуры определяется лишь порядок принятия конференцией государств-участников своих решений, а не их возможное юридическое воздействие в качестве последующего соглашения по смыслу пункта 3 статьи 31. Хотя последующие соглашения согласно пункту 3 а) статьи 31 как таковые не имеют обязательной силы, статья 31 Венской конвенции 1969 года наделяет их юридическим воздействием, но лишь в случаях, когда между сторонами достигнуто соглашение по существу, касающееся толкования договора. Международный Суд подтвердил, что различие между формой коллективного решения и соглашением по существу является актуальным в таком контексте⁴⁹⁷.

32) Вывод о том, что некоторые решения, несмотря на то, что они были приняты консенсусом, не могут представлять собой последующее соглашение по пункту 3 а) статьи 31, тем более справедлив в случаях, когда одно или несколько государств выдвигают возражение по поводу такого консенсуса.

33) Например, на своем шестом Совещании в 2002 году Конференция Сторон Конвенции о биологическом разнообразии занималась разработкой руководящих

⁴⁹⁴ См. п. 2 правила 28 временных правил процедуры Конференции участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении по рассмотрению действия Конвенции, состоявшейся в Женеве 3–21 марта 1980 года ([BWC/CONF.I/2](#)).

⁴⁹⁵ См. резолюцию 60/286 Генеральной Ассамблеи от 8 сентября 2006 года об активизации работы Генеральной Ассамблеи, в которой содержится просьба к Секретариату Организации Объединенных Наций «довести до сведения широкой общественности прецеденты и имевшую место практику в отношении правил и практики межправительственных органов Организации» (приложение, п. 24).

⁴⁹⁶ См. «Consensus in UN practice: General», paper prepared by the Secretariat, URL: http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf; см. также R. Wolfrum and J. Pichon, «Consensus», in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), paras. 3–4 and 24.

⁴⁹⁷ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2014, p. 226, at p. 257, para. 83.

принципов по предотвращению, интродукции и смягчению последствий, связанных с чужеродными видами, представляющими угрозу для экосистем, мест обитания или видов⁴⁹⁸. После ряда неудачных попыток прийти к соглашению Председатель Конференции Сторон предложил принять решение и зафиксировать оговорки, которые сформулировала Австралия, в итоговом докладе совещания. Однако представитель Австралии вновь заявил, что руководящие принципы не могут быть приняты и что «поэтому его официальное возражение сохраняется»⁴⁹⁹. Председатель объявил прения закрытыми и «по установившейся практике» объявил решение принятым без голосования, пояснив, что возражения несогласных государств будут отражены в итоговом докладе совещания. После принятия решения Австралия подтвердила свое мнение о том, что консенсус представляет собой принятие без формального возражения, и выразила озабоченность по поводу легитимности принятия проекта решения. В результате в сноске к решению VI/23 указано, что «один представитель внес официальное возражение во время процесса, ведущего к принятию настоящего решения, и подчеркнул, что он не считает, что Конференция Сторон может легитимно принимать какое-либо предложение или документ при наличии официального возражения»⁵⁰⁰.

34) В этой ситуации Исполнительный секретарь Конвенции о биологическом разнообразии обратился к Юрисконсульту Организации Объединенных Наций с просьбой дать юридическое заключение⁵⁰¹. В заключении Юрисконсульт⁵⁰² было выражено мнение о том, что любая из сторон может «дистанцироваться от существа или текста документа, указать, что присоединение к консенсусу не означает признания существа или текста, или частей документа, и/или изложить любые другие ограничения касательно позиции своего правительства в отношении существа или текста документа»⁵⁰³. Таким образом, становится ясно, что решение может быть принято консенсусом при наличии возражения против существа решения со стороны одного или нескольких государств-участников.

35) В связи с этим решением на основе Конвенции о биологическом разнообразии, а также с аналогичным решением совещания Сторон Киотского протокола к Конвенции об изменении климата в Канкуне в 2010 году (несмотря на возражения Боливии)⁵⁰⁴ возникает важный вопрос о том, что означает термин «консенсус»⁵⁰⁵. Однако этот вопрос, не относящийся к сфере охвата данной темы, следует отличать от вопроса о том, все ли стороны договора достигли соглашения относительно существенных вопросов толкования договора по смыслу пункта 3 а) и b) статьи 31. Решения конференций государств-участников, которые не отражают соглашение по существу между всеми сторонами, не могут считаться соглашениями по смыслу пункта 3 статьи 31, но при этом могут представлять собой ту или иную форму «другой последующей практики» по смыслу статьи 32 (см. проект вывода 4, пункт 3).

⁴⁹⁸ См. доклад шестого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (UNEP/CBD/COP/6/20), приложение I, решение VI/23.

⁴⁹⁹ Там же, п. 313.

⁵⁰⁰ Там же, п. 318; обсуждение см. в пп. 294–324.

⁵⁰¹ С текстом можно ознакомиться в секретариате Конвенции о биологическом разнообразии, документ SCBD/SEL/DBO/30219 (6 июня 2002 года).

⁵⁰² Письмо от 17 июня 2002 года, направленное по факсимильной связи.

⁵⁰³ Там же.

⁵⁰⁴ См. доклад Конференции Сторон, действующей в качестве совещания Сторон Киотского протокола, о ее шестой сессии, состоявшейся в Канкуне 29 ноября – 10 декабря 2010 года (FCCC/KP/CMIP/2010/12 и Add.1), решение 1/CMIP.6 (Канкунские соглашения: результаты работы пятнадцатой сессии специальной рабочей группы по дальнейшим обязательствам для Сторон, включенных в приложение I, согласно Киотскому протоколу) и решение 2/CMIP.6 (Канкунские соглашения: землепользование, изменения в землепользовании и лесное хозяйство, принятые Конференцией Сторон, действующей в качестве совещания Сторон Киотского протокола); а также материалы Конференции Сторон, действующей в качестве совещания Сторон Киотского протокола, п. 29.

⁵⁰⁵ См. Nolte, «Subsequent agreements and subsequent practice of States...» (см. сноску 62 выше), pp. 372–377.

36) Еще одним аспектом являются юридические последствия решения конференции государств-участников, если оно отвечает критериям соглашения по пункту 3 статьи 31. В 2011 году к Секции ИМО по правовым вопросам была обращена просьба «проконсультировать руководящие органы [...] относительно процедурных требований, связанных с решением относительно интерпретирующей резолюции, и в частности о том, необходим ли для принятия такого решения консенсус»⁵⁰⁶. В ответ на эту просьбу Сектор ИМО по правовым вопросам подтвердил, что та или иная резолюция, принятая конференцией государств-участников, в принципе может представлять собой последующее соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31, и сообщил руководящим органам о том, что, даже если конференция примет решение на основе консенсуса, это не будет означать, что решение будет иметь обязательную силу для всех участников⁵⁰⁷.

37) Хотя Сектор ИМО по правовым вопросам в своем заключении исходил из ошибочного предположения, согласно которому «последующее соглашение» по смыслу пункта 3 а) статьи 31 будет являться обязательным только «в качестве договора или поправки к нему»⁵⁰⁸, он пришел к правильному выводу о том, что, даже если решение, принятое конференцией государств-участников путем консенсуса, воплощает соглашение относительно толкования по существу, оно не является (непременно) обязательным для участников⁵⁰⁹. Скорее, как указала Комиссия, последующее соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31 – это лишь одно из различных средств интерпретации, которые следует учитывать в процессе толкования⁵¹⁰.

38) Таким образом, интерпретирующие резолюции конференций государств-участников, даже если они как таковые не имеют обязательной силы, тем не менее, могут являться последующими соглашениями по смыслу пункта 3 а) статьи 31 или последующей практикой по смыслу пункта 3 б) статьи 31, если имеются достаточные указания на то, что именно в этом заключалось намерение участников на момент принятия решения, или если в последующей практике участников устанавливается соглашение относительно толкования договора⁵¹¹. Толкователь должен придавать соответствующий вес такой толковательной резолюции по смыслу пункта 3 а) и б) статьи 31, но не считать ее непременно юридически обязательной⁵¹².

Вывод 12

Учредительные акты международных организаций

1. Статьи 31 и 32 применяются к договору, являющемуся учредительным актом международной организации. Соответственно, последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 являются средством толкования таких договоров, а последующая практика по статье 32 может им являться.
2. Последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 или последующая практика по статье 32 могут возникать из практики международной организации при применении ею своего учредительного акта или могут находить свое выражение в такой ее практике.
3. Практика международной организации при применении ею своего учредительного акта может вносить вклад в толкование этого акта при применении статей 31 и 32.

⁵⁰⁶ IMO, report of the 3rd meeting of the Intersessional Working Group on Ocean Fertilization (LC 33/4), para. 4.15.2.

⁵⁰⁷ IMO, document LC 33/J/6, (см. сноску 468 выше), para. 3.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, para. 8.

⁵⁰⁹ См. выше комментарий к проекту вывода 10, пп. 9)–11).

⁵¹⁰ Комментарий к проекту вывода 3, п. 4), выше.

⁵¹¹ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226, Separate Opinion of Judge Greenwood, at pp. 407–408, para. 6, and Separate Opinion of Judge *ad hoc* Charlesworth, at pp. 453–454, para. 4.

⁵¹² См. комментарий к проекту вывода 3, п. 4).

4. Пункты 1–3 применяются к толкованию договора, являющегося учредительным актом международной организации, без ущерба для соответствующих правил организации.

Комментарий

Общие аспекты

1) В проекте вывода 12 говорится об особом виде договора, а именно об учредительных актах международных организаций и о том, каким образом последующие соглашения или последующая практика учитываются или могут учитываться при их толковании по статьям 31 и 32 Венской конвенции 1969 года о праве международных договоров.

2) Учредительные акты международных организаций прямо упоминаются в статье 5 Венской конвенции 1969 года о праве международных договоров, которая гласит:

«Настоящая Конвенция применяется к любому договору, являющемуся учредительным актом международной организации, и к любому договору, принятому в рамках международной организации, без ущерба для соответствующих правил данной организации»⁵¹³.

3) Согласно статье 5 учредительный акт международной организации, как и любой договор, представляет собой международное соглашение «независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах» (пункт 1 а) статьи 2). Положения, которые содержатся в такого рода договоре, составляют часть такого учредительного акта⁵¹⁴.

4) В общем плане, устанавливая, что Венская конвенция 1969 года применяется в отношении учредительных актов международных организаций и без ущерба для любых соответствующих правил организации⁵¹⁵, статья 5 следует общему подходу Конвенции, в соответствии с которым на межгосударственные договоры распространяются нормы, установленные в Конвенции, «если договором не предусмотрено иное»⁵¹⁶.

5) Проект вывода 12 посвящен только толкованию учредительных актов международных организаций. Поэтому в нем не рассматривается каждый аспект роли последующих соглашений и последующей практики в связи с толкованием договоров с участием международных организаций. В частности, он не касается толкования договоров, принятых в рамках международной организации, или договоров, заключенных международными организациями, которые сами не являются учредительными актами международных организаций⁵¹⁷. Кроме того, проект вывода 12 не затрагивает толкование решений органов международных организаций

⁵¹³ См. также параллельное положение статьи 5 Венской конвенции 1986 года.

⁵¹⁴ П. 3 ст. 20 Венской конвенции 1969 года требует принятия компетентным органом организации оговорок, касающихся ее учредительного акта. Двенадцатый доклад об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2007 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/584, пп. 75–77; S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945–1986* (Cambridge, Cambridge University Press, 1989), p. 204.

⁵¹⁵ См. *Ежегодник... 1966 год*, т. II, документ A/6309/Rev.1, p. 191 (draft article 4); K. Schmalenbach, «Art. 5», in Dörr and Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties...* (см. сноску 61 выше), p. 89, para. 1.

⁵¹⁶ См., например, Венскую конвенцию 1969 года, статьи 16; 19 а) и б); 20, п. 1 и 3–5; 22; 24, п. 3; 25, п. 2; 44, п. 1; 55; 58, п. 2; 70, п. 1; 72, п. 1; 77, п. 1.

⁵¹⁷ Последняя категория рассмотрена в Венской конвенции 1986 года (A/CONF.129/15).

как таковых⁵¹⁸, включая толкование решений международных судов⁵¹⁹, или последствия «ясной и последовательной юриспруденции»⁵²⁰ («*jurisprudence constante*») судов или трибуналов⁵²¹. Наконец, этот вывод конкретно не затрагивает вопросы, касающиеся решений договорных контрольных органов в составе независимых экспертов. Эти вопросы рассматриваются в проекте вывода 13.

Пункт 1 – применимость статей 31 и 32

6) В первом предложении пункта 1 проекта вывода 12 признается применимость статей 31 и 32 Венской конвенции 1969 года в отношении договоров, которые являются учредительными документами международных организаций⁵²². Международный Суд подтвердил этот момент в своем консультативном заключении по делу *О законности применения государством ядерного оружия в вооруженном конфликте*:

«С формальной точки зрения учредительные акты международных организаций являются многосторонними договорами, в отношении которых применяются прочно установившиеся правила толкования договоров»⁵²³.

7) В отношении Устава Организации Объединенных Наций Суд постановил:

«В предыдущих случаях, когда Суд должен был интерпретировать Устав Организации Объединенных Наций, он следовал принципам и нормам, применимым в целом к толкованию договоров, так как он признал, что Устав представляет собой многосторонний договор, тем не менее договор, имеющий определенные особенности»⁵²⁴.

8) В то же время статья 5 указывает, и решения международных судов подтверждают, что учредительные акты международных организаций являются также договорами особого рода, которые, возможно, необходимо толковать особым образом. По этому поводу Международный Суд заявил следующее:

«Но учредительными документами международных организаций также являются договоры определенного вида; их целью является создание новых

⁵¹⁸ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 403, at p. 442, para. 94 («...Хотя нормы толкования договоров, закрепленные в статьях 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров, и могут служить ориентиром в этом деле, различия между резолюциями Совета Безопасности и международными договорами означают, что толкование резолюций Совета Безопасности требует учета еще и других факторов»); см. также Н. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989, part eight», *British Yearbook of International Law* 1996, vol. 67, p. 1, at p. 29; М.С. Wood, «The interpretation of Security Council resolutions», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), p. 73, at p. 85; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), p. 128.

⁵¹⁹ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment, I.C.J. Reports 2013*, p. 281, at p. 307, para. 75 («Решение Суда не может быть приравнено к договору, правовому акту, чьи обязательный характер и содержание вытекают из согласия договаривающихся государств и чье толкование может быть затронуто последующим поведением этих государств, как это предусматривает принцип, зафиксированный в пункте 3 b) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года»).

⁵²⁰ См. *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte Alconbury Developments Limited et al.* [2001] UKHL 23; *Regina v. Special Adjudicator (respondent) ex parte Ullah (FC) (appellant) Do (FC) (appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham of Cornhill); *Regina (On the Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15.

⁵²¹ Такая юриспруденция может служить средством определения норм права, как указано, в частности, в подпункте d) пункта 1 статьи 38 Статута Международного Суда.

⁵²² Gardiner, *Treaty Interpretation*, (см. сноску 19 выше), pp. 281–282.

⁵²³ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 66, at p. 74, para. 19.

⁵²⁴ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 151, at p. 157.

субъектов права, наделенных определенной автономией, которым стороны поручают задачи по достижению общих целей. Такие договоры могут поднять конкретные проблемы интерпретации по причине, в частности, их характера, который является традиционным и в то же время институциональным; сама природа созданной организации, цели, которые были возложены на нее ее основателями, приказы, связанные с эффективным выполнением своих функций, а также собственная практика организации – это все элементы, которые, возможно, заслуживают особого внимания, когда придет время для интерпретации этих учредительных договоров»⁵²⁵.

9) Во втором предложении пункта 1 проекта вывода 12 более конкретно упоминаются элементы статьи 31 и 32, которые касаются последующих соглашений и последующей практики как средства толкования, и подтверждается, что последующие соглашения и последующая практика в соответствии с пунктом 3 статьи 31 являются, а другая последующая практика в соответствии со статьей 32 может являться средством толкования учредительных актов международных организаций.

10) Международный Суд признал, что пункт 3 b) статьи 31 применим в отношении учредительных актов международных организаций. В своем консультативном заключении по делу *О законности применения государством ядерного оружия в вооруженном конфликте* после описания учредительных актов международных организаций как договоров особого рода Суд представил толкование Устава ВОЗ, заявив:

«В соответствии с обычной нормой толкования, как предусмотрено в статье 31 Венской конвенции 1969 года о праве международных договоров, условия договора должны толковаться "в их контексте и в свете его объекта и цели" и "вместе с контекстом должны учитываться:

...

b) когда последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования"»⁵²⁶.

Ссылаясь на различные прецеденты из своего прецедентного права, в котором он, в частности, использовал в качестве средства толкования последующую практику по пункту 3 b) статьи 31, Суд объявил, что он будет применять положения пункта 3 b) статьи 31:

«в данном деле для целей определения того, возникнет ли в соответствии с Уставом ВОЗ вопрос, на который он должен был ответить "в рамках деятельности" этой организации»⁵²⁷.

11) Решение по делу *О сухопутной и морской границе между Камеруном и Нигерией* – еще одно решение, в котором Суд особо выделил, в деле, связанном с толкованием учредительного акта международной организации⁵²⁸, последующую практику сторон. Отметив, что «государства-участники также поручили Комиссии определенные задачи, которые первоначально не были предусмотрены в договорных текстах»⁵²⁹, Суд заключил:

«Из анализа договорных положений и практики [сторон] в пунктах 64 и 65 выше Суд делает вывод, что Комиссия бассейна озера Чад является международной организацией, осуществляющей свои полномочия в границах конкретного географического района; однако она не имеет своей целью урегулирование на

⁵²⁵ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 66, at p. 75, para. 19.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ См. art. 17 of the Convention and Statute relating to the Development of the Chad Basin (Treaty of Fort-Lamy von 1964), *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974), p. 80; generally: P.H. Sand, «Development of International Water Law in the Lake Chad Basin», *ibid.*, pp. 52–76.

⁵²⁹ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 275, at p. 305, para. 65.

региональном уровне вопросов, относящихся к поддержанию международного мира и безопасности, и, таким образом, не подпадает по действие главы VIII Устава»⁵³⁰.

12) Пункт 3 а) статьи 31 также применим в отношении учредительных договоров международных организаций⁵³¹. Самостоятельные последующие соглашения между государствами-членами в отношении толкования учредительных актов международных организаций, однако, встречаются нечасто. Когда возникают вопросы толкования в отношении такого рода акта, стороны чаще всего выступают в качестве членов организации в рамках ее пленарного органа. При необходимости изменения или внесения поправок или дополнений в договор государства-члены либо используют процедуру внесения поправок, предусмотренную в договоре, либо заключают еще один договор, обычно протокол⁵³². Вместе с тем возможно также, что стороны будут действовать как таковые, когда они встречаются в рамках пленарного органа соответствующей организации. В 1995 году:

«Правительства 15 государств-членов [Европейского союза] пришли к общему соглашению о том, что это решение – согласованное и окончательное толкование соответствующих положений Договора»⁵³³.

Другими словами:

«европейская валюта получает название «евро». Конкретное название «евро» будет использоваться вместо родового термина «ЕКЮ», использованного в Договоре для обозначения европейской валютной единицы»⁵³⁴.

Это решение «государств-членов, встречающихся в рамках» Европейского союза, рассматривалось в литературе в качестве последующего соглашения по пункту 3 а) статьи 31⁵³⁵.

13) Порой сложно определить, предполагают ли «государства-члены, встречающиеся в рамках» пленарного органа международной организации, действовать в своем качестве членов этого органа, как это обычно происходит, или же они предполагают действовать в своем независимом качестве государств – участников учредительного акта организации⁵³⁶. Суд Европейского союза, столкнувшись с этим вопросом, сначала исходил из формулировки данного акта:

«Из формулировки этого положения ясно, что акты, принятые представителями государств-членов, действующих не в своем качестве членов Совета, а в качестве представителей своих правительств и таким образом коллективно осуществляющих полномочия государств-членов, не подлежат судебному пересмотру Судом»⁵³⁷.

Однако позднее Суд признал решающее значение за «содержанием и всеми обстоятельствами, в которых было принято [решение]» для определения того, было ли решение принято органом или самими государствами-членами как участниками договора:

«Из этого следует, что, для того чтобы акт был исключен из сферы пересмотра согласно статье 173 Договора, недостаточно того, чтобы он характеризовался

⁵³⁰ *Ibid.*, at pp. 306–307, para. 67.

⁵³¹ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2014*, p. 226; см. также сноску 558 и сопровождающий ее текст ниже.

⁵³² См. статьи 39–41 Венской конвенции 1969 года.

⁵³³ См. Madrid European Council, Conclusions of the Presidency, *European Union Bulletin*, № 12 (1995), p. 9, p. 10, sect. I.A.I.

⁵³⁴ *Ibid.*

⁵³⁵ См. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 142 выше), p. 215; Hafner, «Subsequent agreements and practice...» (см. сноску 273 выше), pp. 109–110.

⁵³⁶ P.C.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3rd ed., L.W. Gormley, ed. (London, Kluwer Law International, 1998), pp. 340–343.

⁵³⁷ Case C-181/91 and C-248/91, *Parliament v. Council and Commission* [1993], *European Court Reports I-3713*, para 12.

как «решение государств-членов». Для того чтобы такой акт был исключен из сферы пересмотра, необходимо, тем не менее, определить с учетом его содержания и всех обстоятельств его принятия, является ли данный акт на самом деле решением Совета»⁵³⁸.

14) Помимо последующих соглашений или последующей практики, устанавливающих соглашение всех участников по пункту 3 а) и б) статьи 31, последующая практика одного или более участников по статье 32 при применении учредительного акта международной организации также может иметь отношение к делу при толковании данного договора⁵³⁹. Учредительные акты международных организаций, как и другие многосторонние договоры, например, иногда осуществляются в силу последующих двусторонних или региональных соглашений или практики. Такого рода двусторонние договоры как таковые не являются последующими соглашениями по пункту 3 а) статьи 31 хотя бы потому, что они заключаются между ограниченным числом участников многостороннего учредительного акта. Вместе с тем они могут предполагать утверждения, касающиеся толкования самих учредительных актов, и они могут служить дополнительным средством толкования по статье 32.

Пункт 2 – последующие соглашения и последующая практика государств-участников, «возникающие из» или «находящие свое выражение в» практике международной организации

15) Пункт 2 проекта вывода 12 разъясняет конкретный способ, посредством которого последующие соглашения и последующая практика государств-участников, согласно пункту 3 статьи 31 и статье 32, могут возникать или находить свое выражение. Последующие соглашения и последующая практика государств-участников могут «возникать из» их реакции на практику международной организации по применению учредительного акта. В ином случае последующие соглашения и последующая практика государств – участников учредительного соглашения могут «находить свое выражение в» практике международной организации по применению ее учредительного акта. Глагол «возникать» призван охватить выработку и дальнейшее формирование последующих соглашений и последующей практики государств-участников, а слова «находить свое выражение» использованы в смысле отражения и воплощения таких соглашений и практики. Любой из вариантов практики, существующей в международной организации или возникающей из международной организации, может быть релевантен для выявления последующих соглашений или последующей практики государств-участников учредительного акта организации (см. проект вывода 4)⁵⁴⁰.

16) В своем консультативном заключении по делу *О законности применения государством ядерного оружия в вооруженном конфликте* Международный Суд признал возможность того, что практика организации может отражать соглашение или практику государств-членов как участников договора как таковых, однако пришел к выводу, что в указанном деле практика не является «выражением» последующей практики по пункту 3 б) статьи 31 «и не равна ей»:

«Сама резолюция ВНА46.40, принятая не без возражений, как только вопрос о правомерности применения ядерного оружия был поднят в ВОЗ, как таковая не может считаться выражением практики, устанавливающей соглашение между членами Организации относительно толкования ее Устава как наделяющего ее

⁵³⁸ *Ibid.*, para. 14.

⁵³⁹ См. выше проекты выводов 2, п. 4, и 4, п. 3, и комментарий к ним, соответственно п. 10) и пп. 23)–35).

⁵⁴⁰ R. Higgins, «The Development of international law by the political organs of the United Nations», *Proceedings of the American Society of International Law at its 59th Annual Meeting* (Washington, D.C., April 22–24, 1965), pp. 116–124, at p. 119; практика международной организации может служить также самостоятельным средством толкования согласно пункту 3 (см. ниже пп. 25)–35)).

правом рассмотрения вопроса правомерности применения ядерного оружия, или равносильной ей»⁵⁴¹.

17) В данном случае при рассмотрении значимости резолюции международной организации для толкования ее учредительного акта Суд, во-первых, рассмотрел вопрос о том, является ли резолюция выражением «практики, устанавливающей соглашение между членами организации» по пункту 3 b) статьи 31, или равносильна такой практике⁵⁴².

18) Аналогичным образом Апелляционный орган ВТО в общем плане заключил:

«Исходя из текста пункта 3 а) статьи 31 Венской конвенции, мы считаем, что решение, принятое членами, может быть признано «последующим соглашением между участниками» в отношении толкования охватываемого соглашения или применения его положений, если: i) решение, в хронологическом плане, принято после соответствующего охватываемого соглашения; и ii) условия и содержание решения выражают *соглашение* между членами относительно *толкования* или *применения* данной нормы права ВТО»⁵⁴³.

19) Что касается условий, при которых решение пленарного органа может считаться последующим соглашением по пункту 3 а) статьи 31, Апелляционный орган ВТО постановил:

«263. Относительно первого элемента мы отмечаем, что Дохинское министерское решение было принято консенсусом 14 ноября 2001 года в связи с четвертой Министерской конференцией ВТО. Что касается второго элемента, то ключевой вопрос, на который необходимо дать ответ, заключается в том, является ли пункт 5.2 Дохинского министерского решения выражением *соглашения* между членами относительно *толкования* или *применения* термина «разумный период времени» в статье 2.12 *Соглашения о ТБТ*.

264. Мы напоминаем, что пункт 5.2 Дохинского министерского решения предусматривает:

с соблюдением условий, указанных в пункте 12 статьи 2 Соглашения о технических барьерах в торговле, выражение «разумный период времени» следует понимать как обычно означающее период не менее шести месяцев, если только этого окажется недостаточно для выполнения законных поставленных целей.

265. Рассмотрев вопрос о том, выражает ли пункт 5.2 Дохинского министерского решения соглашение между членами относительно толкования или применения термина «разумный период времени» в статье 2.12 *Соглашения о ТБТ*, мы находим полезные ориентиры в отчетах Апелляционного органа в делах *ЕС – Бананы III (статья 21.5 – Эквадор II)/ЕС – Бананы III (статья 21.5 – США)*. Апелляционный орган отмечает, что Комиссия международного права (КМП) характеризует последующее соглашение по пункту 3 а) статьи 31 *Венской конвенции* как «еще один *аутентичный элемент толкования*, который необходимо принимать во внимание наряду с контекстом». Как считает Апелляционный орган, «ссылаясь на "аутентичное толкование", КМП читает пункт 3 а) статьи 31 как имеющий в виду *соглашения, конкретно затрагивающие толкование договора*». Таким образом, мы

⁵⁴¹ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 66, at p. 81, para. 27.

⁵⁴² Постоянная палата международного правосудия придерживалась такого подхода в своем консультативном заключении по делу *Competence of the International Labour Organization to regulate, incidentally, the personal work of the employer*, 23 July 1926, *P.C.I.J. Series B. № 13*, at pp. 19–20; см. S. Engel, «"Living" international constitutions and the world court (the subsequent practice of international organs under their constituent instruments)», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16 (1967), pp. 865–910, at p. 871.

⁵⁴³ WTO Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, adopted 24 April 2012, para. 262 (original emphasis).

рассмотрим вопрос о том, затрагивает ли пункт 5.2 конкретным образом толкование статьи 2.12 *Соглашения о ТБТ*.

...

268. По указанным выше причинам мы поддерживаем вывод Третьей группы что пункт 5.2 Дохинского министерского решения представляет собой последующее соглашение между участниками по пункту 3 а) статьи 31 *Венской конвенции*, касающееся толкования термина «разумный период времени» в статье 2.12 *Соглашения о ТБТ*⁵⁴⁴.

20) Хотя Международный Суд прямо не упоминал пункт 3 а) статьи 31, основываясь на Декларации Генеральной Ассамблеи о дружественных отношениях между государствами при толковании подпункта 4 статьи 2 Устава, Суд особо выделил «отношение сторон и отношение государств к некоторым резолюциям Генеральной Ассамблеи» и их согласие с ними⁵⁴⁵. В этой связи ряд авторов пришли к выводу, что последующие соглашения по пункту 3 а) статьи 31 могут, в известных обстоятельствах, вытекать из актов или находить выражение в актах пленарных органов международных организаций⁵⁴⁶, таких как Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций⁵⁴⁷. Так, Апелляционный орган ВТО со ссылкой на

⁵⁴⁴ *Ibid.* (сноски опущены); хотя Дохинское министерское решение не затрагивает какое-либо положение Соглашения о ВТО как такового, оно затрагивает приложение к этому Соглашению («Соглашение о ТБТ»), которое составляет «неотъемлемую часть» Соглашения об учреждении ВТО (п. 2 ст. 2 Соглашения о ВТО).

⁵⁴⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 100, para. 188: «...Следствие согласия с текстом таких резолюций не может пониматься как лишь "повторение или разъяснение" договорного обязательства, закрепленного в Уставе. Наоборот, его можно понимать как принятие действительности нормы или свода норм, провозглашенных резолюцией ими самими». Это тезис, главная цель которого пояснить возможную роль резолюций Генеральной Ассамблеи при формировании обычного права, также признает тот связанный с договорами момент, что такого рода резолюции могут служить выражением соглашения или позиций участников в отношении определенного толкования Устава ООН как договора («разъяснение»); сходным образом: *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 403, at p. 437, para. 80; in this sense, например, L.B. Sohn, «The UN system as authoritative interpreter of its law», in *United Nations Legal Order*, vol. 1, O. Schachter and C.C. Joyner, eds. (Cambridge, American Society of International Law/Cambridge University Press, 1995), pp. 169–229, at p. 177 (которые в связи с делом *Никарагуа* отмечают, что «Суд признал Декларацию о дружественных отношениях аутентичным толкованием Устава»).

⁵⁴⁶ H.G. Schermers and N.M. Blokker, *International Institutional Law*, 5th revised ed. (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011), p. 854 (ссылка на толкование Ассамблеей Фонда компенсации ущерба от нефтяного загрязнения в отношении учредительных актов Фонда); M. Cogen, «Membership, associate membership and pre-accession arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT», *International Organizations Law Review*, vol. 9 (2012), pp. 145–179, at pp. 157–158 (ссылка на единогласно принятое решение Совета ЦЕРН от 17 июня 2010 года о толковании критериев приема, предусмотренных в Конвенции о ЦЕРН, в качестве последующего соглашения по п. 3 а) ст. 31 Венской конвенции 1969 года).

⁵⁴⁷ См. E. Jiménez de Aréchega, «International law in the past third of a century», *Recueil des Cours... 1978*, vol. 159, pp. 1–334, at p. 32 (где он указывает в связи с Декларацией о дружественных отношениях, что «эта резолюция... представляет собой авторитетное выражение мнений всех участников Устава по поводу этих основных принципов и некоторых являющихся их результатом следствий. В свете этих обстоятельств представляется затруднительным отрицать юридический вес и авторитет Декларации как резолюции, признающей, что сами члены считают существующими нормами обычного права, так и как толкования Устава в силу последующего соглашения и последующей практики всех его членов»); O. Schachter, «General course in public international law», *Recueil des Cours... 1982*, vol. 178, pp. 9–396, at p. 113 («...[П]ровозглашающие право резолюции, которые интерпретировали и "конкретизировали" принципы Устава – будь то в качестве общих норм или в отношении конкретных случаев, – могут рассматриваться как аутентичные толкования участниками своих существующих договорных обязательств. В этой мере они являются толкованием и, будучи поддержаны всеми государствами-членами, естественным образом относятся к установившемуся источнику права»); P. Kunig, «United Nations Charter, interpretation of», in *Max Planck Encyclopedia of*

Комиссию⁵⁴⁸ указал, что считать коллективное решение «аутентичным элементом толкования» по пункту 3 а) статьи 31 оправдано, лишь если участники учредительного акта международной организации действовали в качестве таковых, не действуя, что обычно имеет место, в институциональном порядке в качестве членом соответствующего пленарного органа⁵⁴⁹.

21) В пункте 2 упоминается практика международной организации, а не практика органа международной организации. Практика международной организации обычно вытекает из поведения органа, но она может также создаваться поведением двух или более органов.

22) Последующие соглашения и последующая практика участников, которые могут «вытекать из» практики или «находить свое выражение» в практике международной организации, могут в некоторых случаях быть очень тесно взаимосвязаны с практикой организации как таковой. Например, в своем консультативном заключении по *Намибии* Международный Суд дал такое толкование термина «совпадающие голоса» в пункте 3 статьи 27 Устава Организации Объединенных Наций, согласно которому он включает воздержавшихся, главным образом исходя из практики компетентного органа организации в сочетании с тем фактом, что такая практика была тогда «широко признана» государствами-членами:

«материалы Совета Безопасности, охватывающие длительный период, дают многочисленные подтверждения того, что решения Председателя и позиции, занятые членами Совета, в частности его постоянными членами, последовательно и единообразно толковали практику добровольного неучастия постоянных членом в голосовании как не препятствующую принятию резолюций. Такая процедура, которой следовал Совет Безопасности, остававшаяся неизменной после внесения в 1965 году поправки в статью 27 Устава, пользуется общим признанием членом Организации Объединенных Наций и служит свидетельством общей практики этой Организации»⁵⁵⁰.

В данном случае Суд подчеркнул как практику одного или более органов международной организации, так и «общее признание» этой практики государствами-членами, а также охарактеризовал сочетание обоих элементов как «общую практику организаций»⁵⁵¹. Суд придерживался такого подхода в своем консультативном заключении относительно *Правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории*, заявив следующее:

Public International Law, vol. X (www.mpepil.com), pp. 273 *et seq.*, at p. 275 (тезис о том, что, «если они принимаются консенсусом, [резолюции Генеральной Ассамблеи] могут играть важную роль... в толковании Устава ООН»); Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 142 выше), p. 213 (где отмечается, что резолюция 51/210 Генеральной Ассамблеи ООН («Меры по ликвидации международного терроризма») «может рассматриваться как последующее соглашение о толковании Устава ООН»). Все резолюции, на которые ссылаются авторы, были приняты консенсусом.

⁵⁴⁸ WTO Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, adopted 24 April 2012, para. 265.

⁵⁴⁹ Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), pp. 114–115.

⁵⁵⁰ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at p. 22.

⁵⁵¹ H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989, Part Two», *British Yearbook of International Law* 1990, vol. 61, pp. 1–133, at pp. 76 (где он отмечает, что «можно полагать, что Суд говорит о "практике организаций" для того, чтобы показать, что он имеет в виду не практику, которой следует Организация как единое целое в своих сношениях с другими субъектами международного права, а скорее практику, используемую, принятую или соблюдаемую в масштабах Организации. В этом свете практика... является скорее признанием другими членами Совета Безопасности в соответствующий момент – и даже всеми государствами-членами в силу молчаливого признания – действительности таких резолюций»).

«Суд считает, что *принятая* практика Генеральной Ассамблеи в ее развитии не противоречит пункту 1 статьи 12 Устава»⁵⁵².

Говоря о «принятой практике Генеральной Ассамблеи»⁵⁵³, Суд неявным образом подтвердил, что молчаливое признание от имени государств-членов практики, которой следовала организация при применении договора, позволяет установить соглашение в отношении толкования соответствующей договорной нормы⁵⁵⁴. Аналогичным образом Суд Европейского союза в своем решении по делу *Europäische Schule München* постановил, что «прецедентное право Совета по рассмотрению жалоб ассоциации европейских школ надлежит расценивать как последующую практику при применении Конвенции, определяющей статут ассоциации европейских школ по смыслу пункта 3 b) статьи 31 Венской конвенции». Поскольку эта практика «никогда не оспаривалась сторонами этой конвенции», «[о]тсутствие жалоб от этих сторон должно рассматриваться как свидетельство их молчаливого согласия с такой практикой»⁵⁵⁵.

23) Исходя из этого, разумно считать, «что соответствующая практика обычно будет практикой тех, на кого ложится обязательство исполнения»⁵⁵⁶ в том смысле, что «там, где государства в силу договора поручают организации осуществление деятельности, то, как ведется такая деятельность, может представлять собой практику согласно договору; однако для определения того, устанавливает ли такая практика соглашение участников в отношении толкования договора, может потребоваться учет дополнительных факторов»⁵⁵⁷.

24) Соответственно, в деле *О китобойном промысле в Антарктике* Международный Суд сослался на (необязательные) рекомендации Международной китобойной комиссии (это – как название международной организации, созданной Конвенцией по регулированию китобойного промысла⁵⁵⁸, так и название ее органа) и уточнил, что, когда такие рекомендации «приняты консенсусом или единогласным голосованием, они могут иметь отношение к делу при толковании Конвенции или приложения к ней»⁵⁵⁹. Однако в то же время Суд также выступил с предостережением, отметив:

«Австралия и Новая Зеландия преувеличивают юридическое значение рекомендательных резолюций и руководящих положений, на которых они основываются. Во-первых, многие резолюции МКК были приняты без поддержки всех государств – участников Конвенции и, в частности, без согласного голоса Японии. Таким образом, такие документы не могут восприниматься как последующее соглашение для толкования статьи VIII, равно как и последующая практика, устанавливающая соглашение участников в отношении толкования договора по смыслу, соответственно, подпунктов а) и b) пункта 3 статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров»⁵⁶⁰.

⁵⁵² *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 150 (курсив добавлен).

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ См. выше комментарий к проекту вывода 11, п. 2, второе предложение, пп. 13)–25) выше; Villiger, *Commentary...* (см. сноску 37 выше), pp. 431–432, para. 22; J. Arato, «Treaty interpretation and constitutional transformation», *Yale Journal of International Law*, vol. 38 (2013), pp. 289–357, at p. 322.

⁵⁵⁵ Judgment of 11 March 2015, Joined Cases C-464/13 and C-465/13, *Europäische Schule München v. Silvana Oberto and Barbara O'Leary* [2015], paras. 65–66.

⁵⁵⁶ Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), p. 281.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ S. Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), pp. 37–38; A. Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2005), p. 411.

⁵⁵⁹ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 226.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 257, para. 83.

25) Это замечание, однако, не исключает того, что резолюция, принятая без поддержки всех государств-членов, может вызвать или выразить позицию или практику отдельных государств-членов при применении договора по статье 32⁵⁶¹.

Релевантность практики самой международной организации

26) Пункт 3 проекта вывода 12 посвящен другой форме практики, которая может иметь отношение к делу при толковании учредительного акта международной организации: практики организации *как таковой* в смысле ее «собственной практики», в отличие от практики государств-членов. В некоторых делах Международный Суд учитывал практику международной организации в своем толковании учредительных актов, не обращаясь к практике или признанию со стороны государств – членов организации. В частности, Суд заявил, что «собственная практика [международной организации] может заслуживать особого внимания» в процессе толкования⁵⁶².

27) Например, в своем консультативном заключении *О правомочности Генеральной Ассамблеи в отношении приема государства в члены Организации Объединенных Наций* Суд заявил:

«Органы, которым статья 4 вверяет суждение Организации в вопросах приема, неизменно толковали этот текст в том смысле, что Генеральная Ассамблея вправе принимать решение о приеме только на основании рекомендации Совета Безопасности»⁵⁶³.

28) Аналогичным образом в деле *О применимости статьи VI, раздел 22, Конвенции о привилегиях и иммунитетах Организации Объединенных Наций* Суд, говоря о практике «Организации Объединенных Наций», отметил акты органов этой организации:

«На практике, согласно информации, представленной Генеральным секретарем, Организация Объединенных Наций поручала миссии во все большей степени различного характера лицам, не имеющим статуса должностных лиц Организации Объединенных Наций. Во всех этих случаях практика Организации Объединенных Наций показывает, что назначенные таким образом лица, в частности члены этих комитетов и комиссий, рассматривались в качестве экспертов в командировках по смыслу раздела 22»⁵⁶⁴.

29) В своем консультативном заключении *О межправительственной морской консультативной организации* Международный Суд говорил о «практике, которой следовала сама Организация при осуществлении Конвенции», как средстве толкования⁵⁶⁵.

30) В своем консультативном заключении *О некоторых расходах Организации Объединенных Наций* Суд пояснил, почему практика международной организации как таковая, включая практику его конкретного органа, может иметь отношение к делу при толковании ее учредительного акта:

⁵⁶¹ См. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, p. 149 (где Суд ссылается на резолюцию 1600 (XV) Генеральной Ассамблеи от 15 апреля 1961 года (принята 60 голосами «за» при 23 воздержавшихся и 16 голосах «против», включая СССР и другие государства Восточной Европы) и резолюцию 1913 (XVIII) от 13 декабря 1963 года (принята 91 голосом против двух (Испания и Португалия))).

⁵⁶² *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 66, at p. 74; см. также D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales* (Paris, Pedone, 1981), pp. 379–384.

⁵⁶³ *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 4, at p. 9.

⁵⁶⁴ *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989*, p. 177, at p. 194, para. 48.

⁵⁶⁵ *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1960*, p. 150, at p. 169.

«Предложения, внесенные в ходе разработки Устава, наделить высшими полномочиями по толкованию Устава Международный Суд не были приняты; мнение, которое в данный момент выносится Судом – это консультативное заключение. Поэтому, как это было предусмотрено в 1945 году, каждый орган обязан, по крайней мере сначала, определить свою собственную юрисдикцию. Если, например, Совет Безопасности принимает резолюцию, как он заявляет, для поддержания международного мира и безопасности, и если в соответствии с мандатом или санкцией в такой резолюции Генеральный секретарь несет финансовые обязательства, должно предположить, что эти суммы представляют собой "расходы Организации"»⁵⁶⁶.

31) Многие международные организации имеют ту же общую черту – они не предоставляют «высших полномочий по толкованию» своего учредительного акта. Поэтому вывод, который Суд сделал из этого обстоятельства, как это считается общепринятым в настоящее время, применим в отношении международных организаций⁵⁶⁷. Выявление презумпции в консультативном заключении *О некоторых расходах*, вытекающей из практики международной организации, в том числе одного или более из ее органов, – это способ признания практики как средства толкования⁵⁶⁸.

32) Хотя общепризнано то, что практика органов международных организаций является релевантным средством толкования учредительных актов международных организаций⁵⁶⁹, в литературе имеются определенные различия в объяснении относимости к делу, для целей толкования, «собственной практики» международной организации в терминах Венских правил толкования⁵⁷⁰. Международный Суд, ссылаясь на акты международных организаций, принятые вопреки несогласию некоторых государств-членов⁵⁷¹, признал, что подобные акты могут представлять собой практику для целей толкования, однако не (более весомую) практику, которая устанавливает соглашение между участниками в отношении толкования и относилась бы к положениям пункта 3 статьи 31. В целом имеется единство мнений насчет того, что практика международной организации как таковой также часто будет релевантной

⁵⁶⁶ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962, p. 151, p. 168.

⁵⁶⁷ См. J. Klabbbers, *An Introduction to International Organizations Law*, 3rd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), p. 86; C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2nd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), p. 25; J.E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 80; Rosenne, *Developments in the Law of Treaties...* (см. сноску 514 выше), pp. 224–225.

⁵⁶⁸ См. Lauterpacht, «The development of the law of international organization...» (см. сноску 393 выше), p. 460; N.M. Blokker, «Beyond 'Dili': on the powers and practice of international organizations», in *State, Sovereignty, and International Governance*, G. Kreijen, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2002), pp. 299–322, at pp. 312–318.

⁵⁶⁹ C. Brölmann, «Specialized rules of treaty interpretation: international organizations», in Hollis, *The Oxford Guide to Treaties* (см. сноску 413 выше), pp. 507–534, at pp. 520–521; S. Kadelbach, «The interpretation of the Charter», in *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3rd ed., B. Simma et al., eds. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 71, at p. 80; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), pp. 127 and 281.

⁵⁷⁰ Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 19 выше), p. 282; Schermers and Blokker, *International Institutional Law* (см. сноску 546 выше), p. 844; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 187; Klabbbers, *An Introduction to International Organizations Law* (см. сноску 567 выше), pp. 85–86; см. также *Partial Award on the Lawfulness of the Recall of the Privately Held Shares on 8 January 2001 and the Applicable Standards for Valuation of those Shares*, 22 November 2002, UNRIIAA, vol. XXIII (Sales № E/F.04.V.15), pp. 183–251, at p. 224, para. 145.

⁵⁷¹ См. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at p. 149 (со ссылкой на резолюцию 1600 (XV) Генеральной Ассамблеи от 15 апреля 1961 года (принятую 60 голосами против 16 при 23 воздержавшихся, включая Советский Союз и другие государства Восточной Европы) и резолюцию 1913 (XVIII) от 13 декабря 1963 года (принятую 91 голосом против 2 (Испания и Португалия))).

и, таким образом, будет вносить вклад в толкование такого инструмента при применении статей 31 и 32⁵⁷².

33) В комментарии к проекту вывода 2 Комиссия подтвердила, что данные случаи последующей практики и последующих соглашений способствуют или не способствуют определению обычного смысла терминов в их контексте и в свете объекта и цели договора⁵⁷³. Эти соображения также применяются *mutatis mutandis* к практике самой международной организации.

34) Возможная релевантность «собственной практики» международной организации может, таким образом, быть выведена из статей 31 и 32 Венской конвенции 1969 года. Эти нормы, в частности, позволяют учитывать практику самой организации, в том числе со стороны ее органа или органов, как имеющую отношение к установлению функции соответствующей международной организации⁵⁷⁴. Однако представляется ясным, что практика международной организации не является последующей практикой самих участников по пункту 3 b) статья 31.

35) Тем самым статья 5 Венской конвенции 1969 года допускает применение правил толкования в статьях 31 и 32 таким образом, который учитывает практику международной организации при толковании ее учредительного акта, включая учет ее институционального характера⁵⁷⁵. Поэтому такие элементы также могут способствовать выявлению того, может ли смысл положения учредительного акта международной организации меняться с течением времени и как именно⁵⁷⁶.

36) В пункте 3, как и в пункте 2, говорится о практике международной организации в целом, а не о практике органа международной организации, поскольку практика данной международной организации, для того чтобы она была репрезентативной, может также нарабатываться совместным поведением двух или более органов. При этом понимается, что практика международной организации может иметь отношение к делу для толкования ее учредительного акта, только если эта организация действовала в пределах своей компетенции, ввиду того общего требования, что международные организации не должны действовать *ultra vires*⁵⁷⁷.

⁵⁷² Международный Суд использовал формулу «цели и функции, предусмотренные или подразумеваемые в ее учредительных документах или сложившиеся на практике», *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949*, p. 174, at p. 180.

⁵⁷³ См. п. 15) комментария к проекту вывода 2 и сноску 58 выше; см. также, в частности, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 275, at pp. 306–307, para. 67.

⁵⁷⁴ См. *South-West Africa—Voting Procedure, Advisory Opinion of June 7th, 1955, I.C.J. Reports 1955*, p. 67, Отдельное мнение судьи Лаутерпахта, p. 106 («...[н]адлежащее толкование учредительного акта должно учитывать не только формальную букву исходного акта, но и его действие в реальной практике и в свете обнаружившихся тенденций в жизни Организации»).

⁵⁷⁵ Комментаторы дискутируют о том, может ли конкретный институциональный характер определенных международных организаций в сочетании с принципами и ценностями, закрепленными в их учредительных актах, также допускать «конституционное» толкование таких актов, получивших вдохновение от национального конституционного права. См., например, J.E. Alvarez, «Constitutional interpretation in international organizations», in *The Legitimacy of International Organizations* J.-M. Coicaud and V. Heiskanen, eds. (Tokyo, United Nations University Press, 2001), pp. 104–154; A. Peters, «L'acte constitutif de l'organisation internationale», в *Droit des organisations internationales*, E. Lagrange and J.-M. Sorel, eds. (Paris, LGDJ, 2013), pp. 216–218; J. Klabbbers, «Constitutionalism Lite», *International Organizations Law Review*, vol. 1 (2004), pp. 31–58, at pp. 50–54.

⁵⁷⁶ *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, pp. 31–32, para. 53; см. также проект вывода 8 и комментариев к нему, пп. 24)–30); Dögg, «Article 31...» (см. сноску 61 выше), p. 537, para. 30; Schmalenbach, «Art. 5» (см. сноску 515 выше), p. 92, para. 7.

⁵⁷⁷ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 151, at p. 168 («Однако, когда организация принимает меру, которая требует утверждения необходимости для достижения одной из заявленных целей Организации Объединенных Наций, презюмируется, что такая мера не является *ultra vires* организации»).

37) Пункт 3 проекта вывода 12 строится на проекте вывода 5, который касается «последующей практики» сторон договора при применении договора, как та определена в проекте вывода 4. Проект вывода 5 не предполагает, что практика международной организации как таковой при применении своего учредительного акта не может быть относящейся к делу практикой в соответствии со статьями 31 и 32⁵⁷⁸.

Пункт 4 – нанесение ущерба «правилам организации»

38) Пункт 4 проекта вывода 12 отражает статью 5 Венской конвенции, и в его формулировке имеются заимствования из этой статьи. Этот пункт применяется в отношении ситуаций, охватываемых пунктами 1–3, и обеспечивает, чтобы указанные в нем правила были применимы, толковались и применялись «без ущерба для любых относящихся к делу правил организации». Термин «правила организации» следует понимать так же, как и в подпункте j) пункта 1 статьи 2 Венской конвенции о праве международных договоров 1986 года, а также в пункте b) статьи 2 статей об ответственности международных организаций 2011 года.

39) В своем общем комментарии к статьям об ответственности международных организаций 2011 года Комиссия указала:

«Между международными организациями существуют очень большие различия с точки зрения полномочий и функций, членского состава, отношений между организацией и ее членами, процедур обсуждения вопросов, структуры и средств, а также первичных норм, включая договорные обязательства, которыми они связаны»⁵⁷⁹.

40) Пункт 4, в частности, предполагает, что более конкретно «относящиеся к делу правила» толкования, которые могут содержаться в учредительном акте международной организации, могут иметь преимущественную силу по отношению к общим правилам толкования согласно Венской конвенции 1969 года⁵⁸⁰. Если, например, учредительный акт содержит оговорку, как, например, пункт 2 статьи IX Марракешского соглашения о создании Всемирной торговой организации, в соответствии с которой толкование акта производится по особой процедуре, следует предполагать, что участники, достигнув соглашения после заключения договора, не желают обходить такую процедуру, достигнув последующего соглашения согласно подпункту а) пункта 3 статьи 31. Такая особая процедура согласно договору и последующее соглашение согласно подпункту а) пункта 3 статьи 31 могут, однако, быть совместимыми, если они «служат разным функциям и имеют разные юридические последствия»⁵⁸¹. Лишь в редких случаях учредительные акты содержат положительно выраженные процессуальные или материальные нормы, касающиеся их толкования⁵⁸². Конкретные «относящиеся к делу правила» толкования не должны прямо формулироваться в учредительных актах; они также могут в них подразумеваться или выводиться из «установившейся практики организации»⁵⁸³.

⁵⁷⁸ См. выше комментарий к проекту вывода 5, п. 14).

⁵⁷⁹ Проекты статей об ответственности международных организаций, общий комментарий, п. 7) (доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят третьей сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, глава V, с. 70, п. 88).

⁵⁸⁰ См., например, Klabbbers, *An Introduction to International Organizations Law* (см. сноску 567 выше), p. 84; Schmalenbach, «Art. 5» (см. сноску 515 выше), p. 89, para. 1, and p. 96, para. 15; Brölmann, «Specialized rules of treaty interpretation...» (см. сноску 569 выше), p. 522; Dörr, «Article 31...» (см. сноску 61 выше), p. 576–577, para. 31.

⁵⁸¹ WTO Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, adopted 24 April 2012, paras. 252–257.

⁵⁸² Большинство так называемых клаузул о толковании определяют, какой орган компетентен давать авторитетное толкование договора или некоторых его положений, однако не излагают конкретных норм, «посвященных» толкованию как таковому, см. C. Fernández de Casadevante y Romani, *Sovereignty and Interpretation of International Norms* (Berlin/Heidelberg, Springer, 2007), pp. 26–27; Dörr, «Article 31...» (см. сноску 61 выше), p. 576, para. 31.

⁵⁸³ См. Венскую конвенцию 1986 года, п. j) ст. 2; а также Проект статей об ответственности международных организаций Комиссии международного права, п. b) ст. 2, доклад Комиссии

Термин «установившаяся практика организации» имеет более узкий смысл, чем термин «практика организации».

41) В своем комментарии к пункту j) статьи 2 Венской конвенции 1986 года Комиссия отметила, что значение конкретной практики организации может зависеть от конкретных норм и особенностей соответствующей организации, выраженных в ее учредительном акте:

«Действительно, в большинстве международных организаций уже через несколько лет устанавливается практика, которая является неотъемлемой частью их правил. Однако упоминание о практике отнюдь не означает, что она имеет одинаковый статус во всех организациях; напротив, каждой организации в этом вопросе свойственны свои особенности»⁵⁸⁴.

42) В этом смысле «установившаяся практика организации» может также означать толкование учредительных актов международных организаций. Подпункт j) пункта 1 статьи 2 Венской конвенции 1986 года и подпункт b) статьи 2 статей об ответственности международных организаций⁵⁸⁵ признают «установившуюся практику организации» в качестве «правил организации». Такая практика может иметь разные юридические последствия в разных организациях, и не всегда ясно, должны ли такие последствия объясняться главным образом в терминах традиционных источников международного права (договор или обычай) или институционального права⁵⁸⁶. Что касается учредительных договоров Европейского союза (первичного права Европейского союза), то, например, Суд Европейского союза никогда не обсуждал и не применял последующую практику участников по пункту 3 статьи 31 Венской конвенции 1969 года, однажды заявив о том, что даже соглашение между всеми государствами-членами о том, чтобы отложить осуществление конкретного положения соответствующего договора, недостаточно для того, чтобы можно было не принимать во внимание его объект и цель⁵⁸⁷. Но даже если трудно дать общую формулировку, «установившаяся практика организации» обычно охватывает конкретную форму практики⁵⁸⁸, такую, которая обычно признается членами организации, хотя иногда и неявным образом⁵⁸⁹.

международного права о работе ее шестьдесят третьей сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, глава V, раздел E, п. 87; C. Peters, «Subsequent practice and established practice of international organizations», *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), pp. 617–642.

⁵⁸⁴ *Ежегодник... 1982 год*, т. II (часть вторая), глава II, с. 21, комментарий к проекту ст. 2, п. 1 j), п. 25).

⁵⁸⁵ Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят третьей сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, глава V, сс. 58–59.

⁵⁸⁶ См. Higgins, «The Development of international law...» (см. сноску 540 выше), p. 121 («...аспекты толкования договора и обычной практики в этой области сходятся очень близко»); Peters, «Subsequent practice...» (см. сноску 583 выше), at pp. 630–631 («...следует считать своего рода обычным международным правом организации»); не кажется убедительным ограничивать «установившуюся практику организации» так называемыми внутренними нормами, поскольку, согласно Комиссии, «было бы трудно ссылаться на "внутреннее право" организации, поскольку, хотя это право имеет внутренний аспект, в других отношениях оно имеет также международный аспект», *Ежегодник... 1982 год*, т. II (часть вторая), глава II, с. 21, комментарий к проекту ст. 2, п. 1 j), п. 25); Schermers and Blokker, *International Institutional Law* (см. сноску 546 выше), p. 766; но см. C. Ahlborn, «The rules of international organizations and the law of international responsibility», *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), pp. 397–482, at pp. 424–428.

⁵⁸⁷ Case C-43/75, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1976] *European Court Reports* 455, para. 57; см. также G. Nolte, «Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice», in Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), pp. 210–306, at pp. 297–300.

⁵⁸⁸ Blokker, «Beyond "Dili"...» (см. сноску 568 выше), p. 312.

⁵⁸⁹ Lauterpacht, «The development of the law of international organization...» (см. сноску 393 выше), p. 464 («...согласие общего состава членом»); Higgins, «The Development of international law...» (см. сноску 540 выше), p. 121 («степень продолжительности и согласия здесь, возможно,

Вывод 13 Суждения экспертных договорных органов

1. Для целей этих проектов выводов «экспертный договорный орган» – это орган, состоящий из экспертов, выступающих в своем личном качестве, который учрежден согласно договору и не является органом международной организации.
2. Релевантность суждения экспертного органа для толкования договора определяется применимыми нормами договора.
3. Суждение экспертного договорного органа может порождать последующее соглашение или последующую практику участников по пункту 3 статьи 31 или последующую практику по статье 32 или отсылать к ним. Молчание участника не презюмируется как образующее последующую практику по пункту 3 b) статьи 31, принимающую толкование договора, выраженное в суждении экспертного договорного органа.
4. Настоящий проект вывода не затрагивает вклада, вносимого суждениями экспертных договорных органов в толкование договоров, на которые распространяются их мандаты.

Комментарий

Пункт 1 – определение термина «экспертный договорной орган»

1) Некоторые договоры предусматривают учреждение органов, которые состоят из экспертов, выступающих в своем личном качестве, и на которые возложена задача мониторинга или внесения другого вклада в применение таких договоров. Примерами таких экспертных договорных органов служат комитеты, учрежденные на основании различных договоров о правах человека на универсальном уровне⁵⁹⁰, как-то: Комитет по ликвидации расовой дискриминации⁵⁹¹, Комитет по правам человека⁵⁹², Комитет по ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин⁵⁹³, Комитет по правам инвалидов⁵⁹⁴, Комитет по правам ребенка⁵⁹⁵ и Комитет против пыток⁵⁹⁶. Другие важные экспертные договорные органы включают в себя Комиссию по границам континентального шельфа, учрежденную на основании Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву⁵⁹⁷, Комитет по соблюдению, учрежденный в соответствии с Конвенцией о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся

должны быть менее явными, чем в других случаях, поскольку органы ООН, несомненно, обладают первоначальными полномочиями на принятие таких решений [в отношении своей собственной юрисдикции и компетенции]»); Peters, «Subsequent practice and established practice...» (см. сноску 583 выше), pp. 633–641.

⁵⁹⁰ См. Nigel Rodley, «The role and impact of treaty bodies», in *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, D. Shelton, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 621–641, at pp. 622–623.

⁵⁹¹ Ст. 8–14 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Нью-Йорк, 7 марта 1966 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, № 9464, p. 195.

⁵⁹² Ст. 28–45 Международного пакта о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 года), там же, vol. 999, № 14668, p. 171.

⁵⁹³ Ст. 17–22 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (Нью-Йорк, 18 декабря 1979 года), там же, vol. 1249, № 20378, p. 13.

⁵⁹⁴ Ст. 34–39 Конвенции о правах инвалидов (Нью-Йорк, 13 декабря 2006 года), *ibid.*, vol. 2515, № 44910, p. 3.

⁵⁹⁵ Ст. 43–45 Конвенции о правах ребенка (Нью-Йорк, 20 ноября 1989 года), *ibid.*, vol. 1577, № 27531, p. 3.

⁵⁹⁶ Ст. 17–24 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года), *ibid.*, vol. 1465, № 24841, p. 85.

⁵⁹⁷ Комиссия по границам континентального шельфа была учреждена в соответствии с п. 8 ст. 76 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву и приложением II к Конвенции (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года), *ibid.*, vol. 1833, № 31363, p. 3.

окружающей среды (Орхусская конвенция)⁵⁹⁸, и Международный комитет по контролю над наркотиками, предусмотренный Единой конвенцией о наркотических средствах⁵⁹⁹.

2) В пункте 1 дается определение термина «экспертный договорный орган» только «для целей настоящих проектов выводов».

3) Термин «выступающие в своем личном качестве» означает, что члены экспертного договорного органа не могут получать никаких указаний, когда они действуют в этом качестве⁶⁰⁰. Проект вывода 13 не касается органов, которые состоят из представителей государств. Материалы, подготовленные органом в составе представителей государств, который не является органом международной организации, представляют собой форму практики этих государств, действующих коллективно в рамках этого органа⁶⁰¹.

4) Проект вывода 13 также не применяется и к органам, являющимся органами международной организации⁶⁰². Органы, являющиеся органами международных организаций, были исключены из сферы применения проекта вывода 13 в интересах последовательности, поскольку перед настоящими проектами выводов не стоит задача определения релевантности практики международных организаций для применения норм толкования, изложенных в Венской конвенции, исключая интерпретацию их учредительных инструментов (см. проект вывода 12, в частности пункт 3). Это не исключает применения существенных положений настоящих проектов выводов *mutatis mutandis* к суждениям независимых экспертных органов, являющихся органами международных организаций.

5) Выражение «учрежден на основании договора» означает, что создание или сфера компетенции конкретного экспертного органа предусмотрены в соответствии с договором. В большинстве случаев ясно, были ли выполнены эти условия, однако могут существовать также и некоторые пограничные случаи. Комитет по экономическим, социальным и культурным правам, например, является органом, который был учрежден на основании резолюции международной организации⁶⁰³, но впоследствии был наделен компетенцией «рассматривать» определенные «сообщения» в соответствии с Факультативным протоколом к Международному пакту

⁵⁹⁸ Комитет по соблюдению Орхусской конвенции был учрежден на основании ст. 15 Конвенции о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Орхус, Дания, 25 июня 1998 года), там же, vol. 2161, № 37770, p. 447, и решения I/7 о рассмотрении соблюдения, принятого на первом совещании сторон в 2002 году (ECE/MP.PP/2/Add.8).

⁵⁹⁹ Международный комитет по контролю над наркотиками был учрежден в соответствии со статьей 5 Единой конвенции о наркотических средствах (Нью-Йорк, 30 марта 1961 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 520, № 7515, p. 151.

⁶⁰⁰ См., например, п. 3 ст. 28 Международного пакта о гражданских и политических правах; см. также Christian Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2014), p. 219.

⁶⁰¹ Это относится, в частности, к решениям конференций государств-участников, см. проект вывода 12 [11].

⁶⁰² Важным примером экспертного органа, являющегося органом международной организации, служит Комитет экспертов по применению конвенций и рекомендаций Международной организации труда. Он был учрежден в 1926 году для изучения правительственных докладов о ратифицированных конвенциях. В его состав входят 20 видных юристов из различных географических регионов, представляющих различные правовые системы и культуры и назначаемых руководящим органом МОТ на трехлетний срок, см. www.ilo.org и информацию, представленную МОТ Комиссии и размещенную на веб-сайте Комиссии международного права по адресу http://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml. Рабочая группа по произвольным задержаниям служит примером органа в составе экспертов, выступающих в своем личном качестве, который создан Советом по правам человека на основании его резолюции 24/7 от 26 сентября 2013 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 53 (A/68/53/Add.1)*. Будучи вспомогательным органом Совета, она не является экспертным договорным органом по смыслу проекта вывода 13, см. www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx.

⁶⁰³ Экономический и Социальный Совет, резолюция 1985/17 от 28 мая 1985 года.

об экономических, социальных и культурных правах⁶⁰⁴. Такой орган относится к категории экспертных договорных органов по смыслу проекта вывода 13, поскольку договор предусматривает осуществление Комитетом определенных полномочий. Еще одним примером пограничного случая выступает Комитет по соблюдению, который действует в соответствии с Киотским протоколом к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата и учреждение которого, по решению Конференции Сторон, косвенно предусмотрено статьей 18 Протокола⁶⁰⁵.

Пункт 2 – примат норм договора

б) В договорах используются различные термины для обозначения видов действий экспертных договорных органов (например, «соображения»⁶⁰⁶, «рекомендации»⁶⁰⁷, «замечания»⁶⁰⁸, «меры»⁶⁰⁹ и «выводы»⁶¹⁰). В проекте вывода 13 для целей настоящего проекта вывода применяется общий термин «суждения»⁶¹¹. Этот термин охватывает все соответствующие фактические и нормативные оценки экспертных договорных органов. К другим общим терминам, используемым применительно к некоторым

⁶⁰⁴ Ст. 1–15 Факультативного протокола к Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах, содержащегося в приложении к резолюции 63/117 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 2008 года.

⁶⁰⁵ Комитет по соблюдению, действующий в соответствии с Киотским протоколом к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (Киото, 11 декабря 1997 года) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2303, № 30822, p. 162) был учрежден на основании ст. 18 Протокола и принятого Конференцией Сторон на ее седьмой сессии решения 24/CP.7 о процедурах и механизмах, связанных с соблюдением, согласно Киотскому протоколу (FCCC/CP/2001/13/Add.3).

⁶⁰⁶ См. п. 7 с) ст. 42 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 4 ст. 5 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах; п. 1 ст. 9 Факультативного протокола к Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах.

⁶⁰⁷ См. п. 2 ст. 9 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации; п. 1 ст. 21 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин; п. d) ст. 45 Конвенции о правах ребенка (Нью-Йорк, 29 ноября 1989 года) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, № 27531, p. 3); п. 5 ст. 33 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (Нью-Йорк, 20 декабря 2006 года) (*ibid.*, vol. 2716, № 48088, p. 3); п. 8 ст. 76 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года) (*ibid.*, vol. 1833, № 31363, p. 3).

⁶⁰⁸ См. п. 3 ст. 19 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания; п. 4 ст. 40 Международного пакта о гражданских и политических правах; статью 74 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (Нью-Йорк, 18 декабря 1990 года) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2220, № 39481, p. 3).

⁶⁰⁹ Решение I/7 о рассмотрении соблюдения (см. сноску 598 выше), раздел XI, п. 36, и раздел XII, п. 37; Единая конвенция о наркотических средствах, ст. 14.

⁶¹⁰ Решение 24/CP.7 о процедурах и механизмах, связанных с соблюдением, согласно Киотскому протоколу (см. сноску 605 выше), приложение, раздел XV.

⁶¹¹ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/70/10)*, глава III, п. 26 b); см. также «Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies», International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference* (см. сноску 158 выше), p. 5, para. 15; European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), «Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts» (CDL-AD(2014)036), p. 31, para. 78, принят Венецианской комиссией на ее 100-й пленарной сессии (Рим, 10–11 октября 2014 года).

органам, относятся «правовая практика»⁶¹² и «материалы»⁶¹³. Эти термины имеют либо слишком узкое значение, указывая на какие-либо конкретные правовые материалы такого органа, либо слишком широкое значение, распространяясь на любые акты экспертного договорного органа, чтобы их можно было использовать для цели этого проекта вывода, который касается широкого круга экспертных договорных органов.

7) Пункт 2 позволяет подчеркнуть, что любые возможные правовые последствия суждения экспертного договорного органа зависят прежде всего от конкретных норм применимого договора. Таким образом, возможные правовые последствия могут сильно различаться. Они должны определяться посредством применения норм толкования договоров согласно статьям 31 и 32 Венской конвенции. Обычное значение термина, который используется в договорах для обозначения конкретной формы суждения или его контекста, как правило, четко указывает на то, что такие суждения не имеют обязательной юридической силы⁶¹⁴. Это верно, например, в случае терминов «соображения» (пункт 4 статьи 5 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах), «предложения и рекомендации» (пункт 8 статьи 14 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации) и «рекомендации» (пункт 8 статьи 76 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву). Под словом «договор» может пониматься договор, учреждающий экспертный договорный орган, а также договор, являющийся объектом толкования. Это могут быть два разных инструмента, и экспертные договорные органы иногда могут быть уполномочены толковать договоры, которые отличаются от тех, на основании которых они были учреждены⁶¹⁵.

8) Для данных целей не представляется необходимым подробно описывать сферу компетенции различных экспертных договорных органов. Например, суждения экспертных договорных органов, учрежденных на основании договоров по правам человека, обычно принимаются либо в ответ на доклады государств (например, «заключительные замечания») или на индивидуальные сообщения (например, «соображения»), либо в связи с осуществлением или толкованием соответствующих

⁶¹² См. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 639, at pp. 663–664, para. 66; Rodley, «The role and impact of treaty bodies» (см. сноску 590 выше), p. 640; A. Andrusevych and S. Kern, eds., *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004–2014)*, 3rd ed. (2016) (Lviv, Resource and Analysis Center «Society and Environment», 2011); «Compilation of findings of the Aarhus Convention Compliance Committee adopted 18 February 2005 to date», URL: www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation_of_CC_findings.pdf (дата обращения 8 июля 2016 года).

⁶¹³ R. Van Alebeek and A. Nollkaemper, «The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law», in *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, H. Keller and L. Grover, eds. (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2012), pp. 356–413, p. 402; Rodley, «The role and impact of treaty bodies» (см. сноску 590 выше), p. 639; K. Mechlem, «Treaty bodies and the interpretation of human rights», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42 (2009), pp. 905–947, at p. 908.

⁶¹⁴ Эта позиция в целом подтверждается в научной литературе, см. *Report of the Seventy-first Conference of the International Law Association* (см. сноску 158 выше), p. 5, para. 18; Rodley, «The role and impact of treaty bodies» (см. сноску 590 выше), p. 639; Tomuschat, *Human Rights...* (см. сноску 600 выше), pp. 233 and 267; D. Shelton, «The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies» in *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. I, H.P. Hestermeyer et al., eds. (Leiden Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012), pp. 553–575, at p. 559; H. Keller and L. Grover, «General comments of the Human Rights Committee and their legitimacy», in Keller and Grover, *UN Human Rights Treaty Bodies...* (см. сноску 613 выше), pp. 116–198, at p. 129; Venice Commission, «Report on the implementation of international human rights treaties...» (см. сноску 611 выше), p. 30, para. 76; в отношении термина «определить», употребляемого в статье 18 Киотского протокола и решении 24/CP.7, см. G. Ulfstein and J. Werksmann, «The Kyoto compliance system: towards hard enforcement», in *Implementing the Climate Regime: International Compliance*, O.S. Stokke, J. Hovi and G. Ulfstein, eds. (London, Fridtjof Nansen Institut, 2005), pp. 39–62, at pp. 55–56.

⁶¹⁵ См., например, ст. 1 и 2 Факультативного протокола к Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах (Нью-Йорк, 10 декабря 2008 года), резолюция 63/117 Генеральной Ассамблеи, приложение.

договоров в целом (например, «замечания общего порядка»)⁶¹⁶. Хотя такие суждения регламентируются различными конкретными положениями договора, которые главным образом определяют их правовые последствия, в них часто прямо или косвенно толкуются положения договора, в связи с чем возникают некоторые общие вопросы, которые проект вывода 13 призван снять⁶¹⁷.

Пункт 3, первое предложение, – «может породить последующее соглашение или последующую практику или отсылать к ним»

9) Суждение экспертного договорного органа как таковое не может составлять последующее соглашение или последующую практику по пункту 3 а) и б) статьи 31, поскольку это положение требует наличия соглашения сторон или последующей практики сторон, которая устанавливает их соглашение относительно толкования договора. Это находит подтверждение, например, в следующей реакции государств-участников на проект предложения Комитета по правам человека, в соответствии с которым его собственная «общая правовая практика» или молчаливое принятие государствами этой правовой практики представляли бы собой последующую практику по пункту 3 б) статьи 31. Комитет по правам человека предложил следующее:

«Что касается общей правовой практики Комитета, то можно считать, что она представляет собой «последующую практику применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования» по пункту 3 б) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров или в качестве альтернативы такую практику составляет молчаливое принятие государствами-участниками этих заключений»⁶¹⁸.

10) После того как это предложение было раскритиковано некоторыми государствами⁶¹⁹, Комитет настаивал на его включении и принял свое замечание общего порядка № 33 без ссылки на пункт 3 б) статьи 31⁶²⁰. Это подтверждает, что суждения экспертных договорных органов как таковые не могут составлять последующую практику по смыслу подпункта б) пункта 3 статьи 31⁶²¹.

11) Вместе с тем суждения экспертных договорных органов могут породить последующее соглашение или последующую практику самих участников, которая устанавливает их соглашение относительно толкования договора по смыслу пункта 3 а) или б) статьи 31, или отсылать к ним. Эта возможность была признана

⁶¹⁶ W. Kälin, «Examination of state reports», in Keller and Grover, *UN Human Rights Treaty Bodies...* (см. сноску 613 выше), pp. 16–72; G. Ulfstein, «Individual complaints», *ibid.*, pp. 73–115; Mechlem, «Treaty bodies...» (см. сноску 613 выше), pp. 922–930; правовой основой для замечания общего порядка в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах служит п. 4 ст. 40, но такая практика обычно допустима также в отношении других экспертных органов, предусмотренных договорами по правам человека, см. Keller and Grover, «General comments...» (см. сноску 614 выше), pp. 127–28.

⁶¹⁷ Например, Rodley, «The role and impact of treaty bodies» (см. сноску 590 выше), p. 639; Shelton, «The legal status of normative pronouncements...» (см. сноску 614 выше), pp. 574–575; Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford, Oxford University Press 2007), p. 155.

⁶¹⁸ Проект замечания общего порядка № 33 (обязательства государств-участников в соответствии с Факультативным протоколом к Международному пакту о гражданских и политических правах) (второй пересмотренный вариант от 18 августа 2008 года) (CCPR/C/GC/33/CRP.3), 25 августа 2008 года, п. 17; такая позиция была также озвучена рядом авторов, см. Keller and Grover, «General comments...» (см. сноску 614 выше), pp. 130–132, с дополнительными ссылками.

⁶¹⁹ См., например, «Comments of the United States of America on the Human Rights Committee's "Draft general comment 33: The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant Civil and Political Rights"», 17 October 2008, para. 17. URL: www.state.gov/documents/organization/138851.pdf (дата обращения 8 июля 2016 года).

⁶²⁰ Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 40 (A/64/40)*, т. I, приложение V.

⁶²¹ Dörr, «Article 31 ...» (см. сноску 61 выше), p. 600, para. 85.

государствами⁶²², Комиссией⁶²³, а также Ассоциацией международного права⁶²⁴ и многими авторами⁶²⁵. Действительно, нет никаких причин, по которым последующее соглашение участников или последующая практика, которая устанавливает их соглашение относительно толкования договора, не могут вытекать из суждения экспертного договорного органа или содержать отсылку к ним.

12) Хотя суждения экспертного договорного органа в принципе могут порождать последующее соглашение или последующую практику участников согласно пунктам 3 а) и b) статьи 31, на практике такого результата добиться весьма непросто. У большинства договоров, на основании которых на универсальном уровне учреждаются экспертные договорные органы, множество участников. Во многих случаях будет сложно установить, что все участники эксплицитно или имплицитно признали, что в том или ином конкретном суждении экспертного договорного органа отражено какое-либо конкретное толкование договора.

13) Один из возможных способов определить наличие соглашения участников относительно толкования договора, которое отражено в суждениях экспертного договорного органа, состоит в обращении к резолюциям органов международных организаций, а также конференций государств-участников. В частности, прямые или косвенные ссылки на суждения экспертных договорных органов могут встречаться в резолюциях Генеральной Ассамблеи. Примером этого могут служить две резолюции Генеральной Ассамблеи по вопросу о «защите прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом»⁶²⁶, в которых содержится прямая ссылка на замечание общего порядка № 29 (2001) Комитета по правам человека об отступлениях от положений Пакта во время чрезвычайного положения⁶²⁷. В обеих резолюциях вновь подтверждается обязательство государств соблюдать определенные права, которые закреплены в Международном пакте о гражданских и политических правах и отступление от которых не допускается ни при каких обстоятельствах, и подчеркивается «исключительный и временный характер» отступлений с использованием терминов, позаимствованных из замечания общего порядка № 29, для толкования и, следовательно, установления обязательства государств в соответствии со статьей 4 Пакта⁶²⁸. Эти резолюции были приняты Генеральной Ассамблеей без голосования и, таким образом, отражают последующее соглашение по пункту 3 а) или b) статьи 31, если исходить из того, что консенсус представляет собой согласие всех сторон относительно толкования, данного в таком заявлении⁶²⁹.

14) Суждение Комитета по экономическим, социальным и культурным правам в его замечании общего порядка № 15 (2002) о том, что в статьях 11 и 12 Пакта подразумевается право человека на воду, служит примером того, как может быть

⁶²² См., например, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия, Шестой комитет*, краткий отчет о 22-м заседании (A/C.6/70/SR.22), 6 ноября 2015 года, п. 46 (Соединенные Штаты: «...реакция государств-членов на заявления или действия договорного органа в определенных обстоятельствах может являться последующей практикой (этих государств) для целей пункта 3 статьи 31»).

⁶²³ См. п. 11 комментария к проекту вывода 3.

⁶²⁴ См. *Report of the Seventy-first Conference of the International Law Association* (см. сноску 158 выше), п. 6, para. 21.

⁶²⁵ См., например, M. Kanetake, «UN human rights treaty monitoring bodies before domestic courts», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67 (2018), pp. 201–232, at p. 218; Mechlem, «Treaty bodies...» (см. сноску 613 выше), pp. 920–921; B. Schlütter, «Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies», in Keller and Grover, *UN Human Rights Treaty Bodies...* (см. сноску 613 выше), pp. 289–290; E. Klein and D. Kretzmer, «The UN Human Rights Committee: the general comments — the evolution of an autonomous monitoring instrument», *German Yearbook of International Law*, vol. 58 (2015), pp. 189–229, at pp. 205–206; Ulfstein and Werksmann, «The Kyoto compliance system...» (см. сноску 614 выше), p. 96.

⁶²⁶ Резолюция 65/221 Генеральной Ассамблеи от 21 декабря 2010 года, п. 5, сноска 8, и резолюция 68/178 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 2013 года, п. 5, сноска 8.

⁶²⁷ Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 40 (A/56/40)*, т. I, приложение VI.

⁶²⁸ Там же, п. 2.

⁶²⁹ См. проект вывода 11, п. 3, и комментарий к нему.

установлено соглашение участников⁶³⁰. По итогам продолжавшихся на протяжении нескольких лет обсуждений 17 декабря 2015 года Генеральная Ассамблея без голосования приняла резолюцию, в которой право человека на безопасную питьевую воду определяется с помощью формулировок, использованных Комитетом в его замечании общего порядка № 15 для толкования этого права⁶³¹. Эта резолюция, возможно, ссылается на соглашение по пункту 3 а) или б) статьи 31 в зависимости от того, действительно ли достигнутый консенсус представляет собой принятие всеми участниками толкования, содержащегося в суждении⁶³².

15) В других резолюциях Генеральной Ассамблеи содержатся прямые ссылки на суждения экспертных договорных органов⁶³³ или же призывы к государствам учитывать рекомендации, замечания и замечания общего порядка соответствующих договорных органов по вопросу об осуществлении соответствующих договоров⁶³⁴. Аналогичные положения могут быть включены в резолюции конференций государств-участников в отношении, например, рекомендаций Комитета по соблюдению, предусмотренного Орхусской конвенцией⁶³⁵. Однако необходимо с осторожностью подходить к таким резолюциям, прежде чем делать вывод о том, предполагают ли они последующее соглашение или последующую практику сторон по пункту 3 а) и б) статьи 31.

16) Даже если суждение экспертного договорного органа не порождает последующее соглашение или последующую практику, которая устанавливает соглашение всех участников договора, и не отсылает к ним, оно может быть релевантно для установления другой последующей практики по смыслу статьи 32, которая не устанавливает такого соглашения. Так, например, существуют резолюции

⁶³⁰ Комитет по экономическим, социальным и культурным правам, замечание общего порядка № 15 (2002), *Официальные отчеты Экономического и Социального Совета, 2003 год, Дополнение № 2 (E/2003/22-E/C.12/2002/13)*, приложение IV, п. 2. («Право человека на воду предполагает обеспечение каждому человеку достаточного количества безвредной и доступной в экономическом и физическом плане питьевой воды для удовлетворения его повседневных потребностей».)

⁶³¹ В резолюции 70/169 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 2015 года содержится ссылка на принятое Комитетом по экономическим, социальным и культурным правам замечание общего порядка № 15 (2002), касающееся права на воду (см. сноску 630 выше), и используется та же самая формулировка: «признает, что право человека на безопасную питьевую воду предполагает обеспечение каждому человеку без какой-либо дискриминации доступа к достаточным объемам безопасной, приемлемой, физически и экономически доступной воды для личных и бытовых нужд» (п. 2).

⁶³² См. проект вывода 11, п. 3, и комментарий к нему, пп. 31)–38); в случае резолюции 70/169 о праве на воду (см. сноску 631 выше) «...Соединенные Штаты не присоединяются к консенсусу по пункту 2 на основании того, что формулировка, употребляемая для определения права на воду и санитарии, основана только на мнениях Комитета по экономическим, социальным и культурным вопросам и Специального докладчика и не содержится ни в одном из международных соглашений и не отражает международного консенсуса» (см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия, Третий комитет, 55-е заседание (A/C.3/70/SR.55)*, 24 ноября 2015 года, п. 144). Не вполне ясно, хотели ли Соединенные Штаты тем самым всего-навсего вновь обозначить свою позицию по поводу того, что в резолюции не признается какого-либо конкретного последствия заявления Комитета как такового, или же выразить свое несогласие с определением по существу.

⁶³³ См. резолюцию 69/166 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 2014 года, принятую без голосования и содержащую ссылку на принятое Комитетом по правам человека замечание общего порядка № 16 о праве на неприкосновенность личной жизни, семьи, дома и переписки, а также о защите чести и репутации (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок третья сессия, Дополнение № 40 (A/43/40)*, приложение VI).

⁶³⁴ См. принятую без голосования резолюцию 69/157 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 2014 года и принятую без голосования резолюцию 68/147 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 2013 года.

⁶³⁵ *Решение I/7 о рассмотрении соблюдения* (см. сноску 598 выше), раздел III и раздел XII, п. 37; V. Koester, «The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention)», in *Making Treaties Work, Human Rights, Environment and Arms Control*, G. Ulfstein et al., eds. (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2007), pp. 179–217, at p. 203.

Совета по правам человека, в которых содержатся ссылки на замечания общего порядка Комитета по правам человека или Комитета по экономическим, социальным и культурным правам⁶³⁶. Даже при том, что членский состав Совета ограничен, такие резолюции могут быть релевантны для толкования того или иного договора в качестве выражения другой последующей практики по смыслу статьи 32. Еще один пример касается Международного комитета по контролю над наркотиками⁶³⁷. Ряд государств приняли участие в последующей практике по смыслу статьи 32, выразив несогласие с предложениями Комитета в отношении создания так называемых кабинетов для безопасных инъекций и принятия другие мер по уменьшению вреда⁶³⁸ и раскритиковав Комитет за исключительно негибкое толкование конвенций о наркотиках и выход за рамки его мандата⁶³⁹.

17) В первом предложении пункта 3 обозначаются рамки, в пределах которых суждение экспертного договорного органа может быть релевантно для последующих соглашений и последующей практики участников договора, за счет употребления таких терминов, как «может породить» и «или отсылать к». Выражение «может породить» относится к тем случаям, когда сперва имеет место заявление, а впоследствии складывается практика и возможное соглашение участников. В этом случае суждение может выступить катализатором формирования последующей практики государств-участников⁶⁴⁰. Термин «отсылать к», с другой стороны, относится к тем случаям, когда последующая практика и возможное соглашение сторон сформировались до заявления, и суждение служит всего лишь указанием на такое соглашение или практику. В пункте 3 выбор сделан в пользу термина «отсылать к», а не термина «отражать», с тем чтобы четко обозначить, что последующая практика или соглашение участников не включены в само суждение. Вместе с тем использование этого термина не требует, чтобы в суждении содержалась прямая ссылка на практику или соглашение⁶⁴¹.

⁶³⁶ См. резолюции Совета по правам человека 28/16 от 26 марта 2015 года и 28/19 от 27 марта 2015 года, принятые без голосования (доклад Совета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия, Дополнение № 53 (A/70/53)*).

⁶³⁷ См. сноску 599 выше.

⁶³⁸ См. *Report of the International Narcotics Control Board for 2009 (Доклад Международного комитета по контролю над наркотиками за 2009 год) (E/INCB/2009/1*, издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № E.10.XI.1), para. 278; см. также P. Gallahue, «International drug control», in *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, A. Nollkaemper and I. Plakokefalos, eds. (Cambridge, Cambridge University Press, 2017), p. 171, footnote 55.

⁶³⁹ D. Barrett, *Unique in International Relations? A Comparison of the International Narcotics Control Board and the UN Human Rights Treaty Bodies* (London, International Harm Reduction Association, 2008), p. 8; D.R. Bewley-Taylor, *International Drug Control: Consensus Fractured* (Cambridge University Press, Cambridge, 2012), pp. 124–126.

⁶⁴⁰ См., напр.: Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, общая рекомендация № 35 (2017) о гендерном насилии в отношении женщин, предназначенная для обновления общей рекомендации № 19 (CEDAW/C/GC/35): «На протяжении более 25 лет практика государств-участников свидетельствует о том, что они одобряют данное Комитетом толкование. Практика государств и *opinio juris* дают основания полагать, что концепция недопустимости гендерного насилия в отношении женщин постепенно приобретает статус одного из принципов международного обычного права», со ссылками на практику государств и *opinio juris*, а также судебные решения в поддержку утверждения о том, что «общая рекомендация № 19 послужила одним из ключевых катализаторов этого процесса» (там же, п. 2).

⁶⁴¹ Сами экспертные договорные органы, учрежденные на основании договоров по правам человека, редко когда пытаются непосредственно определить практику участников для целей толкования того или иного конкретного положения договора, см. примеры в G. Nolte, «Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time», в Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 25 выше), pp. 210–278; Schlütter, «Aspects of human rights interpretation...» (см. сноску 625 выше), p. 318.

Пункт 3, второе предложение, – презумпция против рассмотрения молчания в качестве принятия

18) Соглашение всех участников того или иного договора или даже только значительной части из них относительно толкования, сформулированного в заявлении, зачастую допускается лишь в том случае, когда отсутствие возражений может быть воспринято в качестве соглашения тех государств-участников, которые хранили молчание. Пункт 2 проекта вывода 10 предусматривает в качестве общего правила, что «молчание одного или нескольких участников может представлять собой принятие последующей практики, когда обстоятельства требуют реакции»⁶⁴². Во втором предложении пункта 3 не преследуется цель оговорить исключение из этого общего правила, а скорее делается попытка уточнить и использовать это правило применительно к типичным категориям суждений экспертных органов.

19) Это означает, в частности, что, как правило, не следует ожидать, что государства-участники займут какую-либо позицию по каждому суждению экспертного договорного органа, будь то в адрес другого государства или всех государств в целом⁶⁴³. С другой стороны, в свете обязанности сотрудничать в рамках определенных договоров на государства-участники может быть возложено обязательство учитывать адресованное непосредственно им суждение того или иного экспертного договорного органа⁶⁴⁴ или индивидуальные сообщения, касающиеся их собственного поведения, и реагировать на них⁶⁴⁵.

Пункт 4 – ненанесение ущерба другому вкладу

20) Проект вывода 13 касается только возможного вклада экспертных договорных органов в толкование договора путем создания последующих соглашений или последующей практики самих участников по смыслу пункта 3 а) и б) статьи 31 и статьи 32 или отсылки к ним. Пункт 4 предусматривает, что этот проект вывода не затрагивает вклада, вносимого такими органами в толкование договоров, на которые распространяются их мандаты.

21) Международный Суд подтвердил, в частности, в решении по делу *Амаду Садио Диалло*, что суждения Комитета по правам человека релевантны для целей толкования Международного пакта о гражданских и политических правах, независимо от того, порождают ли такие суждения соглашение участников по смыслу пункта 3 статьи 31 или отсылают к нему:

«С момента своего учреждения Комитет по правам человека наработал обширную практику толкования правовых норм, особенно в связи со своими выводами по итогам рассмотрения сообщений от отдельных лиц, которые могут ему направляться в отношении государств, участвующих в первом Факультативном протоколе, а также в рамках своих «замечаний общего порядка».

⁶⁴² См. проект вывода 10, п. 2.

⁶⁴³ См. Ulfstein and Werksmann, «The Kyoto compliance system...» (см. сноску 614 выше), p. 97. Van Alebeek and Nollkaemper, «The legal status of decisions by human rights treaty bodies...» (см. сноску 613 выше), p. 410.

⁶⁴⁴ Как, например, заявление, касающееся материальной действительности сформулированной им оговорки, см. руководящее положение 3.2.3 принятого Комиссией в 2011 году Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам и п. 3 комментария к нему, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10/Add.1)*.

⁶⁴⁵ С. Tomuschat, «Human Rights Committee», in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), at para. 14 («государства-участники не могут просто игнорировать их [индивидуальные сообщения], а должны добросовестно их рассматривать... отсутствие какой-либо реакции, как представляется, может быть равносильно нарушению...»), в этом смысле см. также European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Study № 690/2012 и Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts, adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session (Rome, 10–11 October 2014), para. 78–79.

«Хотя при осуществлении своих судебных функций Суд ни в коем случае не обязан выстраивать свое собственное толкование Пакта с учетом толкования, данного Комитетом, Суд считает, что толкованию, принятому этим независимым органом, который был специально учрежден в целях наблюдения за осуществлением этого договора, следует придавать большое значение. Цель здесь заключается в достижении необходимой ясности и основополагающей последовательности международного права, а также правовой защищенности, на которые вправе рассчитывать как физические лица с гарантируемыми правами, так и государства, обязанные соблюдать договорные обязательства»⁶⁴⁶.

22) Региональные суды и органы по правам человека также используют суждения экспертных договорных органов в качестве подспорья для толкования договоров, которые они призваны применять⁶⁴⁷. Различные национальные суды признавали, что, хотя суждения экспертных договорных органов, учрежденных на основании договоров по правам человека, сами по себе не являются для них юридически обязательными⁶⁴⁸, они тем не менее «заслуживают особого внимания при определении значения соответствующего права и определении нарушения»⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ См. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 639, at pp. 663–664, para. 66; см. также *Judgment № 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2012*, p. 10, p. 27, para. 39; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at pp. 179–181, paras. 109–110 and 112, and at pp. 192–193, para. 136, в котором Суд сослался на различные заявления Комитета по правам человека и Комитета по экономическим, социальным и культурным правам; см. также *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 422, p. 457, para. 101, в котором при определении временной сферы действия Конвенции против пыток делается ссылка на заявления Комитета против пыток.

⁶⁴⁷ The Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.) v. Ecuador*, Judgment (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 28 August 2013, Series C № 268, paras. 189 and 191; African Commission on Human and Peoples' Rights, *Civil Liberties Organisation et al. v. Nigeria*, Communication № 218/98, Decisions on communications brought before the African Commission, twenty-ninth ordinary session, Tripoli, May 2001 at para. 24 («При толковании и применении Хартии Комиссия... также обязана руководствоваться Хартией и международными стандартами в области прав человека, в число которых входят решения и замечания общего порядка договорных органов Организации Объединенных Наций»); African Commission on Human and Peoples' Rights, *Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Communication № 155/96, Decisions on communications brought before the African Commission, thirtieth ordinary session, Banjul, October 2001 at para. 63 («опирается на определение термина "принудительное выселение", данное Комитетом по экономическим, социальным и культурным правам в его замечании общего порядка № 7»); European Court of Human Rights: *Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary* [GC] (см. сноску 341 выше), para. 141; *Marguš v. Croatia* [GC], № 4455/10, ECHR 2014 (extracts), paras. 48–50; *Baka v. Hungary*, № 20261/12, 27 May 2014, para. 58; *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, № 8139/09, ECHR 2012 (extracts), paras. 107–108, 147–151, 155 and 158; *Gäfgen v. Germany* [GC], № 22978/05, ECHR 2010, paras. 68 and 70–72; см. также International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference* (см. сноску 158 выше), pp. 29–38, paras. 116–155.

⁶⁴⁸ См. решения, приведенные в докладе Венецианской комиссии, «Report on the implementation of international human rights treaties...» (см. сноску 611 выше), at para. 76, footnotes 172 and 173 (Ireland, Supreme Court, *Kavanagh (Joseph) v. the Governor of Mountjoy Prison and the Attorney General* [2002] IESC 13 (1 March 2002), para. 36; France, Council of State, *Hauchemaille v. France*, case No 238849, 11 October 2001, ILDC 767 (FR 2001), para. 22).

⁶⁴⁹ International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference* (см. сноску 158 выше), p. 43, para. 175; см., напр., Германия, Федеральный административный суд, BVerwGE, vol. 134, p. 1, at p. 22, para. 48; Колумбия, Конституционный суд, Sentencia T-077/13 (2013), 14 February 2013; Индия, Высокий суд Дели, *Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar Hospital & Ors*, WP(C) Nos 8853 of 2008, and 10700 of 2009 (2010), Judgment of 4 June 2010, para 23; Бангладеш, Высокая палата Верховного суда, *Bangladesh Legal Aid and Services Trust and ors v. Government of Bangladesh*, Writ Petitions No 5863 of 2009, No 754 of 2010, No 4275 of 2010,

23) Сама Комиссия в своем Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам⁶⁵⁰ рассмотрела вопрос о релевантности суждений экспертных договорных органов, учрежденных на основании договоров по правам человека, применительно к оговоркам к договорам⁶⁵¹.

24) В судебных решениях не всегда давались полные разъяснения по вопросу о релевантности суждений экспертных договорных органов для целей толкования того или иного договора. В Консультативном заключении *О правовых последствиях строительства стены на оккупированной палестинской территории* Международный Суд сослался на «постоянную практику Комитета по правам человека» в обоснование своего собственного толкования положений Международного пакта о гражданских и политических правах⁶⁵². Из этого следует, что суждения экспертных договорных органов будут использоваться на дискреционной основе, как это предусмотрено в статье 32 в контексте дополнительных средств толкования⁶⁵³, и что они также «способствуют определению обычного смысла терминов в их контексте и в свете объекта и цели договора»⁶⁵⁴. Хотя суждения

ILDC 1916 (BD 2010), 8 July 2010, para 45; но см. Испания, Верховный суд Испании, *sentencia núm. 1263/2018*, 17 July 2018, fundamento de derecho séptimo, pp. 23–24.

⁶⁵⁰ Доклад Комиссии международного права (2011 год), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10/Add.1)*.

⁶⁵¹ «Разумеется, если эти органы имеют полномочия на принятие решений, участники должны их выполнять, но в настоящее время на практике это касается лишь региональных судов по правам человека. В отличие от этого другие наблюдательные органы не имеют юридического права на принятие решений в сфере оговорок и в других сферах, где они имеют компетенцию на констатацию. Таким образом, их выводы не носят обязательного юридического характера, и государства-участники должны лишь добросовестно "учитывать" их оценку» (там же, п. 3) комментарий к руководящему положению 3.2.3).

⁶⁵² *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 179, para. 109.

⁶⁵³ Высокий суд Осаки прямо заявил: «Можно считать, что на "замечания общего порядка" и "соображения"... следует полагаться в качестве дополнительных средств толкования Международного пакта о гражданских и политических правах» *Osaka High Court, Judgment of 28 October 1994*, цитируется в докладе о работе семьдесят первой Конференции Ассоциации международного права (см. сноску 158 выше), *the Report of the Seventy-first Conference of the International Law Association* at para. 85, footnote 178, также приводится в *Japanese Annual of International Law*, vol. 38 (1995), at pp. 129–130; см. также, например, *Netherlands, Central Appeals Tribunal, Appellante v. de Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* (URL: <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560>, на 11 июля 2016 года); Соединенное Королевство, с одной стороны, *House of Lords, Jones v. Saudi Arabia* 14 June 2006 [2006] UKHL 26 («никакой ценности»), с другой стороны, *House of Lords, A. v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71, paras. 34–36, (где активно используются ссылки на заявления договорного органа для установления правила о непринятии судом доказательств, полученных с помощью пыток), а также *Court of Appeal, R. (on the application of Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence, application for judicial review* (2005) EWCA Civ 1609, (2006) HRLR 7, at para. 101 (где цитируется замечание общего порядка № 31 Комитета по правам человека с целью установления экстерриториального применения [Закона о правах человека 1998 года](#)); Южная Африка, с одной стороны, *High Court Witwatersrand, Residents of Bon Vista Mansions v. Southern Metropolitan Local Council* 2002 (6) BCLR, p. 625, p. 629 («замечания общего порядка имеют авторитетный статус в соответствии с нормами международного права»), как это цитируется в докладе о работе семьдесят первой Конференции Ассоциации международного права (см. сноску 158 выше) и, с другой стороны, *Constitutional Court, Minister of Health et al. v. Treatment Action Campaign et al. (№ 2)* (CCT 8/02) [2002] ZACC 15, paras. 26 and 37, где содержится отказ применять «минимальные основные стандарты», изложенные Комитетом по экономическим, социальным и культурным правам в замечании общего порядка № 3 (*Официальные отчеты Экономического и Социального Совета, 1991 год, Дополнение № 3 (E/1991/23-E/C.12/1990/8* и Сог.1), приложение III, с. 83); Япония, *Tokyo District Court, Judgment of 15 March 2001 1784 Hanrei Jiho* 67, at 74 («замечание общего порядка не является авторитетным толкованием Международного пакта о гражданских и политических правах и не имеет обязательной силы для толкования этого договора в Японии»), как это цитируется в пункте 87 доклада о работе семьдесят первой Конференции Ассоциации международного права (см. сноску 158 выше).

⁶⁵⁴ См. п. 15) комментария к проекту вывода 2; см. также проект вывода 12, п. 3.

экспертных договорных органов не являются практикой участника договора, они тем не менее представляют собой поведение, санкционированное договором и призванное содействовать надлежащему применению такового. Учитывая, что «различные действия [договорных] органов представляют поперечный срез различных источников», необходимо сослаться также на пункт 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда, где правовая значимость их суждений определена в качестве «вспомогательного средства для определения правовых норм»⁶⁵⁵.

25) Выражение «на которые распространяются их мандаты» подтверждает пункт 2 проекта вывода 13, где уточняется, что релевантность заявления экспертного договорного органа для толкования договора зависит от применимых договорных норм, на основании которых действуют такие органы. Пункт 4 в принципе применяется ко всем договорным органам. Однако степень, в которой суждения экспертных договорных органов вносят вклад в толкование договоров, «на которые распространяются их мандаты», будет варьироваться, как на это указывает использование этого существительного во множественном числе.

⁶⁵⁵ C. Chinkin, «Sources», in *International Human Rights Law*, 3rd ed., D. Moeckli, S. Shah, S. Sivakumaran and D. J. Harris, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2018), pp. 63–85, at pp. 78–80, как доктрины, а также, возможно, судебные решения; в этом направлении см. также: R. Van Alebeek and A. Nollkaemper, «The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law», Keller and Ulfstein, *UN Human Rights Treaty Bodies...* (см. сноску 613 выше), pp. 408 and 410 ff.

Глава V

Выявление обычного международного права

A. Введение

53. Комиссия решила включить тему «Формирование и доказательства существования обычного международного права» в свою программу работы на шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) и назначила сэра Майкла Вуда Специальным докладчиком по ней⁶⁵⁶. Генеральная Ассамблея с признательностью приняла к сведению решение Комиссии о включении данной темы в программу работы в пункте 7 своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года. На шестьдесят пятой сессии в 2013 году Комиссия постановила изменить название темы на «Выявление обычного международного права»⁶⁵⁷.

54. В период с шестьдесят пятой (в 2013 году) по шестьдесят восьмую сессию (в 2016 году) Комиссия рассмотрела четыре доклада Специального докладчика⁶⁵⁸, а также два меморандума, подготовленных секретариатом⁶⁵⁹.

55. На шестьдесят восьмой сессии (в 2016 году) Комиссия приняла в первом чтении свод из 16 проектов выводов о выявлении обычного международного права⁶⁶⁰. В соответствии со статьями 16–21 Положения о своей деятельности Комиссия постановила препроводить эти проекты выводов через Генерального секретаря правительствам для получения от них комментариев и замечаний⁶⁶¹.

B. Рассмотрение темы на данной сессии

56. На данной сессии Комиссии был представлен пятый доклад Специального докладчика (A/CN.4/717), добавление к этому докладу, содержащее обновленную библиографию по теме (A/CN.4/717/Add.1), а также комментарии и замечания, полученные от правительств (A/CN.4/716). Комиссия также имела в своем распоряжении меморандум секретариата о путях и средствах обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права (A/CN.4/710).

57. Комиссия рассмотрела пятый доклад Специального докладчика на своих 3396–3402-м заседаниях 7–14 мая 2018 года. На своем 3402-м заседании 14 мая 2018 года Комиссия передала проекты выводов 1–16 в Редакционный комитет, поручив Редакционному комитету начать рассмотрение проектов выводов во втором чтении на основе предложений Специального докладчика, принимая во внимание замечания и соображения правительств и обсуждение доклада Специального докладчика на пленарных заседаниях.

58. Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета (A/CN.4/L.908) на своем 3412-м заседании, состоявшемся 25 мая 2018 года, и приняла весь свод проектов выводов о выявлении обычного международного права во втором чтении (раздел E.1 ниже).

⁶⁵⁶ На 3132-м заседании 22 мая 2012 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункт 157). Данная тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестьдесят третьей сессии (в 2011 году) на основе предложения, которое воспроизведено в приложении A к докладу Комиссии (там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункты 305–314). В своей резолюции 66/98 от 9 декабря 2011 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению включение данной темы в долгосрочную программу работы Комиссии.

⁶⁵⁷ Там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 65.

⁶⁵⁸ См. A/CN.4/663 (первый доклад), A/CN.4/672 (второй доклад), A/CN.4/682 (третий доклад), A/CN.4/695 и Add.1 (четвертый доклад и добавление к нему).

⁶⁵⁹ См. A/CN.4/659 (меморандум секретариата) и A/CN.4/691 (меморандум секретариата).

⁶⁶⁰ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10)*, пункты 57 и 59.

⁶⁶¹ Там же, пункт 60.

59. На своем 3402-м заседании 14 мая 2018 года Комиссия постановила учредить рабочую группу под председательством г-на Марсело Васкес-Бермудеса для оказания Специальному докладчику помощи в подготовке проектов комментариев к проектам выводов, которые предстоит принять Комиссии. Рабочая группа провела два заседания 3 и 4 мая 2018 года.

60. На своих 3441–3443-м заседаниях 2–3 августа 2018 года Комиссия приняла комментарии к вышеупомянутым проектам выводов (раздел E.2 ниже).

61. На своем 3441-м заседании, состоявшемся 2 августа 2018 года, Комиссия просила переиздать меморандум секретариата о путях и средствах обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права (A/CN.4/710), чтобы отразить текст проектов выводов и комментариев, принятый во втором чтении.

62. В соответствии с своим Положением Комиссия представляет проекты выводов Генеральной Ассамблее вместе с рекомендацией, изложенной ниже.

C. Рекомендация Комиссии

63. На своем 3444-м заседании 6 августа 2018 года Комиссия в соответствии со статьей 23 своего Положения решила рекомендовать Генеральной Ассамблее:

a) принять к сведению в своей резолюции проекты выводов о выявлении обычного международного права, приложить проекты выводов к этой резолюции и обеспечить их максимально широкое распространение;

b) обратить на проекты выводов вместе с комментариями к ним внимание государств и всех тех, на кого может быть возложена задача выявления норм обычного международного права;

c) принять к сведению библиографию, подготовленную Специальным докладчиком (A/CN.4/717/Add.1);

d) принять к сведению меморандум секретариата о путях и средствах обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права (A/CN.4/710), в котором представлен обзор современного состояния свидетельств обычного международного права и высказываются предложения относительно того, как улучшить положение дел;

e) отреагировать на предложения в меморандуме секретариата путем:

i) привлечения внимания государств и международных организаций к желательности опубликования дайджестов и обзоров их практики, касающейся международного права, дальнейшего широкого распространения информации о законодательной, исполнительной и судебной практике государств и приложения всех усилий для поддержки существующих изданий и библиотек, специализирующихся на международном праве;

ii) обращения к секретариату с просьбой и далее развивать и укреплять издания Организации Объединенных Наций, публикующие свидетельства обычного международного права, включая обеспечение их своевременного выхода в свет;

iii) обращения к секретариату с просьбой также сделать доступной информацию, содержащуюся в приложениях к меморандуму о путях и средствах обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права (A/CN.4/710), посредством онлайн-базы данных, которая будет периодически обновляться на основе информации, поступающей от государств, международных организаций и других заинтересованных сторон⁶⁶².

⁶⁶² A/CN.4/710, пп. 7–10.

D. Выражение признательности Специальному докладчику

64. На своем 3444-м заседании, состоявшемся 6 августа 2018 года, Комиссия после принятия проектов выводов о выявлении обычного международного права утвердила путем аккламации следующую резолюцию:

«Комиссия международного права,

приняв проекты выводов о выявлении обычного международного права,

выражает Специальному докладчику сэру Майклу Вуду свою глубокую благодарность и искреннюю признательность за выдающийся вклад, который он внес в подготовку этих проектов выводов благодаря своим неустанным усилиям и самоотверженной работе, а также за результаты, достигнутые в разработке проектов выводов о выявлении обычного международного права».

E. Текст проектов выводов о выявлении обычного международного права

1. Текст проектов выводов

65. Ниже воспроизводится текст проектов выводов, принятый Комиссией во втором чтении на ее семидесятой сессии.

Выявление обычного международного права

Часть первая

Введение

Вывод 1

Сфера охвата

Настоящие проекты выводов касаются способа, которым следует определять существование и содержание норм обычного международного права.

Часть вторая

Основной подход

Вывод 2

Два конститутивных элемента

Для определения существования и содержания нормы обычного международного права необходимо выявить, имеется ли всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

Вывод 3

Оценка свидетельств для двух конститутивных элементов

1. При оценке свидетельств, позволяющих выявить, имеются ли всеобщая практика и признание такой практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*), должно уделяться внимание общему контексту, характеру нормы, а также конкретным обстоятельствам, в которых могут быть обнаружены каждые из этих свидетельств.

2. Следует отдельно выявлять наличие каждого из этих двух конститутивных элементов. Это требует оценки свидетельств для каждого элемента.

Часть третья

Всеобщая практика

Вывод 4

Требование наличия практики

1. Требование наличия всеобщей практики, как конститутивный элемент обычного международного права, прежде всего относится к практике государств, которая способствует формированию или выражению норм обычного международного права.
2. В некоторых случаях практика международных организаций также способствует формированию или выражению норм обычного международного права.
3. Поведение других акторов не является практикой, способствующей формированию или выражению норм обычного международного права, но может быть релевантно при оценке практики, упомянутой в пунктах 1 и 2.

Вывод 5

Поведение государства как практика государства

Практика государства состоит из поведения этого государства при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или других функций.

Вывод 6

Формы практики

1. Практика может принимать самые различные формы. Она включает в себя как материальные, так и вербальные акты. При определенных обстоятельствах она может включать в себя бездействие.
2. Формы практики государств включают в себя, не ограничиваясь только этим: дипломатические акты и дипломатическую переписку; поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции; поведение в связи с договорами; поведение исполнительной власти, включая практическое поведение «на земле»; законодательные и административные акты; и решения национальных судов.
3. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.

Вывод 7

Оценка практики государства

1. Следует учитывать всю доступную практику конкретного государства, которую следует оценивать в совокупности.
2. В тех случаях, когда практика конкретного государства различна, такой практике может в зависимости от обстоятельств придаваться меньший вес.

Вывод 8

Практика должна быть всеобщей

1. Соответствующая практика должна быть всеобщей в том смысле, что она должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна, а также последовательна.
2. При условии, что практика является всеобщей, какой-либо конкретной продолжительности не требуется.

Часть четвертая

Признание в качестве правовой нормы (opinio juris)

Вывод 9

Требование признания в качестве правовой нормы (opinio juris)

1. Требование признания всеобщей практики в качестве правовой нормы (opinio juris), как конститутивный элемент обычного международного права, означает, что такая практика должна быть принята с осознанием юридического права или юридического обязательства.
2. Всеобщую практику, признаваемую в качестве правовой нормы (opinio juris), следует отличать от простого обыкновения или простой привычки.

Вывод 10

Формы свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris)

1. Свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) могут принимать самые различные формы.
2. Формы свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) включают в себя, не ограничиваясь только этим: публичные заявления, сделанные от имени государств; официальные публикации; правительственные юридические заключения; дипломатическая переписка; решения национальных судов; договорные положения; а также поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции.
3. Отсутствие реакции в течение какого-то времени на практику может служить свидетельством признания в качестве правовой нормы (opinio juris), при условии что государства имели возможность реагировать, а обстоятельства требовали реакции.

Часть пятая

Значение определенных материалов для выявления обычного международного права

Вывод 11

Договоры

1. Норма, закрепленная в договоре, может отражать норму обычного международного права, если установлено, что договорная норма:
 - a) кодифицировала норму обычного международного права, существовавшую во время заключения договора;
 - b) привела к кристаллизации нормы обычного международного права, которая начала возникать до заключения договора; или
 - c) положила начало всеобщей практике, признанной в качестве правовой нормы (opinio juris), тем самым порождая новую норму обычного международного права.
2. Тот факт, что норма закреплена в ряде договоров, может указывать, хотя и не обязательно указывает, на то, что договорная норма отражает норму обычного международного права.

Вывод 12

Резолюции международных организаций и межправительственных конференций

1. Резолюция, принятая международной организацией или на межправительственной конференции, не может сама по себе создать норму обычного международного права.

2. Резолюция, принятая международной организацией или на межправительственной конференции, может служить свидетельством для установления существования и содержания нормы обычного международного права или способствовать ее развитию.

3. Положение резолюции, принятой международной организацией или на межправительственной конференции, может отражать норму обычного международного права, если установлено, что это положение соответствует всеобщей практике, принятой в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

Вывод 13

Решения судов и трибуналов

1. Решения международных судов и трибуналов, в частности Международного Суда, касающиеся существования и содержания норм обычного международного права, являются вспомогательным средством установления таких норм.

2. В соответствующих случаях могут приниматься во внимание решения национальных судов, касающиеся существования и содержания норм обычного международного права, в качестве вспомогательного средства для определения таких норм.

Вывод 14

Доктрины

Доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву разных наций могут служить вспомогательным средством для определения норм обычного международного права.

Часть шестая

Настойчиво возражающее государство

Вывод 15

Настойчиво возражающее государство

1. Если государство возражало против нормы обычного международного права в то время, когда эта норма находилась в процессе формирования, такая норма не может быть противопоставлена данному государству, пока оно продолжает возражать.

2. Возражение должно быть ясно выражено, доведено до сведения других государств и продолжаться настойчиво.

3. Данный проект вывода не затрагивает какого-либо вопроса, касающегося императивных норм общего международного права (*jus cogens*).

Часть седьмая

Партикулярное обычное международное право

Вывод 16

Партикулярное обычное международное право

1. Норма партикулярного обычного международного права, будь то регионального, местного или иного, является нормой обычного международного права, применимой только в отношениях между ограниченным числом государств.

2. Для определения существования и содержания той или иной нормы партикулярного обычного международного права необходимо выявить, существует ли всеобщая практика между соответствующими государствами, которая признана ими в качестве правовой нормы (*opinio juris*) в отношениях между ними.

2. Текст проектов выводов и комментариев к ним

66. Ниже воспроизводится текст проектов выводов и комментариев к ним, принятый Комиссией во втором чтении.

Выявление обычного международного права

Общий комментарий

1) Как это всегда имеет место в случае материалов, подготавливаемых Комиссией, проекты выводов подлежат прочтению вместе с комментариями.

2) Настоящие проекты выводов касаются методологии выявления норм обычного международного права. Они призваны послужить практическим руководством в отношении того, каким образом следует определять существование норм международного обычного права и их содержание. Это представляет интерес не только для специалистов в области международного публичного права; задача выявления норм обычного международного права все чаще возлагается и на других специалистов, в том числе работающих в национальных судебных органах. В каждом случае требуется последовательно и обстоятельно проводить правовой анализ и оценку в интересах обеспечения надлежащего выявления нормы обычного международного права, тем самым содействуя авторитетности как конкретного случая выявления нормы, так и обычного международного права в более широком смысле.

3) Обычное международное право представляет собой неписаное право, вытекающее из практики, признанной в качестве правовой нормы. Оно остается важным источником публичного международного права⁶⁶³. Обычное международное право входит в число источников международного права, перечисляемых в пункте 1 статьи 38 Статута Международного Суда, в подпункте b) которого говорится о «международном обычае как доказательстве всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы»⁶⁶⁴. В этой формулировке отражены два конститутивных элемента обычного международного права: всеобщая практика и признание в качестве правовой нормы (последнее часто называется *opinio juris*)⁶⁶⁵.

⁶⁶³ Ряд важных областей международного права по сути по-прежнему регулируется обычным международным правом ввиду немногочисленности применимых договоров или их отсутствия. Даже при существовании действующего договора нормы обычного международного права по-прежнему регулируют вопросы, не предусмотренные договором, и продолжают применяться в отношениях с государствами, не являющимися его участниками, и между ними. Помимо этого, ссылки на нормы обычного международного права могут содержаться в договорах; и такие нормы могут приниматься во внимание при толковании договоров в соответствии с пунктом 3 с) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, № 18232, p. 331 («Венская конвенция 1969 года»)). Кроме того, иногда может быть необходимо определить, какое право применялось на момент совершения определенных действий («интертемпоральное право»), и применимым правом может быть обычное международное право, даже если теперь действует тот или иной договор. В любом случае норма международного обычного права может сохраняться и применяться отдельно от договора даже при одинаковом с ним содержании и даже между участниками договора (см. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 93–96, paras. 174–179; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015*, p. 3, at pp. 47–48, para. 88).

⁶⁶⁴ Такая формулировка была предложена Консультативным комитетом юристов, учрежденным Советом Лиги Наций в 1920 году для подготовки проекта статута для Постоянной палаты Международного Суда; она была включена без изменений в Статут Международного Суда в 1945 году. Хотя она и подверглась критике за неточность с редакционной точки зрения, эта формулировка все же, по общему мнению, передает суть обычного международного права.

⁶⁶⁵ Латинский термин «*opinio juris*» был сохранен в проектах выводов и в комментариях наряду с формулировкой «признание в качестве правовой нормы», поскольку он широко употребляется в юридическом дискурсе, включая судебную практику Международного Суда, а также в силу того, что он, возможно, лучше передает своеобразный характер данного субъективного

4) По вопросу о выявлении обычного международного права существует масса материалов, включая прецедентное право и научные труды⁶⁶⁶. В проектах выводов отражен подход, которого придерживаются государства, а также международные суды и организации и большинство авторов. Исходя из того, что процесс выявления обычного международного права не всегда подчиняется точным формулам, проекты выводов призваны задать четкие ориентиры, избегая при этом излишней прескриптивности.

5) Шестнадцать проектов выводов поделены на семь частей. В части первой рассматриваются сфера охвата и цели. В части второй излагается основной подход к выявлению обычного международного права, а именно «двухэлементный подход». В третьей и четвертой частях содержатся дополнительные указания в отношении двух конститутивных элементов обычного международного права, которые также используются в качестве критерия для его выявления, а именно «всеобщей практики» и «признания в качестве правовой нормы» (*opinio juris*). Часть пятая посвящена определенным категориям материалов, на которые часто ссылаются при выявлении норм обычного международного права. Поскольку нормы обычного международного права обязательны для всех государств, в шестой и седьмой частях рассматриваются два исключительных случая: последовательно возражающее государство и партикулярное обычное международное право (нормы, применяемые лишь в отношениях между ограниченным числом государств).

Часть первая

Введение

В Части первой, состоящей из одного проекта вывода, определяется сфера охвата проектов выводов с уточнением их функций и целей.

Вывод 1

Сфера охвата

Настоящие проекты выводов касаются способа, которым следует определять существование и содержание норм обычного международного права.

Комментарий

1) Проект вывода 1 носит вводный характер. Им предусмотрено, что проекты выводов касаются способа, которым следует определять нормы обычного международного права, иначе говоря, правовой методологии для проведения такой работы.

2) По всему тексту проектов выводов используется термин «обычное международное право» как наиболее широко употребляемый и точнее всего передающий характер этого источника международного права. К числу других терминов, иногда встречающихся в правовых документах, прецедентном праве и научных трудах, относятся «обычай», «международный обычай» и «международное обычное право», а также «право народов» и «общее международное право»⁶⁶⁷.

элемента обычного международного права как относящегося к правосознанию, а не к формальному согласию.

⁶⁶⁶ В настоящем комментарии не приводятся ссылки на научные труды в этой области, хотя их использование может быть целесообразным (а Специальный докладчик неоднократно ссылался на них в своих докладах). Библиографию, в том числе к разделам, которые соответствуют вопросам, охватываемым в отдельных проектах выводов, а также к разделам, посвященным обычному международному праву в различных областях, см. в приложении II к пятому докладу (A/CN.4/717/Add.1).

⁶⁶⁷ Некоторые из этих терминов могут использоваться в других значениях; в частности, «общее международное право» используется разными способами (которые не всегда четко определены), в том числе для обозначения норм международного права общего применения, будь то договорное право или обычное международное право или же общие принципы права. Обсуждение термина «общее международное право» в судебном контексте см. в *Certain*

3) При упоминании в настоящих проектах выводов и в комментариях «норм» обычного международного права подразумеваются также такие нормы обычного международного права, которые могут быть названы «принципами» ввиду их более общего и более основополагающего характера⁶⁶⁸.

4) В проектах выводов и комментариях термины «выявлять», «определять» и «устанавливать» используются как взаимозаменяемые. Ссылка на определение «существования и содержания» норм обычного международного права отражает то обстоятельство, что, хотя зачастую возникает необходимость в выявлении как существования, так и содержания нормы, в некоторых случаях признается, что норма существует, но точное ее содержание является предметом споров. Речь может идти, например, о случаях, когда встает вопрос о том, действительно ли та или иная формулировка (содержащаяся, как правило, в таких текстах, как договоры или резолюции) точно соответствует существующей норме обычного международного права, или же о наличии исключений из признанной нормы обычного международного права.

5) Поскольку проекты выводов посвящены выявлению норм обычного международного права, в них напрямую не рассматриваются процессы, посредством которых нормы обычного международного права развиваются с течением времени. Однако на практике выявление не всегда можно рассматривать в отрыве от формирования; выявление существования и содержания той или иной нормы обычного международного права вполне может предполагать изучение процесса ее развития. В силу этого в проектах выводов местами неизбежно упоминается формирование норм обычного международного права. При этом в них на систематической основе не рассматривается, как возникают такие нормы, как они изменяются или прекращают действовать.

6) Под сферу охвата проектов выводов не подпадает ряд других вопросов. Во-первых, в них не рассматривается суть обычного международного права; они касаются только методологических аспектов того, каким образом должны определяться нормы обычного международного права⁶⁶⁹. Во-вторых, в них не предпринимается никаких попыток объяснить взаимосвязь между обычным международным правом и другими источниками международного права, перечисленными в пункте 1 статьи 38 Статута Международного Суда (международные конвенции, как общие, так и специальные, и общие принципы права); в проектах выводов этот вопрос рассматривается только в том объеме, в каком это необходимо для объяснения способов выявления норм обычного международного права. В-третьих, проекты выводов не предрешают вопроса об иерархии норм международного права, в том числе императивных норм общего международного права (*jus cogens*), или вопросов, связанных с характером *erga omnes* определенных обязательств. В-четвертых, в проектах выводов не рассматривается место обычного международного права в национальных правовых системах. Наконец, в проектах

Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 665, at p. 782 (separate opinion of Judge Donoghue, para. 2) and pp. 846–849 (separate opinion of Judge ad hoc Dugard, paras. 12–17).

⁶⁶⁸ См. также *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246, at pp. 288–290, para. 79* («Объединение понятий "нормы" и "принципы" – не более чем взаимозаменяемое использование двух выражений для передачи одной и той же идеи, поскольку в контексте [определения применимых норм международного права] термин "принципы" явно означает принципы права, т. е. он включает также нормы международного права, применительно к которым использование термина "принципы" может быть оправдано ввиду их более общего и более основополагающего характера»). Такие принципы обычного международного права не есть то же, что «общие принципы права» по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда.

⁶⁶⁹ Соответственно, конкретные решения судов и трибуналов в данных комментариях упоминаются для иллюстрации методологии принятия решений, а не из интереса к содержанию самих решений.

выводах не рассматривается в целом вопрос о возможном бремени доказывания обычного международного права.

Часть вторая **Основной подход**

В Части второй излагается основной подход к выявлению обычного международного права. В этой Части, состоящей из двух проектов выводов, уточняется, что для определения нормы обычного международного права требуется установить наличие двух конститутивных элементов: всеобщей практики и признания этой практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*). Это требует тщательного анализа свидетельств по каждому элементу.

Вывод 2 **Два конститутивных элемента**

Для определения существования и содержания нормы обычного международного права необходимо выявить, имеется ли всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

Комментарий

1) В проекте вывода 2 излагается основной подход, в соответствии с которым для выявления нормы обычного международного права требуется исследовать два самостоятельных, но связанных друг с другом вопроса: имеется ли всеобщая практика и признана ли такая всеобщая практика в качестве правовой нормы (т. е. сопровождается ли она *opinio juris*). Другими словами, следует обратиться к тому, что фактически делают государства, и попытаться определить, признают ли они обязанность или право действовать таким образом. Такая методология, или «двухэлементный подход», лежит в основе проектов выводов и широко поддерживается государствами, в прецедентном праве и в научных трудах. Она призвана обеспечить, чтобы работа по выявлению норм обычного международного права приводила к определению только тех норм, которые действительно существуют⁶⁷⁰.

2) Всеобщая практика и признание такой практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*) являются двумя конститутивными элементами обычного международного права; вместе они образуют основные условия для существования нормы обычного международного права. Следовательно, выявление такой нормы предполагает пристальное изучение имеющихся свидетельств для возможности установления их существования в том или ином конкретном случае. Такой подход подтверждается, среди прочего, в судебной практике Международного Суда, который ссылается на «два условия [которые] должны быть выполнены»⁶⁷¹ и неоднократно указывал, что «существование нормы международного обычного права требует наличия «устоявшейся практики» в сочетании с *opinio juris*»⁶⁷². Таким образом, определение обоснованности заявлений, касающихся существования или содержания той или иной нормы обычного международного права, предполагает поиск практики,

⁶⁷⁰ Единого мнения сторон в том или ином разбирательстве недостаточно; необходимо удостовериться в том, что всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы, действительно существует. См. также *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 97–98, para. 184 («Когда два государства соглашаются включить ту или иную конкретную норму в договор, их согласия достаточно для того, чтобы сделать эту норму юридической и имеющей обязательную для них силу; однако в области обычного международного права общее мнение сторон относительно содержания того, что они рассматривают в качестве нормы, достаточным не является. Суд должен убедиться в том, что существование этой нормы в *opinio juris* государств подтверждается практикой»).

⁶⁷¹ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77.

⁶⁷² См., например, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at pp. 122–123, para. 55; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 13, at pp. 29–30, para. 27; *North Sea Continental Shelf* (см. сноску выше), at p. 44, para. 77.

которая приобрела настолько широкое признание государств, что ее можно считать выражением юридически закрепленного права или обязательства (другими словами, она необходима, разрешена или запрещена как вопрос права)⁶⁷³. Проверкой всегда должен служить ответ на вопрос «Существует ли всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы?».

3) Если существование всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, установить невозможно, то делается вывод о том, что предполагаемой нормы обычного международного права нет. Так, например, в решении по делу *Об убежище* Международный Суд счел, что факты, связанные с предполагаемым существованием нормы (партикулярного) обычного международного права, свидетельствуют:

«о такой неопределенности и противоречивости, о таких колебаниях и расхождениях в осуществлении дипломатического убежища и в неоднократно выраженных официальных точках зрения, о стольких несоответствиях в серии быстро принятых одна за другой конвенций по вопросу об убежище, ратифицированных одними государствами и отвергнутых другими, и о столь большом влиянии на практику соображений политической целесообразности, что невозможно во всем этом усмотреть какое-либо постоянное и единообразное обыкновение, признанное в качестве правовой нормы, в том, что касается предполагаемой нормы, предусматривающей одностороннюю и окончательную квалификацию преступления»⁶⁷⁴.

4) Как ясно следует из проекта вывода 2, наличия только одного из конститутивных элементов недостаточно для выявления нормы обычного международного права. Без признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) практика, пусть даже широко распространенная и последовательная, представляет собой не более чем необязательное к соблюдению обыкновение, а не подкрепляемая практикой убежденность в том, что что-то является (или должно быть) правовой нормой, носит всего лишь характер пожелания; только при наличии двух этих элементов устанавливается существование нормы обычного международного права⁶⁷⁵. Хотя время от времени правоведы пытаются выработать альтернативные подходы к выявлению норм обычного международного права, отдавая предпочтение одному из

⁶⁷³ Например, в деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* благодаря обширному исследованию практики государств в виде национального законодательства, судебных решений, требований и других официальных заявлений, которая, как было установлено, сопровождалась *opinio juris*, удалось определить объем иммунитета государств согласно обычному международному праву (*Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at pp. 122–139, paras. 55–91).

⁶⁷⁴ *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of 20 November 1950, I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 277.

⁶⁷⁵ В деле *О праве прохода*, например, Суд пришел к выводу об отсутствии оснований заключить, что периодически практикуемый проход через индийскую территорию португальских вооруженных сил и вооруженных полицейских формирований между Даманом и португальскими анклавами в Индии или между самими анклавами был разрешен или осуществлялся правомерно. Суд пояснил, что «учитывая особые обстоятельства данного дела, необходимость получения разрешения для того, чтобы проход состоялся, по мнению Суда, отрицает правомерность прохода. Сама практика предполагает, что территориальный суверен обладает дискреционным правом отозвать разрешение или отказать в его предоставлении. Утверждается, что такое разрешение предоставлялось во всех случаях, однако, по мнению Суда, это не сказывается на его правовом статусе. Не существует никаких письменных свидетельств того, что англичане или индийцы были обязаны выдавать такое разрешение» (*Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at pp. 40–43). В решении по делу *О законности угрозы применения или применения ядерного оружия* Суд счел, что «возникновению – в качестве *lex lata* – обычной нормы, прямо запрещающей использование ядерного оружия как таковой, препятствуют сохраняющиеся противоречия между нарождающимся *opinio juris*, с одной стороны, и все еще строгим следованием практике сдерживания – с другой» (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 255, para. 73). См. также *Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Case № SCSL-2004-14-AR72(E), decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment) of 31 May 2004, Special Court for Sierra Leone*, p. 13, para. 17.

конститутивных элементов или даже полностью отбрасывая один из них, такие теории не принимаются ни государствами, ни в судебной практике.

5) Двухэлементный подход часто называют «индуктивным» в противоположность возможному «дедуктивному» подходам, в рамках которых существование норм могло бы быть установлено не эмпирическими свидетельствами всеобщей практики и ее признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*), а иными методами. При этом двухэлементный подход не исключает определенную степень дедукции как вспомогательного инструмента, использовать который следует с осторожностью в рамках применения двухэлементного подхода, в особенности при рассмотрении возможных норм обычного международного права, действующих на фоне норм, изложенных в более общих формулировках, чем те, из которых вытекают они сами, и отражающих всеобщую практику, признанную в качестве правовой нормы⁶⁷⁶ или при формулировании заключения о том, что возможные нормы международного права являются частью «неделимого режима»⁶⁷⁷.

6) Двухэлементный подход применяется для выявления существования и содержания норм обычного международного права во всех областях международного права. Это подтверждается практикой государств и прецедентным правом и созвучно идее единства и целостности международного права, являющегося единой правовой системой, не разделяемой на самостоятельные отрасли со своим собственным подходом к источникам⁶⁷⁸. Хотя при применении основного подхода на практике вполне могут приниматься во внимание конкретные обстоятельства и контекст, в которых возникла и действует предполагаемая норма⁶⁷⁹, неизменно должна учитываться истинная природа обычного международного права как всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы (в сочетании с *opinio juris*).

Вывод 3

Оценка свидетельств для двух конститутивных элементов

1. При оценке свидетельств, позволяющих выявить, имеются ли всеобщая практика и признание такой практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*), должно уделяться внимание общему контексту, характеру нормы, а также конкретным обстоятельствам, в которых могут быть обнаружены каждый из этих свидетельств.

2. Следует отдельно выявлять наличие каждого из этих двух конститутивных элементов. Это требует оценки свидетельств для каждого элемента.

Комментарий

1) Проект вывода 3 касается оценки свидетельств в отношении двух конститутивных элементов обычного международного права⁶⁸⁰. В нем содержатся общие руководящие указания для процесса определения существования нормы обычного международного права и ее содержания на основе различных свидетельств, имеющихся на момент оценки, что отражает как необходимость системного и тщательного анализа, так и динамичный характер обычного международного права как источника международного права.

⁶⁷⁶ Такой подход, по всей видимости, был применен в деле *О целлюлозных заводах на реке Уругвай (Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 14, at pp. 55–56, para. 101).

⁶⁷⁷ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 624, at p. 674, para. 139.

⁶⁷⁸ См. также выводы по результатам работы Исследовательской группы по фрагментации международного права, *Ежегодник... 2006 год*, т. II (часть вторая), п. 251 1).

⁶⁷⁹ См. проект вывода 3 ниже.

⁶⁸⁰ Термин «свидетельство» используется здесь как широкое понятие, касающееся всех материалов, которые могут рассматриваться в качестве основы для выявления обычного международного права, а не в каком-либо техническом смысле, используемом отдельными судами или в отдельных правовых системах.

2) В пункте 1 излагается глобальный принцип, который лежит в основе всех проектов выводов, а именно что оценка любых и всех имеющихся свидетельств должна быть тщательной и контекстуальной. Вопрос о наличии всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы (сопровожаемой *opinio juris*), должен тщательно исследоваться в каждом случае с учетом всех соответствующих обстоятельств⁶⁸¹. Такой анализ не только увеличивает авторитетность какого-либо конкретного решения, но также позволяет с необходимой гибкостью применять двухэлементный подход во всех областях международного права.

3) Требование принимать во внимание общий контекст отражает необходимость применения двухэлементного подхода с учетом предметной области, которую возможно существующая норма предположительно регулирует. Это требует принятия во внимание в каждом случае любых основополагающих принципов международного права, которые могут быть применимы к данному вопросу⁶⁸². Кроме того, тип рассматриваемых свидетельств (и рассмотрение их наличия или отсутствия) зависит от ситуации, и некоторые виды практики и свидетельства признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) могут в том или ином контексте иметь особую значимость. Например, в деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* Международный Суд пришел к выводу о том, что:

«[в] данном контексте источниками особо значимой практики государств являются решения национальных судов, рассматривавших вопрос о наличии иммунитета у иностранного государства, законодательство тех государств, которые ввели в действие положения об иммунитете, ссылки на иммунитет, которые делались государствами в иностранных судах, и заявления, сделанные государствами сначала в ходе активного изучения этого предмета Комиссией международного права, а затем в контексте принятия Конвенции Организации Объединенных Наций [о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности]. *Opinio juris* в данном контексте находит свое отражение, в частности, в заявлениях государств, ссылающихся на свой иммунитет и утверждающих, что они обладают таким иммунитетом от юрисдикции других государств в соответствии с международным правом; в признании государствами, предоставляющими иммунитет, того факта, что делать это их обязывает международное право; а также в притязаниях государств на право осуществлять юрисдикцию в отношении иностранных государств в иных случаях»⁶⁸³.

⁶⁸¹ См. также *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), Dissenting Opinion of Judge Tanaka at p. 175 («Решение о том, существуют ли эти два фактора в процессе формирования нормы обычного права или нет, — это деликатный и сложный вопрос. Повторение, число примеров государственной практики, продолжительность времени, необходимого для формирования обычного права, нельзя определить математически и единообразно. Каждый факт должен оцениваться относительно, с учетом различных случаев и обстоятельств»); *Freedom and Justice Party v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, Court of Appeal of England and Wales, [2018] EWCA Civ 1719 (19 July 2018), para. 19 («выявление обычного международного права требует исчерпывающего и тщательного анализа широкого круга свидетельств»).

⁶⁸² В деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* Международный Суд пришел к выводу о том, что норма обычного права об иммунитете государства вытекает из принципа суверенного равенства государств и в этом контексте ее следует рассматривать вместе с принципом, согласно которому каждое государство обладает суверенитетом над своей собственной территорией, и что из этого суверенитета вытекает юрисдикция государства над событиями и лицами на этой территории (*Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at pp. 123–124, para. 57). См. также *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (сноска 667 выше), Separate Opinion of Judge Donoghue (пп. 3–10). Кроме того, было пояснено, что «норма международного права, будь то обычное или договорное право, действует не в вакууме; она действует в связи с фактами и в контексте более широкой нормативно-правовой базы, а сама такая норма является лишь частью этой базы» (*Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980*, p. 73, at p. 76, para. 10).

⁶⁸³ *Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at p. 123, para. 55. В деле *О судоходных и смежных правах*, когда возник вопрос о том, превратилась ли давно

4) Характер нормы, о которой идет речь, также может иметь значение при оценке свидетельств, позволяющих выяснить, имеется ли всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (сопровождаемая *opinio juris*). В частности, в случаях запретительных норм порой бывает трудно найти примеры активной практики государств (в отличие от бездействия⁶⁸⁴); в случаях, связанных с такими нормами, скорее всего, будет проводиться анализ того, признано ли в качестве правовой нормы бездействие.

5) С учетом того что поведение может быть сопряжено с неясностями, в пункте 1 далее отмечена необходимость учитывать конкретные обстоятельства, в которых можно найти какие-либо свидетельства; только тогда им может быть придан надлежащий вес. Например, в деле *О правах граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко* Международный Суд, стремясь установить наличие нормы (партикулярного) обычного международного права, заявил:

«В дипломатической переписке можно обнаружить отдельные выражения, которые, если их рассматривать вне контекста, могли бы быть восприняты как признание притязаний Соединенных Штатов на осуществление консульской юрисдикции или иных капитуляционных прав. С другой стороны, Суд не может игнорировать общую тональность переписки, которая свидетельствует о том, что Франция и Соединенные Штаты во все времена стремились к урегулированию на основе взаимного согласия и что ни одна из сторон не намечалась отказаться от своей правовой позиции»⁶⁸⁵.

Аналогичным образом, при рассмотрении законодательства в качестве практики фактический текст иногда может уступать по значимости его толкованию и применению. Решения национальных судов будут иметь меньшее значение в случае их отмены законодательным органом или их неисполнения из-за опасений по поводу их совместимости с международным правом. Заявления, сделанные мимоходом или под давлением обстоятельств, как правило, будут иметь меньший вес, чем те, которые были тщательно обдуманы; заявления младших должностных лиц могут иметь меньший вес, чем заявления высокопоставленных членов правительства. Значение отсутствия возражений со стороны того или иного государства будет зависеть от всех обстоятельств, но может быть особенно важным в тех случаях, когда были приняты конкретные меры, в которых это государство отдает себе отчет и которые оказывают непосредственное негативное влияние на его интересы. Практика государства, которая идет вразрез с его четкими интересами или влечет за собой значительные издержки для него, с большей вероятностью отражает признание в качестве правовой нормы.

установившаяся практика рыболовства для собственного потребления (признанная обеими сторонами дела) в норму (партикулярного) международного обычного права, Международный Суд отметил: «Эта практика по своей природе, особенно с учетом удаленности, малочисленности населения и малонаселенности этой территории, вряд ли зафиксирована каким-либо формальным образом в официальных документах. По мнению Суда, особое значение имеет тот факт, что Никарагуа не отрицала наличия права, которое возникает из практики, существовавшей без помех и не оспариваемой в течение длительного времени» (*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at pp. 265–266, para. 141). Апелляционная камера Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии отметила трудности, связанные с наблюдением за практикой государств на поле боя: *Prosecutor v. Tadić, Case IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995*, para. 99.

⁶⁸⁴ По поводу бездействия как формы практики см. проект вывода 6 и пункт 3) комментария к нему.

⁶⁸⁵ *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of 27 August 1952, I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 200.

6) В пункте 2 говорится о том, что для определения существования и содержания той или иной нормы обычного международного права должно быть установлено присутствие каждого из двух конститутивных элементов, и поясняется, что это требует оценки свидетельств для каждого элемента. Иными словами, в то время как практика и признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*) в совокупности обеспечивают информацию, необходимую для выявления обычного международного права, требуется проводить два отдельных исследования. Конститутивные элементы могут быть связаны между собой де-факто (в том смысле, что практика может сопровождаться определенной мотивацией), однако каждый из элементов концептуально отличается для целей выявления нормы международного обычного права.

7) Несмотря на то что обычное международное право проявляется в тех случаях, когда поведение сопровождается *opinio juris*, акты, из которых состоит соответствующая практика, как таковые не являются свидетельствами признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*). Более того, признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*) следует искать в отношении не только участвующих в практике, но и тех, кто имеет возможность на нее отреагировать⁶⁸⁶. Таким образом, из соответствующей практики нельзя сделать простого вывода о признании в качестве правовой нормы; по словам Международного Суда, «действия или согласие действовать определенным образом сами по себе не свидетельствуют о чем-либо, носящем юридический характер»⁶⁸⁷.

8) В пункте 2 подчеркивается, что вывод о наличии одного элемента нельзя сделать только лишь на основании существования другого и что для каждого из них должно проводиться отдельное исследование. Тем не менее этот пункт не исключает возможности использования одних и тех же материалов для выяснения того, имеется ли практика и признается ли такая практика в качестве правовой нормы (*opinio juris*). Например, решение национального суда может представлять собой релевантную практику, а также указывать на то, что его итоги обязательны в соответствии с обычным международным правом. Аналогичным образом, представленный государством официальный доклад может являться практикой (или содержать информацию о практике государства), а также свидетельствовать о правовых соображениях, лежащих в ее основе. При этом важным моментом остается то, что этот материал должен быть рассмотрен в рамках двух отдельных исследований, с тем чтобы удостовериться в наличии практики и в ее признании в качестве правовой нормы.

9) В то время как при выявлении нормы обычного международного права существование всеобщей практики зачастую является первоначальным фактором, который следует рассматривать, а исследование на предмет признания такой всеобщей практики в качестве правовой нормы проводится лишь после этого, такой порядок не является обязательным. Таким образом, выявление нормы обычного международного права может также начинаться с оценки письменного текста, предположительно выражающего определенное правоубеждение, а уже затем будет сделана попытка установить существование соответствующей всеобщей практики.

⁶⁸⁶ См. также пункт 5) комментария к проекту вывода 9 ниже.

⁶⁸⁷ *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 44, para. 76. В решении по делу *Лотуса* Постоянная палата международного правосудия аналогичным образом заявила: «Даже если бы тех немногих опубликованных судебных решений было достаточно для того, чтобы доказать фактическое наличие предполагаемого обстоятельства... это свидетельствовало бы лишь о том, что в своей практике государства нередко воздерживались от возбуждения уголовных дел, а не о признании ими своей обязанности так поступать; ведь говорить о международном обычае можно было бы только в том случае, если такое воздержание основывалось бы на осознании ими своей обязанности воздержаться. Предполагаемый факт не позволяет сделать вывод о том, что государства осознают наличие такой обязанности» (*The Case of the S.S. «Lotus», P.C.I.J., Series A, № 10 (1927), p. 28*). См. также пункт 2 проекта вывода 9 ниже.

Часть третья Всеобщая практика

Как указано в проекте вывода 2 выше, необходимым условием для выявления нормы обычного международного права является выяснение как наличия всеобщей практики, так и признания такой практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*). В третьей части содержатся более подробные указания в отношении первого из этих двух конstitutивных элементов обычного международного права – «всеобщей практики». Также известный как «материальный» или «объективный» элемент⁶⁸⁸, он относится к тем случаям поведения, которые (если они сопровождаются признанием в качестве правовой нормы) создают или выражают обычное международное право. При оценке того, действительно ли существует всеобщая практика, следует учитывать ряд факторов.

Вывод 4 Требование наличия практики

1. Требование наличия всеобщей практики, как конstitutивный элемент обычного международного права, прежде всего относится к практике государств, которая способствует формированию или выражению норм обычного международного права.
2. В некоторых случаях практика международных организаций также способствует формированию или выражению норм обычного международного права.
3. Поведение других акторов не является практикой, способствующей формированию или выражению норм обычного международного права, но может быть релевантно при оценке практики, упомянутой в пунктах 1 и 2.

Комментарий

- 1) В проекте вывода 4 указывается, что практику следует принимать во внимание при определении существования и содержания норм обычного международного права.
- 2) В пункте 1 разъясняется, что при определении существования и содержания норм обычного международного права в первую очередь следует рассматривать именно практику государств: материальный элемент обычного международного права действительно нередко называют «практикой государств»⁶⁸⁹. Будучи основными субъектами международной правовой системы, обладающими общей компетенцией, государства играют ведущую роль в формировании обычного международного права, и при его выявлении в первую очередь должна рассматриваться именно их практика. Более того, во многих случаях только практика государств релевантна для определения существования и содержания норм обычного международного права. Как постановил Международный Суд в решении по делу *О военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа*, для того чтобы «рассмотреть вопрос о том, какие нормы обычного международного права применимы по отношению к настоящему спору, он должен рассмотреть вопрос о практике и *opinio juris* государств»⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Иногда она называется также «узус», однако это может привести к путанице с «простым обыкновением или простой привычкой», которые следует отличать от обычного международного права: см. проект вывода 9, пункт 2, ниже.

⁶⁸⁹ Практика государств выполняет другие важные функции в области международного публичного права, в том числе в отношении толкования договоров, однако эти функции не входят в сферу применения настоящих проектов выводов.

⁶⁹⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 97, para. 183. В решении по делу *О континентальном шельфе (Ливийская Арабская Джамахирия/Мальта)* Суд аналогичным образом постановил: «Бесспорно, что массив международного обычного права должен анализироваться в первую очередь в рамках реальной практики и *opinio juris* государств...» (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*)

3) Слова «прежде всего» служат двойной цели. Помимо того, что они подчеркивают первичную роль практики государств в формировании и выражении норм обычного международного права, они отсылают читателя к другой практике, которая в некоторых случаях вносит вклад в формирование или выражение норм обычного международного права и которая является предметом пункта 2.

4) В пункте 2 указано, что «[в] некоторых случаях» практика международных организаций также способствует формированию и выражению норм обычного международного права⁶⁹¹. Хотя международные организации нередко действуют в качестве форумов или катализаторов практики государств, в этом пункте речь идет о практике, приписываемой самим международным организациям, а не о практике государств, действующих в их рамках или в связи с ними (которая приписывается соответствующим государствам)⁶⁹². В тех случаях, когда практика самих международных организаций является релевантной (как описано ниже), ссылки на практику государств в проектах выводов и комментариях следует понимать как включающие, *mutatis mutandis*, практику международных организаций.

5) Международные организации отличаются от государств⁶⁹³. Они представляют собой структуры, созданные и уполномоченные государствами (или государствами и/или другими международными организациями) для выполнения определенных функций, для чего они обладают международной правосубъектностью, т. е. они имеют свои собственные права и обязательства в соответствии с международным правом. Практика международных организаций в международных отношениях⁶⁹⁴ (если она сопровождается *opinio juris*) может считаться практикой, которая порождает нормы обычного международного права или свидетельствует о них, но только такие нормы, а) чей предмет охвачен мандатом этих организаций и/или б) которые предназначены именно для этих организаций (например, нормы в отношении их международной ответственности или в отношении договоров, чьими сторонами могут быть международные организации). Слова «в некоторых случаях» в пункте 2 действительно служат для указания на то, что практика международных организаций не является релевантной для выявления всех норм обычного международного права, и, далее, что релевантной может быть практика лишь некоторых, а не всех международных организаций.

(см. сноску 672 выше), at p. 29, para. 27); а в деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* Суд вновь подтвердил, что из «практики государств вытекает обычное международное право» (*Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at p. 143, para. 101).

⁶⁹¹ Термин «международные организации» в настоящих проектах выводов относится к организациям, которые учреждаются на основании документов, регулируемых международным правом, обычно договоров, и обладают собственной международной правосубъектностью. Этот термин не включает неправительственные организации.

⁶⁹² См. проекты выводов 6, 10 и 12 ниже, которые, среди прочего, относятся к практике и признанию в качестве правовой нормы государств в рамках международных организаций.

⁶⁹³ См. также проекты статей об ответственности международных организаций, принятые Комиссией в 2011 году, общий комментарий, пункт 7): «Международные организации сильно отличаются от государств и, кроме того, очень разнообразны сами по себе. В отличие от государств они не обладают общей компетенцией и создаются для выполнения конкретных функций («принцип специализации»). «Между международными организациями существуют очень большие различия с точки зрения полномочий и функций, членского состава, отношений между организацией и ее членами, процедур обсуждения вопросов, структуры и средств, а также первичных норм, включая договорные обязательства, которыми они связаны» (*Ежегодник... 2011 год*, т. II (часть вторая), с. 47 англ. текста). См. также *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949*, p. 174, at p. 178 («В любой правовой системе субъекты права отнюдь не обязательно должны быть идентичны по своему характеру или по объему своих прав»).

⁶⁹⁴ «Установившаяся практика» организации (т. е. практика, формирующая часть правил организации по смыслу пункта 1 j) статьи 2 Венской конвенции 1986 года о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями) не входит в сферу настоящих выводов.

б) В этом контексте практика, относящаяся к пункту 2, возникает наиболее явно в тех случаях, когда государства-члены передали исключительную компетенцию международной организации, с тем чтобы последняя исполняла некоторые государственные полномочия своих государств-членов, и, соответственно, практика этой организации может быть приравнена к практике этих государств. Это происходит в случае определенных полномочий Европейского союза. Практика в рамках пункта 2 может также возникать, когда государства-члены не передавали исключительную компетенцию, но при этом наделили международную организацию компетенцией, функционально эквивалентной полномочиям, осуществляемым государствами. Таким образом, практика международных организаций, когда они заключают договоры, выполняют функции депозитариев договоров, осуществляют развертывание вооруженных сил (например, для операций по поддержанию мира), осуществляют управление территориями или определяют объем привилегий и иммунитетов соответствующей организации и ее должностных лиц, может способствовать формированию или выражению норм обычного международного права в этих областях⁶⁹⁵.

7) В то же время следует проявлять осторожность при оценке весомости практики международной организации в рамках всеобщей практики. Международные организации значительно отличаются друг от друга, причем не только по своим полномочиям, но и по своему членскому составу и своим функциям. Как правило, чем более непосредственно действует международная организация от имени своих государств-членов или с их одобрения и чем больше таких государств-членов, тем больший вес может иметь эта организация в отношении формирования или выражения норм обычного международного права. К числу других факторов, которые, возможно, следует учитывать при оценке практики, относятся: характер организации; характер органа, поведение которого находится на рассмотрении; является ли это поведение *ultra vires* соответствующей организации или органа; и согласуется ли это поведение с поведением государств – членов организации.

8) В пункте 3 четко говорится о том, что поведение субъектов, иных, чем государства и международные организации – например, неправительственных организаций (НПО) и частных лиц, а также транснациональных корпораций и негосударственных вооруженных групп, – не создает и не выражает обычное международное право. Их поведение как таковое не способствует формированию или выражению норм обычного международного права и не может служить в качестве прямого (первичного) свидетельства существования и содержания таких норм. В этом пункте признается, однако, что такое поведение может сыграть косвенную роль в определении норм обычного международного права путем поощрения или фиксации практики государств и международных организаций и признания практики в качестве нормы права (*opinio juris*)⁶⁹⁶. Например, действия частных лиц иногда могут быть релевантны для формирования или выражения норм обычного

⁶⁹⁵ В этом смысле в стандартных положениях и условиях Европейского банка реконструкции и развития, касающихся кредитных и гарантийных соглашений и других соглашений о финансировании, а также в общих условиях Азиатского банка инфраструктурных инвестиций, касающихся суверенных займов, признается, что источниками международного публичного права в случае споров между Банком и стороной соглашения о финансировании могут быть, в числе прочего, «...формы международного обычая, включая практику государств и международных финансовых институтов, которая является столь общей, последовательной и давно закрепившейся, что ее существование привело к появлению правовых обязательств» (European Bank for Reconstruction and Development, Standard Terms and Conditions (1 December 2012), Sect. 8.04(b)(vi)(C); Asian Infrastructure Investment Bank, General Conditions for Sovereign-backed Loans (1 May 2016), Sect. 7.04(vii)(c) (курсив добавлен)).

⁶⁹⁶ В последнем качестве результаты их деятельности могут относиться к проекту вывода 14 ниже. Комиссия рассмотрела аналогичный момент в отношении практики «негосударственных субъектов» в рамках темы «Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров»: см. проект вывода 5, пункт 2, принятый во втором чтении в рамках этой темы (см. главу IV выше).

международного права, но только в той степени, в которой государства их одобрили или отреагировали на них⁶⁹⁷.

9) Официальные заявления Международного комитета Красного Креста (МККК), такие как призывы и меморандумы по поводу соблюдения международного гуманитарного права, могут аналогичным образом играть важную роль в формировании практики государств, реагирующих на такие заявления; и публикации МККК могут помочь в выявлении соответствующей практики. Таким образом, такая деятельность может способствовать развитию и определению обычного международного права, но она не является практикой как таковая⁶⁹⁸.

Вывод 5

Поведение государства как практика государства

Практика государства состоит из поведения этого государства при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или других функций.

Комментарий

1) Несмотря на то, что в своих международных отношениях государства чаще всего действуют через органы исполнительной власти, проект вывода 5 поясняет, что государственная практика включает любое поведение государства независимо от затронутой ветви власти и соответствующих функций. В соответствии с принципом единства государства это включает поведение любого органа государства, входящего в его систему и действующего в этом качестве, в порядке осуществления исполнительных, законодательных, судебных или «других» функций, таких как коммерческая деятельность или административное руководство частным сектором.

2) Для того чтобы считаться практикой государства, соответствующее поведение должно «исходить от государства». Поведение любого органа государства следует рассматривать как поведение этого государства независимо от того, осуществляет ли этот орган законодательные, исполнительные, судебные или какие-либо иные функции независимо от положения, которое он занимает в системе государства, и независимо от того, является ли он органом центрального правительства или территориальным подразделением государства. Орган включает любое лицо или любое образование, которое имеет такой статус в соответствии с внутренним правом соответствующего государства; поведение лица или образования, иным образом уполномоченного правом этого государства осуществлять элементы правительственной власти, также является поведением, «исходящим от государства», при условии, что в данном случае это лицо или образование действует в этом качестве⁶⁹⁹.

3) Релевантная практика государств не ограничивается поведением по отношению к другим государствам или другим субъектам международного права; поведение в рамках государства, такое как обращение государства с его собственными гражданами, может также относиться к вопросам международного права.

4) Практика государств может быть практикой одного государства или двух или более государств, действующих сообща. Примеры практики второго вида могут включать совместные действия ряда государств, осуществляющих патрулирование в целях борьбы с пиратством в открытом море или сотрудничество в запуске спутника

⁶⁹⁷ См., например, *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 683 выше), at pp. 265–266, para. 141.

⁶⁹⁸ Это не наносит ущерба значимости действий МККК при осуществлении конкретных функций, возложенных на него, в частности в соответствии с Женевскими конвенциями о защите жертв войны от 12 августа 1949 года.

⁶⁹⁹ См. статьи 4 и 5 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года, приложение. Принятые Комиссией проекты статей и комментарии к ним см. *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, pp. 76–77.

на орбиту. Такие совместные действия следует отличать от действий международных организаций⁷⁰⁰.

5) Для того чтобы внести свой вклад в формирование и выявление норм обычного международного права, практика должна быть известной другим государствам (вне зависимости от того, является ли она общедоступной)⁷⁰¹. Действительно, трудно представить, каким образом конфиденциальный характер поведения какого-либо государства мог бы служить такой цели, если только и до тех пор, пока он не стал известен другим государствам.

Вывод 6

Формы практики

1. Практика может принимать самые различные формы. Она включает в себя как материальные, так и вербальные акты. При определенных обстоятельствах она может включать в себя бездействие.

2. Формы практики государств включают в себя, не ограничиваясь только этим: дипломатические акты и дипломатическую переписку; поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции; поведение в связи с договорами; поведение исполнительной власти, включая практическое поведение «на земле»; законодательные и административные акты; и решения национальных судов.

3. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.

Комментарий

1) В проекте вывода 6 указываются формы поведения, которые охватываются термином «практика», с приведением их примеров и указанием, что никакая форма практики не имеет а priori примата над другой при выявлении обычного международного права. В нем делается ссылка на формы практики как эмпирически поддающиеся проверке факты и не проводится различия, для настоящих целей, между актом и его доказательством.

2) С учетом того что государства осуществляют свои полномочия различными способами, не ограничиваясь лишь узким набором действий, пункт 1 предусматривает, что практика может принимать самые различные формы. Хотя некоторые утверждают, что практикой для целей выявления норм обычного международного права может считаться лишь то, что государства «делают», а не «говорят», в настоящее время общепризнанно, что словесные действия (вне зависимости от того, письменные они или устные) могут также считаться практикой; действительно, иногда практика может состоять исключительно из вербальных актов, например дипломатических протестов.

3) Далее в пункте 1 ясно говорится о том, что бездействие может считаться практикой. При этом слова «при определенных обстоятельствах» призваны предупредить, что только преднамеренный отказ действовать может выполнять такую роль: соответствующее государство должно отдавать себе отчет относительно отказа действовать в конкретной ситуации, и нельзя исходить из простого предположения, что отказ действовать является намеренным. Примеры такого бездействия (которое иногда называется «негативная практика») могут включать отказ от возбуждения уголовного дела против иностранных государственных должностных лиц;

⁷⁰⁰ См. также пункт 2 проекта вывода 4 выше и сопровождающий его комментарий.

⁷⁰¹ Или, в случае партикулярного обычного международного права, практика должна быть известна по крайней мере еще одному заинтересованному государству или группе государств (см. проект вывода 16 ниже).

воздержания от осуществления защиты некоторых натурализованных лиц; а также воздержание от применения силы⁷⁰².

4) В пункте 2 содержится перечень форм практики, которые зачастую оказываются полезными для выявления обычного международного права. Как подчеркивают слова «не ограничиваясь только этим», этот перечень не является исчерпывающим: с учетом неизбежности и темпов изменений, как политических, так и технологических, было бы непрактично составлять исчерпывающий перечень всех форм, которые может принимать практика⁷⁰³. Перечисленные формы практики являются лишь примерами, которые, кроме того, могут пересекаться (например, «дипломатические акты и корреспонденция» и «поведение исполнительной власти»).

5) Порядок, в котором формы практики перечислены в пункте 2, не претендует на значимость. Каждую из перечисленных форм следует толковать широко, с тем чтобы отразить многочисленные и разнообразные способы, с помощью которых государства действуют и реагируют. Например, выражение «поведение исполнительной власти» относится всеобъемлющим образом к любой форме действий исполнительной власти, в том числе указам исполнительной власти, постановлениям и другим мерам; официальным заявлениям на международном уровне или перед законодательным органом; а также к искам в национальных или международных судах и трибуналах. Выражение «законодательные и административные акты» аналогичным образом охватывает различные формы подзаконных актов, издаваемых органом государственной власти. Понятие «практическое поведение "на земле"» включает в себя правоприменение и конфискацию собственности, а также действия на поле боя или другую военную деятельность, такую как перемещение войск или судов или развертывание определенных видов оружия. Слова «поведение в связи с договорами» охватывают действия, касающиеся проведения переговоров и заключения договоров, а также их осуществления; путем заключения договора то или иное государство может принимать участие в практике в области, к которой относится соответствующий договор, такой как соглашения о делимитации морских границ или соглашения с принимающими странами. Ссылка на «поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции», также включает в себя действия государств, относящиеся к обсуждению, принятию и осуществлению резолюций, решений и других актов, принятых в международных организациях или на межправительственных конференциях независимо от их наименования, а также независимо от того, являются ли они юридически обязательными. Реальная значимость каких-либо из этих примеров форм практики для того или иного конкретного случая будет зависеть от конкретной нормы, находящейся на рассмотрении, и всех соответствующих обстоятельств⁷⁰⁴.

6) Решения национальных судов на всех уровнях могут считаться практикой государств⁷⁰⁵ (хотя и весьма вероятно, что больший вес будет придан решениям судов более высокой инстанции); решения, которые были отменены по какому-либо конкретному основанию, как правило, не считаются значимыми. Роль решений национальных судов в качестве формы практики государств следует отличать от их

⁷⁰² В качестве примеров см. *The Case of the S.S. «Lotus»* (см. сноску 687 выше), at p. 28; *Nottebohm Case (second phase), Judgment of 6 April, 1955, I.C.J. Reports 1955*, p. 4, at p. 22; и *Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at pp. 134–135, para. 77.

⁷⁰³ См. также «Способы и средства, при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права, стали бы более доступными», *Ежегодник... 1950 год*, т. II (часть вторая), с. 368 англ. текста, п. 31; и документ A/CN.4/710: «Пути и средства обеспечения большей доступности доказательств международного обычного права: меморандум секретариата» (2018 год).

⁷⁰⁴ См. пункт 3) комментария к проекту вывода 3 выше.

⁷⁰⁵ См., например, *Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at pp. 131–135, paras. 72–77; и *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 24, para. 58. Термин «национальные суды» может также включать суды с международным элементом, действующие в рамках одной или нескольких национальных правовых систем, такие как суды или трибуналы смешанного состава на национальном и международном уровнях.

потенциальной роли в качестве «вспомогательного средства» для определения норм обычного международного права⁷⁰⁶.

7) Пункт 2 применяется *mutatis mutandis* к формам практики международных организаций в тех случаях, когда в соответствии с пунктом 2 проекта вывода 4 выше такая практика способствует формированию или выражению норм обычного международного права.

8) В пункте 3 поясняется, что никакая форма практики не имеет более высокой доказательной ценности, чем другие, в абстрактном плане. Но в отдельных случаях, как разъясняется в комментариях к проектам выводов 3 и 7 выше, различным формам (или проявлениям) практики, возможно, должен придаваться различный вес при их контекстуальной оценке.

Вывод 7

Оценка практики государства

1. Следует учитывать всю доступную практику конкретного государства, которую следует оценивать в совокупности.
2. В тех случаях, когда практика конкретного государства различна, такой практике может в зависимости от обстоятельств придаваться меньший вес.

Комментарий

1) Проект вывода 7 касается оценки практики конкретного государства, с тем чтобы определить позицию государства в рамках оценки существования всеобщей практики (которая является предметом проекта вывода 8 ниже). Как ясно из двух пунктов проекта вывода 7, необходимо учитывать и оценивать в целом всю доступную практику соответствующего государства по соответствующему вопросу, включая ее последовательность.

2) Пункт 1 гласит, что, во-первых, в стремлении определить позицию конкретного государства по соответствующему вопросу следует учитывать всю доступную практику этого государства. Это означает, что рассматриваемая практика должна носить исчерпывающий характер (принимая во внимание ее доступность) и включать релевантную практику всех государственных органов и всю релевантную практику конкретного органа. В этом пункте также ясно говорится о том, что релевантная практика должна рассматриваться не изолированно, а в совокупности; и только после этого можно определять фактическую позицию государства.

3) Примером необходимости проведения оценки доступной практики «в совокупности» служит дело *О юрисдикционных иммунитетах государства*, где Международный Суд принял к сведению тот факт, что, в то время как Эллинский верховный суд постановил по одному из дел, что в соответствии с «территориальным принципом гражданского правонарушения» государственный иммунитет согласно обычному международному праву не распространяется на действия вооруженных сил во время вооруженного конфликта, Греческий специальный верховный суд занял иную позицию; как и правительство Греции, отказавшееся осуществить решение Эллинского верховного суда и отстаивавшее эту позицию в Европейском суде по правам человека; и сам Эллинский верховный суд в более позднем решении. Оценка такой практики «в совокупности» привела Суд к выводу, «что государственная практика Греции, рассматриваемая в совокупности, фактически опровергает, а не подтверждает довод Италии» о том, что государственный иммунитет согласно

⁷⁰⁶ См. проект вывода 13, пункт 2 ниже. Решения национальных судов могут также служить свидетельством признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*), в связи с чем см. проект вывода 10, пункт 2, ниже.

обычному международному праву не распространяется на действия вооруженных сил во время вооруженного конфликта⁷⁰⁷.

4) Пункт 2 прямо ссылается на ситуации, где имеется или предположительно имеется противоречивая практика конкретного государства. Как показано выше, это может иметь место в тех случаях, когда различные органы или ветви власти какого-либо государства придерживаются различной политики по одному и тому же вопросу или когда практика определенного органа меняется с течением времени. Если в подобных обстоятельствах практика государства в целом признается непоследовательной, вклад этого государства во «всеобщую практику» может быть сокращен.

5) Слова «может в зависимости от обстоятельств» в пункте 2 означают, что к такой оценке необходимо подходить с осторожностью и что из этого не следует, что во всех случаях будет непременно сделан один и тот же вывод. В деле *О рыболовстве*, например, Международный Суд постановил, что «не следует придавать слишком большого значения немногочисленным двусмысленностям и противоречиям, будь то реальным или кажущимся, в норвежской практике. Их можно легко понять, учитывая разнообразие фактов и условий, имевших место в течение длительного времени»⁷⁰⁸. Так, различия в практике нижестоящих и вышестоящих органов одного и того же государства вряд ли приведут к тому, что практике вышестоящего органа будет придаваться меньший вес. Практика органов центрального правительства, как правило, будет более значимой, чем практика составных частей федеративного государства или политических подразделений соответствующего государства. Практика исполнительной власти зачастую является наиболее релевантной в международном плане и, таким образом, имеет особое значение в связи с выявлением норм обычного международного права, хотя, возможно, необходимо принимать во внимание конституционное положение различных органов, о которых идет речь⁷⁰⁹.

Вывод 8

Практика должна быть всеобщей

1. Соответствующая практика должна быть всеобщей в том смысле, что она должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна, а также последовательна.
2. При условии, что практика является всеобщей, какой-либо конкретной продолжительности не требуется.

Комментарий

1) Проект вывода 8 касается требования о том, что практика должна быть всеобщей; в нем делается попытка определить суть этого требования и установить, какую аналитическую работу необходимо провести для проверки соответствия данному требованию в каком-либо конкретном случае.

2) В пункте 1 поясняется, что понятие всеобщности, отсылающее к совокупности примеров соблюдения предположительно существующей нормы обычного международного права, содержит в себе два требования. Во-первых, такая практика должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна. Во-вторых, такая практика должна быть последовательна. Как заявил Международный Суд в делах *О континентальном шельфе Северного моря*, такая практика должна быть

⁷⁰⁷ *Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноски 672 выше), at p. 134, para. 76, and p. 136, para. 83. См. также *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (сноска 663 выше), at p. 98, para. 186.

⁷⁰⁸ *Fisheries case, Judgment of 18 December 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 138.

⁷⁰⁹ См., например, *Jurisdictional Immunities of the State* (сноска 672 выше), at p. 136, para. 83 (где Суд отметил, что, «согласно греческому законодательству», мнение, выраженное Специальным верховным судом, превалирует над мнением Эллинского верховного суда).

«одновременно обширной и практически единообразной»⁷¹⁰: это должна быть «установившаяся практика»⁷¹¹. Как разъясняется ниже, ни для одного из этих требований нельзя установить абсолютный стандарт; пороговый уровень, которого необходимо достигнуть в целях соблюдения каждого требования, должен оцениваться с учетом контекста⁷¹². Вместе с тем в каждом случае эта практика должна носить такой характер, который отличается практически единообразным применением. Противоречивую или непоследовательную практику следует принимать во внимание при оценке того, можно ли сделать подобный вывод⁷¹³.

3) Требование о том, чтобы практика была «широко распространена и репрезентативна», не поддается точным формулировкам, поскольку от случая к случаю обстоятельства могут значительно различаться (например, частота возникновения обстоятельств, требующих каких-либо действий)⁷¹⁴. Например, в случае дипломатических отношений, которые регулярно поддерживаются всеми государствами, такая практика может иметь широкое применение, в то время как в отношении некоторых других вопросов объем практики вполне может быть меньшим. Это отражается словом «достаточно», которое подразумевает, что необходимое число и распределение государств, следующих соответствующей практике (например, число практических примеров), нельзя определить абстрактно. Однако ясно, что всеобщего участия не требуется: продемонстрировать факт следования такой практике всеми государствами нет необходимости. В число следующих практик государств следует включать те государства, которым представился случай или возможность применить предположительно существующую норму⁷¹⁵. Важно, чтобы такие государства были репрезентативны, что необходимо оценивать в свете всех обстоятельств, включая различные интересы и/или различные географические регионы.

4) Таким образом, при оценке всеобщности следует учитывать такой необходимый фактор, как степень, в которой те государства, которые особо активно занимаются соответствующей деятельностью, или те, которых с наибольшей вероятностью затронет предположительно существующая норма («особо затрагиваемые государства»), принимали участие в практике⁷¹⁶. В то время как во многих случаях все или практически все государства оказываются затронуты в одинаковой степени, совершенно очевидно, что было бы нецелесообразно выявлять, например, существование и содержание нормы обычного международного права о

⁷¹⁰ *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 43, para. 74. Для описания требования всеобщности используется широкий набор терминов, в том числе Международным Судом, без каких бы то ни было смысловых различий между ними.

⁷¹¹ *Ibid.*, at p. 44, para. 77.

⁷¹² См. также проект вывода 3 выше.

⁷¹³ Отклонения от предположительно существующей нормы могут свидетельствовать о том, что нормы не существует, или указывать в том числе на появившееся допустимое исключение обычно-правового характера; изменение прежней нормы; норму партикулярного обычного международного права; существование одного или нескольких настойчиво возражающих государств. Также может быть уместно посмотреть, когда именно имела место непоследовательная практика, в особенности проверить, не относится ли она к прошлому, после чего она стала последовательной.

⁷¹⁴ См. также решение Федерального суда Австралии от 4 февраля 2016 года в деле *Ure v. The Commonwealth of Australia* [2016] FCAFC 8, para. 37 («Мы не можем со всей ответственностью заявить, что невозможно доказать существование нормы международного обычного [права] на основе малого числа примеров практики государств. Мы с большей готовностью согласились бы с менее категоричным утверждением о том, что по мере уменьшения числа примеров практики государств эта задача усложняется»).

⁷¹⁵ Таким образом, относительно небольшого числа государств, следующих той или иной практике, может в случае необходимости оказаться достаточно для того, чтобы такая практика, а также ответное бездействие других государств, всеобщее признавались в качестве правой нормы (в сопровождении *opinio juris*).

⁷¹⁶ Международный Суд заявил, что «необходимое условие будет заключаться в том, что в течение данного периода, сколь кратким бы он ни был, государственная практика, в том числе практика государств, интересы которых затронуты в особенности, должна была быть как обширной, так и практически единообразной», *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 43, para. 74.

навигации в морских зонах без учета практики соответствующих прибрежных государств и государств флага, или существование и содержание нормы об иностранных инвестициях без оценки практики государств-экспортеров капитала и государств, в которые направляются эти инвестиции. При этом необходимо ясно отдавать себе отчет в том, что термин «особо затрагиваемые государства» не должен пониматься как относящийся к относительной мощи государств.

5) Требование о последовательности практики указывает на невозможность говорить о существовании какой-либо всеобщей практики (и, следовательно, соответствующей нормы обычного международного права), если действия в этой сфере настолько различаются, что из них нельзя вывести какую-либо устойчивую модель поведения. Например, в деле *О рыболовстве* Международный Суд постановил, что, «хотя норма о десяти милях была принята некоторыми государствами... другие государства установили иную границу. Соответственно, норма о десяти милях не приобрела статуса общей нормы международного права»⁷¹⁷.

6) Разумеется, проводя анализ практики на предмет того, является ли она последовательной, важно рассматривать действительно сопоставимые примеры поведения, т. е. такие, в которых возникли одинаковые или схожие вопросы, чтобы такие примеры могли действительно служить надежным ориентиром. В деле *О судне «Лотос»* Постоянная палата международного правосудия сослалась на «прецеденты, имеющие близкое сходство с рассматриваемым делом, поскольку только прецеденты такого характера могут свидетельствовать о существовании общего принципа [международного обычного права], применимого к конкретному делу»⁷¹⁸.

7) В то же время полной последовательности практики государств не требуется. Соответствующая практика должна быть практически или в существенной степени единообразна; это означает, что некоторые несоответствия и противоречия не обязательно исключают возможность вывода о существовании «всеобщей практики». В деле *О военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа* Международный Суд постановил:

«Нельзя ожидать, что в практике государств применение норм, о которых идет речь, должно быть идеальным... Суд не считает, что для установления обычной нормы соответствующая практика должна абсолютно точно соответствовать этой норме. Суд считает, что для установления существования норм обычного права достаточно, чтобы поведение государств в целом соответствовало таким нормам»⁷¹⁹.

8) Если несоответствие принимает форму нарушения нормы, то и это не обязательно препятствует установлению факта существования общей практики. Это

⁷¹⁷ *Fisheries case* (см. сноску 708 выше), at p. 131. Одна из камер Суда в деле *О заливе Мэн* постановила, что в тех случаях, когда практика показывает, что «в конечном итоге каждый конкретный случай отличается от всех других... это исключает возможность возникновения условий, которые необходимы для формирования принципов и норм обычного права» (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (см. сноску 668 выше), at p. 290, para. 81). См. также, например, *Colombian-Peruvian asylum case* (сноска 674 выше), at p. 277 («Факты, приведенные в суде, свидетельствуют о такой неопределенности и противоречивости, о таких колебаниях и расхождениях в осуществлении дипломатического убежища... что невозможно во всем этом усмотреть какое-либо постоянное и единообразное обычное поведение... в отношении предположительно существующей нормы об односторонней и окончательной квалификации правонарушения»); и *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy*, Advisory Opinion of 17 July 1965, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards* (UNRIAA), vol. XVI (Sales № E/F.69.V.1), pp. 75–108, at p. 100 («Верно, что только постоянная практика, наблюдаемая де-факто и без каких-либо изменений, может представлять собой норму международного обычного права»).

⁷¹⁸ *The Case of the S.S. «Lotus»* (см. ссылку 687 выше), at p. 21. См. также *North Sea Continental Shelf* (ссылка 671 выше), at p. 45, para. 79; и *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa, Case № SCSL-04-14-A, Judgment (Appeals Chamber) of 28 May 2008*, Special Court for Sierra Leone, para. 406.

⁷¹⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 98, para. 186.

особенно справедливо, когда соответствующее государство отрицает нарушение или выражает поддержку этой нормы. Как отметил Международный Суд:

«Случаи несоответствия поведения государств определенной норме в целом следует рассматривать как нарушение этой нормы, а не как знак признания новой нормы. Если государство действует таким образом, который *prima facie* несовместим с признанной нормой, но при этом защищает свое поведение ссылками на исключения или предлоги для ее несоблюдения, содержащиеся в самой этой норме, то вне зависимости от фактической оправданности такого поведения государства на этом основании такой подход скорее подтверждает, чем ослабляет данную норму»⁷²⁰.

9) В пункте 2 содержится ссылка на временное измерение и разъясняется, что сравнительно небольшой период следования какой-либо всеобщей практике сам по себе не препятствует установлению существования нормы обычного международного права. Хотя за большой период времени практика может стать более широкой, следование всеобщей практике с незапамятных времен или же в течение значительного либо фиксированного срока не является обязательным условием существования обычной нормы⁷²¹. Международный Суд подтвердил это в делах *О континентальном шельфе Северного моря*, когда он установил, что «краткость прошедшего срока не является обязательно или сама по себе не является препятствием к образованию новой нормы обычного международного права»⁷²². Однако этот пассаж ясно указывает на необходимость истечения некоторого периода времени, для того чтобы могла сложиться всеобщая практика; такого явления, как «моментальный обычай», не существует.

Часть четвертая

Признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*)

Чтобы выявить норму обычного международного права, недостаточно только лишь установить, что некоторая практика последовательно соблюдается достаточно широким и репрезентативным числом государств. Часть четвертая касается второго конститутивного элемента обычного международного права, который иногда именуют «субъективной» или «психологической» составляющей, согласно которому в каждом случае необходимо также удостовериться в том, что государства признают обязательность данной практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

Вывод 9

Требование признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*)

1. Требование признания всеобщей практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*), как конститутивный элемент обычного международного права, означает, что такая практика должна быть принята с осознанием юридического права или юридического обязательства.

2. Всеобщую практику, признаваемую в качестве правовой нормы (*opinio juris*), следует отличать от простого обыкновения или простой привычки.

Комментарий

1) Цель проекта вывода 9 заключается в определении характера и функции второй составляющей обычного международного права – признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

⁷²⁰ Там же. См. также, например, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (сноска 675 выше), para. 51. То же самое справедливо для оценки конкретной практики государства: см. проект вывода 7 выше.

⁷²¹ В таких областях, как, например, международное космическое право или морское право, развитие обычного международного права иногда происходило быстро.

⁷²² *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 43, para. 74.

2) В пункте 1 поясняется, что признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*), как конститутивный элемент обычного международного права, касается требования, согласно которому соответствующая практика должна осуществляться с осознанием юридического права или юридического обязательства, т. е. должна подкрепляться убеждением в том, что она допускается, требуется или запрещается обычным международным правом⁷²³. В каждом случае необходимо устанавливать, что государства действовали определенным образом, поскольку они исходили из мнения или убеждения, что на них лежит юридическая обязанность или они обладают юридическим правом так действовать в силу нормы обычного международного права: они должны были проводить эту практику исходя из того, что они имеют на это право, или подчиниться ей как обязательству. Как подчеркнул Международный Суд в решении по делу *О континентальном шельфе Северного моря*:

«Соответствующие деяния должны не только отражать установившуюся практику, но и быть такими или осуществляться таким образом, чтобы это свидетельствовало об убежденности в том, что эта практика стала обязательной в результате существования нормы права, предписывающей ей следовать. Необходимость наличия такой убежденности, т. е. наличия субъективного элемента, заложена в самом понятии *opinio juris sive necessitatis*. Следовательно, затрагиваемые государства должны считать, что действуют с соблюдением правового обязательства»⁷²⁴.

3) Признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*) следует отличать от других, внеправовых мотивов действий, включая вежливость, политическую целесообразность или расчет; если практика, о которой идет речь, мотивирована только такими иными соображениями, норма обычного международного права здесь выявлена быть не может. Так, в деле *Об убежище* Международный Суд отказался признать существование нормы обычного международного права в тех случаях, когда не было доказано, что предполагаемые примеры практики, в частности:

«демонстрировались государствами, предоставляющими убежище, как принадлежащее им право и уважались территориальными государствами как лежащая на них обязанность, а не просто по причине политической целесообразности. Судя по всему, именно расчет или политическая целесообразность были причинами, побуждавшими территориальное государство признать убежище, и это решение не было продиктовано как бы то ни было ощущением наличия такого юридического обязательства»⁷²⁵.

⁷²³ Хотя признание определенной практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*) часто описывается с точки зрения «осознания юридической обязанности», в проекте вывода 9 используется более широкая формулировка «с осознанием юридического права или юридического обязательства», поскольку по обычному международному праву у государств имеются как права, так и обязательства, и они могут действовать, исходя из убежденности в том, что они имеют право или обязательство. Проект вывода не свидетельствует о том, что в случаях отсутствия запрета государству необходимо указывать на то или иное право для обоснования своих действий.

⁷²⁴ *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 44, para. 77; см. также para. 76 (в котором содержится упоминание об условии, согласно которому государства должны «исходить из убеждения, что они применяют императивную норму обычного международного права»). Суд также напомнил, среди прочего, о «практике, свидетельствующей об убежденности в существовании своего рода общего правомочия государств» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 108, para. 206).

⁷²⁵ *Colombian-Peruvian asylum case* (см. сноску 674 выше), at pp. 277 and 286. См. также *Case of the S.S. «Lotus»* (сноска 687 выше), at p. 28 («Даже если бы тех немногих опубликованных судебных решений было достаточно, чтобы доказать наличие предполагаемого обстоятельства как вопрос факта... это свидетельствовало бы лишь о том, что в своей практике государства нередко воздерживались от возбуждения уголовных дел, а не о признании ими своей обязанности так поступать; ведь говорить о международном обычае можно было бы только в том случае, если такое воздержание основывалось бы на осознании ими своей обязанности воздержаться. Предполагаемый факт не позволяет сделать вывод о том, что государства осознают наличие такой обязанности; с другой стороны... существуют иные обстоятельства,

4) Стремление соблюсти договорное обязательство как договорное обязательство, подобно стремлению соблюдать внутреннее законодательство, не является признанием в качестве правовой нормы для цели выявления норм обычного международного права: практика, которой следуют с таким намерением, сама по себе не позволяет сделать вывод о существовании нормы международного обычного права⁷²⁶. Государство может вполне признавать себя связанным неким обязательством как в силу обычного международного права, так и в силу договора, однако это еще требуется доказать. С другой стороны, когда государства действуют в соответствии с тем или иным положением договора, не являющимся для них обязательным, или опираются на договорные положения в отношениях с государствами, не являющимися участниками такого договора, то при отсутствии каких-либо разъяснений об обратном это может свидетельствовать о признании в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

5) Признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*) следует искать как со стороны государств, следующих соответствующей практике, так и со стороны тех, кто имеет возможность реагировать на нее, в отношении кого необходимо показать, что они трактуют эту практику как соответствующую обычному международному праву⁷²⁷. В констатации принятия (признания в качестве правовой нормы) предполагаемой нормы как нормы обычного международного права всеми государствами нет необходимости; требуется широкое и представительное признание при отсутствии возражений или лишь при незначительных возражениях⁷²⁸.

6) В пункте 2 подчеркивается, что без признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) всеобщую практику нельзя считать порождающей или отражающей обычное международное право; это будет представлять собой лишь обыкновение или привычку. Иными словами, практика, которую государства, по их мнению, с точки зрения права могут соблюдать или не соблюдать по собственному выбору, не формирует и не отражает обычное международное право (если сама выявляемая норма не предусматривает возможность такого выбора)⁷²⁹. Не все систематически наблюдаемые примеры международного поведения имеют правовое значение:

которые должны показать, что верно обратное»); и *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at pp. 108–110, paras. 206–209.

⁷²⁶ См., например, *North Sea Continental Shelf* (сноска 671 выше), at p. 43, para. 76. Особая трудность в связи с этим может возникнуть при попытке установить существование нормы обычного международного права в случаях практически универсального участия в каком-либо договоре, который не носит декларативного характера.

⁷²⁷ См. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (сноска 663 выше), at p. 109, para. 207 («Поведение государств, предпринимающих такие действия, или других государств, имеющих возможность реагировать на них, должно было быть таково, чтобы «свидетельствовать об убежденности в обязательности такой практики ввиду существования нормы права, предписывающей ей следовать» (цитата из решения по делу *О континентальном шельфе Северного моря*).

⁷²⁸ Таким образом, в случае если мнения «членов международного сообщества сильно расходятся» в вопросе о том, сопровождается ли та или иная практика признанием в качестве правовой нормы (*opinio juris*), констатировать признание в качестве правовой нормы не представляется возможным: см. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 675 выше), at p. 254, para. 67.

⁷²⁹ В деле *О праве прохода* Международный Суд отметил в отношении прохода вооруженных сил и вооруженной полиции следующее: «Практика неопровержимо показывает, что территориальный суверен может по своему усмотрению давать разрешение или отказывать в нем. Утверждается, что разрешение выдавалось во всех случаях, однако это никак не влияет на правовую позицию. Ничто в данном деле не указывает на то, что Британия или Индия были непременно должны дать такое разрешение в силу обязательства» (*Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (см. сноску 675 выше), at pp. 42–43). В деле *О юрисдикционных иммунитетах государства* Международный Суд, пытаясь определить содержание нормы обычного международного права, аналогичным образом установил, что, «хотя действительно случается, что иногда государства решают предоставить более широкий, чем этого требует международное право, иммунитет, для настоящих целей важно учесть, что предоставление иммунитета в таком случае не сопровождается необходимым *opinio juris* и, соответственно, не проливает света на вопрос, который в настоящее время находится на рассмотрении Суда» (*Jurisdictional Immunities of the State* (см. сноску 672 выше), at p. 123, para. 55).

например, такие дипломатические почести, как разворачивание красной ковровой дорожки на церемонии встречи глав государств, не рассматриваются как обязанность в силу права и, таким образом, не могут порождать какого-либо юридического обязательства или права действовать соответствующим образом или подтверждать существование таких обязательства или права⁷³⁰.

Вывод 10

Формы свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris)

1. Свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) могут принимать самые различные формы.
2. Формы свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris) включают в себя, не ограничиваясь только этим: публичные заявления, сделанные от имени государств; официальные публикации; правительственные юридические заключения; дипломатическая переписка; решения национальных судов; договорные положения; а также поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции.
3. Отсутствие реакции в течение какого-то времени на практику может служить свидетельством признания в качестве правовой нормы (opinio juris), при условии что государства имели возможность реагировать, а обстоятельства требовали реакции.

Комментарий

1) Проект вывода 10 касается свидетельств, на основании которых может быть установлено признание той или иной практики в качестве правовой нормы (opinio juris). Он отражает тот факт, что о признании в качестве правовой нормы могут свидетельствовать различные проявления поведения государств, которые должны быть тщательным образом изучены, чтобы определить, насколько в том или ином конкретном деле они фактически отражают взгляды государства на нынешнее состояние обычного международного права.

2) В пункте 1 излагается общее положение о том, что признание в качестве правовой нормы (opinio juris) может принимать самые различные формы. Государства могут выразить свое признание (или отказ от признания) существования нормы обычного международного права многими способами. Поведение, свидетельствующее о признании предположительно существующей нормы в качестве нормы права, как это будет показано в следующем пункте, может выражаться в форме как заявлений, так и физических действий (а также бездействия), имеющих отношение к соответствующей практике.

3) В пункте 2 приводится неисчерпывающий перечень форм свидетельства признания в качестве правовой нормы (opinio juris), в том числе наиболее распространенных из них⁷³¹. Такие формы свидетельства могут также указывать на отсутствие признания в качестве правовой нормы. Между формами свидетельства признания в качестве правовой нормы и формами практики государств имеются некоторые точки соприкосновения, о которых говорится в пункте 2 проекта вывода 6 выше⁷³²; в какой-то мере это отражает тот факт, что в некоторых случаях оба эти элемента могут быть обнаружены на примере одного и того же материала (но даже в

⁷³⁰ Международный Суд отметил, что действительно «есть множество международных действий, например в области церемониала и протокола, которые совершаются почти всегда, но лишь из соображений вежливости, любезности или традиции, а не из какого бы то ни было чувства правовой обязанности» (*North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 44, para. 77).

⁷³¹ См. также документ [A/CN.4/710](#): «Пути и средства обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права: меморандум секретариата» (2018 год).

⁷³² Существуют также различия между перечнями, поскольку они призваны указать на основные примеры соответствующего конститутивного элемента.

этом случае их выявление требует отдельного анализа каждого примера)⁷³³. В любом случае заявления с большей вероятностью воплощают в себе правосознание государства и зачастую с большими основаниями могут считаться выражением признания в качестве правовой нормы (или, напротив, отказа от признания), чем примеры из практики.

4) Среди форм свидетельства признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) прямое публичное заявление от имени государства, что данная практика допускается, запрещается или предусматривается обычным международным правом, является самым ясным указанием на то, что это государство избегает или следует такой практике (или же признает, что ей по праву следуют или избегают следовать другие) исходя из осознания своего юридического права или обязательства. Схожим образом последствия практики, соответствующей предположительно существующей норме, могут становиться недействительными вследствие одновременных с ней заявлений о том, что такой нормы не существует⁷³⁴. В любом случае такие заявления могут делаться, например: в ходе многосторонних переговоров; при внесении законопроектов на рассмотрение законодательного органа; в письменных и устных заявлениях в судах и трибуналах; в протестах, в которых действия других государств характеризуются как противоправные; в ответ на предложения о кодификации. Они могут делаться в индивидуальном порядке или совместно с другими.

5) Другие формы свидетельства, перечисленные в пункте 2, также могут быть большим подспорьем при выяснении правовой позиции государств в отношении некоторых видов практики. В частности, понятие «официальные публикации» охватывает документы, опубликованные от имени государства, такие как военные наставления и официальные карты, в которых может быть обнаружено признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*). Кроме того, пролить свет на правовую позицию государства могут опубликованные заключения государственных юристов, если, конечно, государство не отказалось следовать их рекомендациям. Дипломатическая переписка может включать в себя, в частности, циркулярные письма в дипломатические представительства, например по вопросам о привилегиях и иммунитетах. Национальное законодательство, хотя оно по большей части и является продуктом политических решений, может стать ценным свидетельством признания в качестве правовой нормы, особенно если в нем особо оговаривается (например, в связи с принятием законодательства), что оно основано на обычном международном праве или вводит его в действие. Подобные заявления могут содержаться и в решениях национальных судов, излагающих свое мнение по вопросам международного права.

6) Многосторонние переговорные и дипломатические процессы могут послужить источником ценных и доступных свидетельств правоощущения государств в отношении содержания обычного международного права, что объясняет отсылку к «договорным положениям» и «поведению в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции». Потенциальный интерес их использования для выявления норм обычного международного права более подробно рассматривается в проектах выводов 11 и 12 ниже.

7) Пункт 2 применяется *mutatis mutandis* к формам свидетельства признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) международных организаций.

8) В пункте 3 предусматривается, что при определенных условиях отсутствие реакции государств в течение разумного периода времени может также, если использовать формулировку Международного Суда в деле *О рыболовстве*, «[быть] свидетельствами того факта, что они не считали [определенную практику, которой следовали другие,] противоречащей международному праву»⁷³⁵. Терпимое отношение

⁷³³ См. пункт 2 проекта вывода 3 выше.

⁷³⁴ Иногда само практическое действие сопровождается прямым отрицанием правового обязательства, например когда государства выплачивают компенсацию *ex gratia* за ущерб, нанесенный иностранному дипломатическому имуществу.

⁷³⁵ *Fisheries case* (см. сноску 708 выше), at p. 139. См. также *Case of the S.S. «Lotus»* (сноска 687 выше), at p. 29 («Суд считает себя обязанным подчеркнуть тот факт, что затрагиваемые

к определенной практике также может служить свидетельством признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*), когда оно последовательно встречается в примерах такой практики. Однако, для того чтобы отсутствие прямых возражений или протеста имело подобную доказательную ценность, в контексте обстоятельств каждого дела должны быть выполнены два требования, которые позволят убедиться в том, что подобное бездействие не вытекает из причин, не имеющих отношения к правомерности данной практики⁷³⁶. Во-первых, реакция на такую практику должна быть ожидаемой⁷³⁷: например, это может относиться к случаям, когда практика затрагивает – как правило, неблагоприятным образом – интересы или права государства, которое бездействует или отказывается на нее реагировать⁷³⁸. Во-вторых, упоминание государства, которое «имело возможность реагировать», означает, что соответствующему государству должно было быть известно о данной практике (что охватывает также такие обстоятельства, когда вследствие обнаружения этой практики следует исходить из того, что она была известна государству) и что оно должно было иметь достаточно времени для действий и возможность действовать. В случае если государству не было известно об определенной практике или если нельзя было ожидать, что ему о ней известно, или же если у него еще не было достаточно времени для реакции, то бездействие не может быть отнесено на счет признания обоснованности (или разрешения) такой практики в силу обычного международного права. Государство может также предоставлять другие разъяснения в отношении своего бездействия.

Часть пятая

Значение некоторых материалов для выявления обычного международного права

Комментарий

1) В процессе определения существования и содержания норм обычного международного права помимо первичных свидетельств предполагаемых примеров практики, признанной в качестве правовой нормы (подкрепляемой *opinio juris*), могут использоваться различные материалы. К таким материалам обычно относятся письменные тексты, касающиеся правовых вопросов, в частности договоры,

государства, по-видимому, не возражали против рассмотрения уголовных дел о столкновениях в судебных органах стран, отличающихся от государств флага, и не подавали протестов на этот счет: как представляется, такое их поведение не отличается существенным образом от их поведения во всех случаях юрисдикционных коллизий. Это напрямую опровергает существование молчаливого согласия государств на исключительную юрисдикцию государства флага, вывод о котором представитель французского правительства посчитал возможным сделать на том основании, что вопросы о юрисдикции в уголовных судах рассматриваются нечасто. Отсутствие протестов против осуществления уголовной юрисдикции итальянскими и бельгийскими судами со стороны французского правительства в деле *Ortigia-Onclé-Joseph* и правительства Германии в деле *Ekbatana-West-Hinder*, если бы они действительно считали, что речь идет о нарушении международного права, представляется крайне маловероятным и шло бы вразрез с международной практикой); а также *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición, Case № 16.063/94, Judgment of 2 November 1995, Supreme Court of Justice of Argentina, Vote of Judge Gustavo A. Bossert, at p. 40, para. 90.*

⁷³⁶ См. также в более широком контексте *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 27, para. 33.

⁷³⁷ В другом контексте Международный Суд отметил, что «отсутствие реакции может быть приравнено к молчаливому согласию... А именно, молчание может также сказать о чем-то, но только в том случае, если поведение другого государства требует реакции» (*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 12, at pp. 50–51, para. 121). См. также *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 683 выше), at pp. 265–266, para. 141 («Для суда тот факт, что Никарагуа не отрицало существования права, вытекающего из практики, беспрепятственно осуществлявшейся и не вызывавшей никаких вопросов на протяжении весьма длительного периода, имеет особое значение»).

⁷³⁸ Вполне возможно, что некоторые виды практики будут рассматриваться как затрагивающие все или почти все государства.

резолюции международных организаций и межправительственных конференций, судебные решения (как международных, так и национальных судов) и научные труды. Такие тексты могут помочь в сборе, обобщении или интерпретации практики, значимой для выявления обычного международного права, и могут содержать точные формулировки, помогающие в определении и изучении двух составляющих его элементов. Задача части пятой состоит в объяснении потенциальной значимости этих материалов и разъяснении того, что крайне важно тщательно изучать как содержание таких материалов, так и контекст, в рамках которого они создавались.

2) Сами по себе результаты работы Комиссии международного права заслуживают в этой связи особого рассмотрения. Как было признано Международным Судом и другими судами и трибуналами⁷³⁹, определение Комиссии, подтверждающее существование и содержание нормы обычного международного права, может иметь особую ценность, как и вывод Комиссии о том, что такой нормы не существует. Это вытекает из уникального мандата Комиссии в качестве вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, заключающегося в содействии прогрессивному развитию международного права и его кодификации⁷⁴⁰, тщательности процедур Комиссии (включая рассмотрение обширных исследований практики государств и *opinio juris*) и ее тесных отношений с Генеральной Ассамблеей и государствами (включая получение в ходе ее работы устных и письменных комментариев государств). Однако значимость, придаваемая определениям Комиссии, зависит от множества факторов, включая источники, на которых основывается Комиссия, этап ее работы и, в первую очередь, восприятие результатов ее работы государствами⁷⁴¹.

Вывод 11 **Договоры**

1. Норма, закрепленная в договоре, может отражать норму обычного международного права, если установлено, что договорная норма:

- a) кодифицировала норму обычного международного права, существовавшую во время заключения договора;
- b) привела к кристаллизации нормы обычного международного права, которая начала возникать до заключения договора; или
- c) положила начало всеобщей практике, признанной в качестве правовой нормы (*opinio juris*), тем самым порождая новую норму обычного международного права.

2. Тот факт, что норма закреплена в ряде договоров, может указывать, хотя и не обязательно указывает, на то, что договорная норма отражает норму обычного международного права.

⁷³⁹ См., например, *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 40, para. 51; *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011*, p. 10, at p. 56, para. 169; *Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana, Cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, Judgment (Appeals Chamber) of 13 December 2004*, International Criminal Tribunal for Rwanda, para. 518; *Dubai-Sharjah Border Arbitration* (1981), *International Law Reports*, vol. 91, pp. 543–701, at p. 575; а также 2 BvR 1506/03, German Federal Constitutional Court, Order of the Second Senate of 5 November 2003, para. 47.

⁷⁴⁰ См. Положение о Комиссии международного права (1947), принятое Генеральной Ассамблеей в резолюции 174 (II) от 21 ноября 1947 года.

⁷⁴¹ После того как Генеральная Ассамблея приняла меры в связи с каким-либо окончательным проектом Комиссии, например приложив его к какой-либо резолюции и рекомендуя его государствам, результаты работы Комиссии могут также рассматриваться в рамках проекта заключения 12 ниже.

Комментарий

1) Проект вывода 11 касается важности договоров для выявления обычного международного права. Проект вывода не затрагивает поведение в связи с договорами как форму практики, поскольку этот вопрос охвачен проектом вывода 6 выше, а также не касается напрямую процесса заключения договоров или проектов договорных положений, которые могут сами по себе давать начало практике государств и служить свидетельством признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*), как указано в проектах выводов 6 и 10 выше.

2) Несмотря на то, что договоры как таковые являются обязывающими только для их участников, они «могут играть важную роль в фиксировании и определении норм, вытекающих из обычая, или в реальном их развитии»⁷⁴². Их положения (и процессы их принятия и применения) могут пролить свет на содержание обычного международного права⁷⁴³. Четко сформулированные договорные положения могут стать особенно полезными свидетельствами существования или содержания норм обычного международного права, если они признаются выражением таких правил. Тем не менее слова «может отражать» означают, что сами по себе договоры не могут создавать нормы обычного международного права или окончательно свидетельствовать об их существовании или содержании.

3) Число участников договора может быть важным фактором для определения того, отражают ли обычное международное право конкретные нормы, закрепленные в нем; договоры, которые получили почти всеобщее признание, могут рассматриваться как особо показательные в этом отношении⁷⁴⁴. Однако договоры, которые еще не вступили в силу или которые еще не достигли широкого участия, также могут быть значимыми в определенных обстоятельствах, особенно в тех случаях, когда они были приняты без противодействия или приняты подавляющим большинством государств⁷⁴⁵. В любом случае отношение государств, не являющихся участниками

⁷⁴² *Continental Shelf* (см. сноску 672 выше), at pp. 29–30, para. 27 («Бесспорно, массив обычного международного права должен анализироваться в первую очередь в рамках реальной практики и *opinio juris* государств, даже если международные конвенции могут играть важную роль в фиксировании и определении норм, вытекающих из обычая, или в реальном их развитии»). В статье 38 Венской конвенции 1969 года говорится о возможности того, что «ничто никоим образом не препятствует какой-либо норме, содержащейся в договоре... стать обязательной для третьего государства в качестве обычной нормы международного права, признаваемой как таковая».

⁷⁴³ См. *Jurisdictional Immunities of the State* (сноска 672 выше), p. 128, para. 66; «Способы и средства, при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права, стали бы более доступными», *Ежегодник... 1950 год*, т. II (часть вторая), с. 368, п. 29 («нередки случаи, когда конвенционное формулирование практики некоторыми государствами также учитывается другими государствами в попытке установления существования той или иной нормы международного обычного права. Даже многосторонние конвенции, которые были подписаны, но не вступили в силу, часто рассматриваются как играющие определенную роль в качестве доказательства обычного международного права»).

⁷⁴⁴ См., например, *Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, 1 July 2003, UNRIAA, vol. XXVI (Sales № E/F.06.V.7), pp. 73–114, at pp. 86–87, para. 31 («Несомненно, имеются важные, современные авторитетные подтверждения тезиса о том, что Женевские конвенции 1949 года в существенной степени стали выражением обычного международного права, и обе стороны данного дела с этим согласны. Сам по себе факт, что они получили почти всеобщее признание, подтверждает этот вывод» (сноска опущена)); и *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (см. сноску 675 выше) at paras. 17–20 (речь идет, в частности, о «широком признании, широчайшем признании всех международных конвенций», показывающем, что релевантные положения Конвенции о правах ребенка стали отражением обычного международного права).

⁷⁴⁵ См., например, *Continental Shelf* (сноска 672 выше) at p. 30, para. 27 («нельзя отрицать, что Конвенция 1982 года [по морскому праву – тогда она еще не вступила в силу] имеет огромное значение, она была принята подавляющим большинством государств; в связи с этим совершенно очевидно, что обязанность суда, даже независимо от ссылки на Конвенцию сторонами, рассмотреть вопрос о том, в какой степени любые ее соответствующие положения являются обязательными для сторон в качестве нормы обычного международного права»).

договора, ратифицированного большим числом государств, как на момент его заключения, так и впоследствии, также будет иметь значение.

4) В пункте I описаны три обстоятельства, при которых нормы, закрепленные в договоре, могут быть признаны отражающими обычное международное право, отличающиеся по времени, когда соответствующая норма обычного международного права сформировалась (или начала формироваться). Использование термина «норма, закрепленная в договоре» направлено на то, чтобы указать, что такая норма может не обязательно содержаться в одном договорном положении, а может отражаться в двух или нескольких положениях, взятых в совокупности⁷⁴⁶. Слова «если установлено, что» ясно дают понять, что удостовериться в том, что та или иная содержащаяся в договоре норма действительно соответствует предполагаемой норме обычного международного права, нельзя, просто исходя из текста договора: в каждом отдельном случае существование соответствующей нормы должно быть подтверждено практикой (вместе с ее признанием в качестве правовой нормы). Важно, чтобы можно было продемонстрировать, что государства осуществляют некую практику не (только) в связи с договорным обязательством, но и исходя из убежденности в том, что норма, закрепленная в договоре, является или стала нормой обычного международного права⁷⁴⁷.

5) Подпункт а) касается ситуации, когда установлено, что норма, закрепленная в договоре, выражает ранее существовавшую норму обычного международного права⁷⁴⁸. При выяснении, так ли именно обстоит дело в отношении предполагаемой нормы обычного международного права, следует сначала изучить текст договора, в котором может содержаться прямое указание по этому вопросу⁷⁴⁹. Тот факт, что оговорки к договорному положению прямо допускаются, может указывать на то, что соответствующее договорное положение не отражает обычное международное право, но не обязательно является определяющим⁷⁵⁰. Такие указания в тексте, однако, могут отсутствовать или могут относиться к договору в целом, а не какой-либо конкретной норме, содержащейся в нем⁷⁵¹; в таком случае могут учитываться материалы

⁷⁴⁶ Кроме того, отдельно взятое положение может лишь отчасти являться отражением обычного международного права.

⁷⁴⁷ В делах *О континентальном шельфе Северного моря* это соображение привело к дисквалификации нескольких приведенных примеров практики государств (*North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 43, para 76).

⁷⁴⁸ См., например, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (сноска 663 выше), at pp. 46–47, para. 87.

⁷⁴⁹ В Конвенции 1948 года о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (United Nations, *Treaties Series*, vol. 78, № 1021, p. 277), например, стороны «подтверждают, что геноцид, независимо от того, совершается ли он в мирное время или во время войны, представляет собой преступление по международному праву» (статья 1) (курсив добавлен); а в Женевской конвенции 1958 года об открытом море содержится следующий пункт преамбулы: «стремясь к кодификации норм международного права, касающихся открытого моря» (*ibid.*, vol. 450, № 6465, at p. 82). Договор может также указывать на то, что он воплощает в себе прогрессивное развитие, а не кодификацию; в колумбийско-перуанском деле *Об убежище*, например, Международный Суд пришел к выводу о том, что в преамбуле к Конвенции Монтевидео о правах и обязанностях государств 1933 года (*League of Nations, Treaty Series*, vol. CLXV, № 3802, p. 19), в которой говорится, что она вносит изменения в предыдущую конвенцию (и ограниченное число государств, которые ратифицировали ее), противоречит доводу о том, что Конвенция «лишь кодифицирует принципы, которые уже были признаны... обычаем» (*Colombian-Peruvian asylum case* (см. сноску 674 выше), at p. 277).

⁷⁵⁰ См. также принятое Комиссией Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, руководящие положения 3.1.5.3 (Оговорки к положению, отражающему обычную норму) и 4.4.2 (Отсутствие последствий для прав и обязательств по обычному международному праву), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10 и Add.1)*.

⁷⁵¹ В Конвенции 1930 года, регулирующей некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве (*League of Nations, Treaty Series*, vol. CLXXIX, № 4137, p. 89), например, предусматривается, что: «Включение вышеупомянутых принципов и правил в указанную статью не может никоим образом считаться предвосхищающим решение вопроса о том, являются ли они или уже не являются частью международного права» (статья 18).

подготовительной работы (*travaux préparatoires*) над договором⁷⁵², включая любые заявления государств в ходе редакционного процесса, которые могут раскрыть намерение кодифицировать существующие нормы обычного международного права. Если будет установлено, что участвовавшие в переговорах государства действительно считали, что рассматриваемая норма является нормой обычного международного права, это было бы свидетельством признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) и имело бы тем больший вес, чем большим было число договаривающихся государств. При этом, однако, по-прежнему необходимо рассмотреть вопрос о том, поддерживается ли существование нормы обычного международного права (отличной от договорных обязательств) достаточно многочисленными и репрезентативными, а также последовательными примерами соответствующей практики. Это нужно потому, что тот факт, что стороны утверждают, что договор отражает существующее право, является не более чем одним свидетельством этого, и потому, что нормы обычного международного права, лежащие в основе текста договора, возможно, изменились или были заменены другими нормами за время, прошедшее с момента заключения договора. Иными словами, соответствующая практика должна подтвердить *opinio juris* или существовать в сочетании с *opinio juris*.

б) Подпункт б) касается случая, когда установлено, что всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (в сочетании с *opinio juris*), сформировалась вокруг договорной нормы, разработанной на основе лишь ограниченной практики государств. Иными словами, договорная норма обобщила и дала дальнейшее определение нормы обычного международного права, которая только формировалась в то время, когда договор находился в процессе подготовки, вследствие чего позднее договорная норма стала отражать норму обычного международного права⁷⁵³. Здесь также, чтобы убедиться, что дело обстоит именно так, необходимо оценить, принята

В некоторых случаях присутствует общая ссылка как на кодификацию, так и на развитие: в Венской конвенции 1969 года, например, государства-участники в преамбуле выражают свою убежденность в том, что «кодификация и прогрессивное развитие права договоров [осуществляются] в настоящей Конвенции»; в Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года (резолюция 59/38 Генеральной Ассамблеи от 2 декабря 2004 года) государства-участники в преамбуле считают, «что юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности получили общее признание в качестве одного из принципов обычного международного права», и полагают, что Конвенция «будет способствовать кодификации и развитию международного права и согласованию практики в этой области». См. также *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janah*, United Kingdom Supreme Court, [2017] UKSC 62 (18 October 2017), para. 32.

⁷⁵² В рамках дел *О континентальном шельфе Северного моря*, рассматривая вопрос о том, действительно ли статья 6 Конвенции 1958 года о континентальном шельфе (United Nations, *Treaty Series*, vol. 499, № 7302, p. 311) отражала обычное международное право во время подготовки Конвенции, Международный Суд постановил, что «[с]татус нормы Конвенции, следовательно, зависит в основном от процессов, которые привели к тому, что Комиссия [международного права] ее предложила. Эти процессы уже были рассмотрены в связи с утверждением Дании и Нидерландов об априорной необходимости равного отстояния [в делимитации морских пространств], и Суд считает этот обзор также достаточным для нынешних целей, с тем чтобы показать, что принцип равноудаленности, как он сейчас сформулирован в статье 6 Конвенции, был предложен Комиссией с довольно значительными сомнениями, отчасти на экспериментальной основе, и он воспринимался самое большее как *de lege ferenda*, но не как *de lege lata* или как новая норма обычного международного права. Это явно не то основание, на котором можно было бы утверждать, что статья 6 Конвенции отразила или кристаллизовала такую норму» (*North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 38, para. 62). См. также *Jurisdictional Immunities of the State* (сноска 672 выше), at pp. 138–139, para. 89.

⁷⁵³ Даже в тех случаях, когда какое-либо договорное положение в конечном итоге не удастся согласовать, по-прежнему сохраняется возможность того, что обычное международное право сформируется позднее «через посредство практики государств на основе обсуждений и почти достигнутых соглашений на этой конференции [на которой проходили переговоры по договору]»: *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 175, at pp. 191–192, para. 44.

ли формулировка договора в качестве права и действительно ли она поддерживается всеобщей практикой⁷⁵⁴.

7) Подпункт с) касается ситуации, когда установлено, что норма, закрепленная в договоре, породила новую норму обычного международного права⁷⁵⁵. Установление того, что этот процесс действительно имел место, требует тщательного анализа. Как пояснил Международный Суд в делах *О континентальном шельфе Северного моря*, для того чтобы установить, что какая-либо норма, закрепленная в договоре, привела к формированию нормы обычного международного права:

«[в]о-первых, необходимо, чтобы соответствующее положение в любом случае потенциально обладало нормообразующим характером, который может, рассматриваться как ведущий к формированию общей нормы права. ...[Н]епременным требованием было бы условие того, что в течение этого периода времени, пусть даже непродолжительного, практика государств, включая те, чьи интересы затронуты особо, должна быть обширной и практически единообразной в отношении задеваемого положения; и, более того, она должна [реализовываться] таким образом, чтобы свидетельствовать о наличии общего признания того, что речь идет о норме права или юридическом обязательстве»⁷⁵⁶.

Иными словами, должна иметь место всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (поддерживаемой *opinio juris*), «в отношении задеваемых положений». С учетом того, что совпадающее поведение сторон договора между собой может быть теоретически связано с договорным обязательством, а не с признанием данной нормы в качестве имеющей обязательную силу в соответствии с обычным международным правом, практика таких сторон в отношении государств, не являющихся участниками договора, и практика государств, не являющихся сторонами договора, в отношении сторон договора или между собой будет иметь особое значение.

8) Пункт 2 содержит предупреждение о том, что существование аналогичных положений в ряде двусторонних или других договоров, устанавливающих аналогичные права и обязанности для, вероятно, широкого круга государств, не обязательно означает, что в таких положениях отражены нормы обычного международного права. Хотя действительно может быть так, что такое повторение свидетельствует о существовании соответствующей нормы обычного

⁷⁵⁴ См., например, *Continental Shelf* (сноска 672 выше), at p. 33, para. 34 («По мнению Суда, неоспоримым является то, что ...установление исключительной экономической зоны с ее нормой о праве в силу расстояния говорит о том, что *практика государств* стала частью обычного права») (курсив добавлен).

⁷⁵⁵ Как подтвердил Международный Суд, «этот процесс, вне всякого сомнения, вполне возможен и время от времени происходит на самом деле: по существу, он представляет собой один из признанных путей, по которым могут формироваться новые нормы обычного международного права» (*North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at p. 41, para. 71). Один из часто цитируемых примеров – это Гаагские положения, содержащиеся в приложении к четвертой Гаагской конвенции 1907 года о законах и обычаях сухопутной войны: несмотря на то, что они были подготовлены в соответствии с Конвенцией, чтобы «пересмотреть общие законы и обычаи войны», существовавшие в то время (и, таким образом, не кодифицировали существующие нормы обычного международного права), они впоследствии стали рассматриваться как отражение обычного международного права (см. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 172, para. 89).

⁷⁵⁶ *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at pp. 41–43, paras. 72 and 74 (замечание в п. 71 о том, что «констатация достижения такого результата требует тщательного анализа»). См. также *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (сноска 663 выше), at p. 98, para. 184 («Когда два государства соглашаются включить ту или иную конкретную норму в договор, их согласия достаточно для того, чтобы сделать эту норму юридической и имеющей обязательную для них силу; однако в области обычного международного права общее мнение сторон относительно содержания того, что они рассматривают в качестве нормы, достаточным не является. Суд должен убедиться в том, что существование этой нормы в *opinio juris* государств подтверждается практикой»).

международного права (или порождает ее), это «в равной степени может быть доказательством противоположного» в том смысле, что государства заключают договоры также и в силу отсутствия какой-либо нормы или для того, чтобы отступить от существующей, но отличающейся нормы обычного международного права⁷⁵⁷. Здесь также необходимо выяснить, существуют ли примеры практики, признанной в качестве правовой нормы (поддерживаемой *opinio juris*), подтверждающей письменную норму.

Вывод 12

Резолюции международных организаций и межправительственных конференций

1. Резолюция, принятая международной организацией или на межправительственной конференции, не может сама по себе создать норму обычного международного права.
2. Резолюция, принятая международной организацией или на межправительственной конференции, может служить свидетельством для установления существования и содержания нормы обычного международного права или способствовать ее развитию.
3. Положение резолюции, принятой международной организацией или на межправительственной конференции, может отражать норму обычного международного права, если установлено, что это положение соответствует всеобщей практике, принятой в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

Комментарий

1) Проект вывода 12 посвящен роли, которую резолюции, принятые международными организациями или на межправительственных конференциях, могут играть в процессе определения норм обычного международного права. В нем говорится, что, хотя такие резолюции сами по себе не могут ни представлять собой нормы обычного международного права, ни служить убедительным свидетельством их существования и содержания, они могут иметь ценность в качестве свидетельств существования или формирования права и могут вносить вклад в появление нормы обычного международного права⁷⁵⁸.

2) Как и в проекте вывода 6, слово «резолюция» относится к резолюциям, решениям и другим актам, принятым международными организациями или на межправительственных конференциях, независимо от их наименования⁷⁵⁹, а также независимо от того, носят ли они юридически обязывающий характер. Особое внимание в настоящем контексте следует уделить резолюциям Генеральной Ассамблеи – пленарного органа Организации Объединенных Наций с практически всеобщим участием, которые могут служить важным свидетельством коллективных мнений ее членов. Резолюции, принятые органами (или на конференциях) с более ограниченным составом участников, также могут иметь определенное значение, но их

⁷⁵⁷ См. *Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 582, at p. 615, para. 90 («Факт, упомянутый Гвинеей, согласно которому различные международные соглашения, такие как соглашения о поощрении и защите иностранных инвестиций и Вашингтонская конвенция, установили специальные юридические режимы, регулирующие вопрос о защите инвестиций, или что положения в этой связи, как правило, включаются в контракты, заключаемые непосредственно государствами и иностранными инвесторами, не является достаточным для демонстрации наличия изменения обычных норм дипломатической защиты; он в равной степени может свидетельствовать об обратном»).

⁷⁵⁸ См. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 675 выше), at pp. 254–255, para. 70; *SEDCO Incorporated v. National Iranian Oil Company and Iran*, second interlocutory award, Award № ITL 59-129-3 of 27 March 1986, *International Law Reports*, vol. 84, pp. 483–592, at p. 526.

⁷⁵⁹ Существует множество наименований, таких как «заявление» или «декларация принципов».

весомость в определении нормы обычного международного права, скорее всего, будет меньшей.

3) Хотя резолюции органов международных организаций (в отличие от резолюций межправительственных конференций) исходят, строго говоря, не от государств-членов, а от организации, в контексте настоящего проекта вывода важно то, что они могут отражать коллективное выражение мнений таких государств: когда эти резолюции преследуют цель (прямо или косвенно) затронуть правовые вопросы, они могут помочь получить представление о позиции государств-членов в отношении таких вопросов. Многие из того, что уже было сказано о договорах в связи с проектом вывода 11 выше, относится и к резолюциям; вместе с тем, в отличие от договоров, резолюции, как правило, не являются юридически обязывающими документами и, как правило, подвергаются менее тщательному юридическому анализу, чем тексты договоров. Как и договоры, резолюции не могут подменить собой задачу выяснения того, действительно ли имеет место всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (в сочетании с *opinio juris*).

4) В пункте 1 четко устанавливается, что резолюции, принятые международными организациями или на межправительственных конференциях, не могут сами по себе составлять нормы обычного международного права. Иными словами, сам по себе факт принятия резолюции (или ряда резолюций) с целью заложить нормы обычного международного права не создает такого права: должно быть установлено, что норма, закрепленная в резолюции, действительно соответствует всеобщей практике, признанной в качестве правовой нормы (в сочетании с *opinio juris*). Такие резолюции сами по себе не порождают «мгновенно возникающего обычая»⁷⁶⁰.

5) В пункте 2 подтверждается, что, во-первых, резолюции, тем не менее, могут помочь в определении норм обычного международного права, предоставляя свидетельства их существования и содержания. Слово «может» служит предостережением о том, что не все резолюции выполняют такую роль. Как отметил Международный Суд, резолюции, «даже если они не носят обязательного характера... при определенных обстоятельствах могут обеспечивать свидетельства, важные для установления факта наличия какой-либо нормы или появления *opinio juris*»⁷⁶¹. Это особенно верно в тех случаях, когда резолюция по своей цели является декларацией о существовании нормы обычного международного права, и в этом случае она может служить свидетельством признания такой нормы в качестве права со стороны государств, поддержавших эту резолюцию. Другими словами, «[ф]акт согласия с текстами таких резолюций может пониматься как признание действительности провозглашенной в резолюции нормы или ряда норм»⁷⁶². И напротив, голосование против, воздержание при голосовании или несогласное мнение, наряду с общими высказываниями и пояснениями позиции, могут свидетельствовать об отсутствии признания в качестве права.

6) Поскольку отношение государств к определенной резолюции (или какой-либо конкретной норме, закрепленной в резолюции), выраженное путем голосования или иным образом, зачастую мотивировано политическими или другими неправовыми соображениями, выявление признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) на основе таких резолюций должно проводиться «с должной осторожностью»⁷⁶³. Этот смысл отражен в слове «может». В каждом случае требуется тщательная оценка различных факторов для того, чтобы проверить, действительно ли соответствующие государства намереваются признать существование какой-либо нормы

⁷⁶⁰ См. также пункт 9) комментария к проекту вывода 8 выше.

⁷⁶¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (см. сноску 675 выше), at pp. 254–255, para. 70 (о резолюциях Генеральной Ассамблеи).

⁷⁶² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 100, para. 188. См. также *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, Final Award of 24 March 1982, *International Law Reports*, vol. 66, pp. 518–627, at pp. 601–602, para. 143.

⁷⁶³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 99, para. 188.

международного обычного права. Как указал Международный Суд в деле *О законности угрозы ядерным оружием или его применении*, «необходимо проанализировать содержание и обстоятельства принятия [резолуции]; кроме того, необходимо рассмотреть вопрос о том, существует ли *opinio juris* на предмет ее нормативного характера. Или же серия резолюций может свидетельствовать о постепенной эволюции *opinio juris*, необходимой для создания новой нормы»⁷⁶⁴. Важные факторы могут включать в себя точную формулировку, ставшую отправной точкой для оценки правовой значимости резолюции; ссылку на международное право, а также употребление (или отказ от употребления) в тексте конкретных терминов, в том числе в преамбуле и постановляющей части⁷⁶⁵. Также значимыми являются дискуссии и переговоры, приведшие к принятию резолюции, и особенно объяснения мотивов голосования и аналогичные заявления, сделанные непосредственно до или после принятия резолюции⁷⁶⁶. Степень поддержки резолюции (которую можно определить по размеру большинства и случаям голосования против или воздержания от голосования) имеет решающее значение. Расхождения во мнениях, высказанных по различным аспектам резолюции, могут свидетельствовать о том, что всеобщего признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) не существует, по крайней мере, в отношении таких аспектов, а резолюции, при голосовании по которым имели место голоса «против» или воздержания, вряд ли можно рассматривать как отражающие нормы обычного международного права⁷⁶⁷.

7) В пункте 2 также признается, что резолюции, принятые международными организациями или на межправительственных конференциях, даже если они сами по себе не имеют юридической силы, иногда могут играть важную роль в развитии обычного международного права. Это может иметь место в тех случаях, когда, как и в случае с договорами, резолюция (или ряд резолюций) служит источником и стимулом для появления всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы (поддерживаемой *opinio juris*), соответствующей ее положениям, или в тех случаях, когда она кристаллизуется в качестве формирующейся нормы.

8) В пункте 3 четко определено, что положения резолюций, принятых международной организацией или на межправительственной конференции, не могут сами по себе служить убедительным свидетельством существования и содержания норм обычного международного права. Это вытекает из указания на то, что для подтверждения существования нормы *opinio juris* государств, о котором может свидетельствовать резолюция, должно подтверждаться практикой; таким образом, необходимы другие свидетельства, в частности, чтобы показать, подтверждается ли предполагаемая норма фактической практикой государств⁷⁶⁸. Положение резолюции

⁷⁶⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (см. сноску 675 выше), at p. 255, para. 70.

⁷⁶⁵ В резолюции 96 (I) от 11 декабря 1946 года, например, Генеральная Ассамблея «подтверждает, что геноцид, с точки зрения международного права, является преступлением», и эта формулировка предполагает, что указанный пункт преследовал цель провозгласить существующую норму международного обычного права.

⁷⁶⁶ В рамках Генеральной Ассамблеи объяснения мотивов голосования часто приводятся после принятия резолюции в главном комитете, и в этом случае они обычно не повторяются на пленарном заседании.

⁷⁶⁷ См., например, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 675 выше), at p. 255, para. 71 («несколько резолюций, рассматриваемых в настоящем деле, были приняты при существенном количестве голосов против и воздержавшихся; поэтому, хотя эти резолюции четко свидетельствуют о наличии глубокой озабоченности по поводу проблемы ядерного оружия, они по-прежнему не могут служить основанием для установления наличия *opinio juris* относительно неправомерности применения такого оружия»).

⁷⁶⁸ См., например, *KAING Guek Eav alias Duch, Case № 001/18–07–2007–ECCC/SC, Appeal Judgment*, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Supreme Court Chamber (3 February 2012), para. 194 («Декларация 1975 года по вопросу о пытках [резолуция 3452 (XXX) от 9 декабря 1975 года, Декларация о защите всех лиц от пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания] является не имеющей обязательной силы резолюцией Генеральной Ассамблеи, и поэтому необходим большой массив доказательств для определения того, что определение пыток, которое в ней содержится, отражает обычное международное право в тот или иной соответствующий момент времени»).

не может служить свидетельством нормы обычного международного права в том случае, если практика отсутствует, является иной или непоследовательной.

Вывод 13

Решения судов и трибуналов

1. Решения международных судов и трибуналов, в частности Международного Суда, касающиеся существования и содержания норм обычного международного права, являются вспомогательным средством установления таких норм.

2. В соответствующих случаях могут приниматься во внимание решения национальных судов, касающиеся существования и содержания норм обычного международного права, в качестве вспомогательного средства для определения таких норм.

Комментарий

1) Проект вывода 13 касается роли решений судов и трибуналов, как международных, так и национальных, в качестве подспорья при выявлении норм обычного международного права. Следует напомнить, что решения национальных судов могут играть двойную роль в выявлении норм обычного международного права. С одной стороны, как показывают вышеприведенные проекты выводов 6 и 10, они могут считаться практикой государства суда, а также свидетельствами признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) государством суда. Проект вывода 13, с другой стороны, указывает на то, что такие решения могут также служить вспомогательным средством (*moen auxiliaire*) определения норм обычного международного права, когда сами они касаются выявления существования и содержания таких норм.

2) Проект вывода 13 точно повторяет формулировку пункта 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда, в соответствии с которым хотя судебные решения являются обязательными только для сторон дела, они являются «вспомогательным средством» при определении норм международного права, включая нормы обычного международного права. Термин «вспомогательное средство» обозначает собой вспомогательную роль таких решений при прояснении правовых положений, тогда как сами эти решения не являются источником международного права (каковым являются договоры, обычное международное право и общие принципы права). Использование термина «вспомогательное средство» не подразумевает и не должно подразумевать, что такие решения не важны для выявления обычного международного права.

3) Решения судов и трибуналов по вопросам международного права, в частности те решения, в которых рассматривается существование норм обычного международного права и такие нормы определяются и применяются, могут служить ценным руководством при определении наличия или отсутствия норм обычного международного права. Ценность таких решений, однако, значительно варьируется в зависимости как от качества обоснования (в том числе, прежде всего, степени, в которой оно основывается на тщательном изучении свидетельств предполагаемой всеобщей практики, признанной в качестве права), так и от восприятия этого решения, в частности государствами и в рамках последующего прецедентного права. В число других соображений могут, в зависимости от обстоятельств, входить характер суда или трибунала; размер большинства, в соответствии с которым было принято решение; и правила и процедуры, применяемые судом или трибуналом. Кроме того, не следует забывать о том, что судебные решения о состоянии обычного международного права не блокируют развитие права; нормы обычного международного права могли измениться со времени конкретного решения.

4) В пункте 1 говорится о «международных судах и трибуналах», и этот термин включает любой международный орган, осуществляющий судебные полномочия, который призван рассматривать нормы обычного международного права. Прямое упоминание Международного Суда, главного судебного органа Организации Объединенных Наций, Статут которого является неотъемлемой частью Устава Организации Объединенных Наций и члены которого избираются Генеральной

Ассамблеей и Советом Безопасности, является признанием важности его прецедентного права и его особого статуса в качестве единственного постоянного международного суда общей юрисдикции⁷⁶⁹. В дополнение к предшественнику Международного Суда, Постоянной палате международного правосудия, термин «международные суды и трибуналы» включает (помимо прочего) специализированные и региональные суды, такие как Международный трибунал по морскому праву, Международный уголовный суд и другие международные уголовные трибуналы, региональные суды по правам человека и Орган по разрешению споров Всемирной торговой организации. Он также включает межгосударственные арбитражи и другие арбитражные суды, применяющие нормы международного права. Навыки работы и широкий круг доказательств, которые, как правило, находятся в распоряжении международных судов и трибуналов, могут обеспечивать их решениям особую весомость с учетом соображений, упомянутых в предыдущем пункте.

5) Для целей настоящего проекта вывода термин «решения» включает в себя судебные решения и консультативные заключения, а также постановления по процедурным и процессуальным вопросам. Особые и несогласные мнения могут прояснить соответствующее решение и, возможно, могут охватывать вопросы, не затронутые в самом решении суда или трибунала; однако к ним нужно подходить с осторожностью, поскольку они отражают мнения конкретного судьи и могут затрагивать вопросы, не поддержанные данным судом или трибуналом.

6) Пункт 2 касается решений национальных судов (также именуемых внутренними или муниципальными судами)⁷⁷⁰. Различие между международными и национальными судами не всегда является четким; в настоящих проектах выводов термин «национальные суды» включает суды с международной структурой, действующие в рамках одной или нескольких национальных правовых систем, такие как гибридные суды и трибуналы со смешанным составом и смешанной национальной и международной юрисдикцией.

7) При использовании решений национальных судов в качестве вспомогательного средства для определения норм обычного международного права требуется определенная осмотрительность⁷⁷¹. Это отражено в разных формулировках пунктов 1 и 2, в частности в использовании слов «[в] соответствующих случаях могут приниматься во внимание» в пункте 2. Национальные суды функционируют в рамках конкретной правовой системы, которая может включать в себя международное право лишь определенным образом и в ограниченной степени. Их решения, возможно, отражают конкретную национальную позицию. В отличие от большинства международных судов, национальные суды иногда могут не иметь экспертных знаний в области международного права и, возможно, приняли свои решения без заслушивания аргументов со стороны государств⁷⁷².

⁷⁶⁹ Хотя не существует никакой иерархии международных судов и трибуналов, решения Международного Суда нередко рассматриваются в качестве авторитетного прецедента для других судов и трибуналов. См., например, *Jones et al. v. the United Kingdom*, Application nos. 34356/06 and 40528/06, European Court of Human Rights, ECHR 2014, para. 198; *M/V «SAIGA» (№ 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment, ITLOS Reports 1999, p. 10, at paras. 133–134; и *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WTO Appellate Body Report, WT/DSS/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, adopted on 1 November 1996, sect. D.

⁷⁷⁰ В качестве решений национальных судов как вспомогательного средства для определения норм обычного международного права см., например, *Mohammed et al. v. Ministry of Defence*, United Kingdom Supreme Court, [2017] UKSC 2 (17 January 2017), paras. 149–151 (Lord Mance).

⁷⁷¹ См. также *Minister of Justice and Constitutional Development v. Southern African Litigation Centre*, Supreme Court of Appeal of South Africa (2016) 3 SA 317 (SCA) (15 March 2016), para. 74.

⁷⁷² См. также «Способы и средства, при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права, стали бы более доступными», *Ежегодник... 1950 год*, т. II (часть вторая), с. 370 на англ. яз., п. 53.

Вывод 14 Доктрины

Доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву разных наций могут служить вспомогательным средством для определения норм обычного международного права.

Комментарий

1) Проект вывода 14 касается роли доктрин (на французском языке «doctrine») при определении норм обычного международного права. Точно повторяя формулировку пункта 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда, он предусматривает, что такие труды можно использовать в качестве вспомогательного средства (*moyen auxiliaire*) для определения норм обычного международного права, т. е. при установлении существования общей практики, признанной в качестве правовой нормы (в сочетании с *opinio juris*). Термин «доктрины», которые часто также называют «трудами», следует понимать в широком смысле; они включают в себя и доктрины в неписьменной форме, такие как лекции и аудиовизуальные материалы.

2) Как и в случае с решениями судов и трибуналов, о которых говорится в проекте вывода 13 выше, сами по себе доктрины не являются источником международного права, но они могут использоваться в целях определения существования и содержания норм обычного международного права. Эта вспомогательная роль основывается на том, что доктрины могут обобщать и подытоживать практику государств, выявлять различия в практике государств и возможное отсутствие или развитие норм, а также давать оценку праву.

3) Используя письменные труды, необходимо проявлять осторожность, поскольку их ценность для определения существования нормы обычного международного права различается; это находит свое отражение в словах «могут служить». Во-первых, авторы иногда стремятся не просто зафиксировать состояние существующего права (*lex lata*), но и выступать за его развитие (*lex ferenda*). При этом они не всегда проводят (четкое) различие между существующим правом и правом, которого они бы хотели. Во-вторых, труды могут отражать национальные или иные индивидуальные мнения их авторов. В-третьих, они существенно отличаются друг от друга по своему качеству. Оценка авторитетности конкретного труда, таким образом, имеет очень важное значение; Верховный суд Соединенных Штатов Америки в деле *Paquete Habana* ссылаясь на:

«труды юристов и исследователей, которые за годы работы, исследований и опыта особенно хорошо изучили предметы, являющиеся объектами их внимания. К таким трудам обращаются судебные трибуналы, причем не за гипотезами их авторов относительно того, каким бы право могло быть, а для установления надежных доказательств реального содержания права»⁷⁷³.

4) Термин «специалисты», который взят из Статута Международного Суда, охватывает всех тех, чьи труды могут прояснить вопросы международного права. Хотя большинство из них обычно являются специалистами в области международного публичного права, специалисты в других областях права тоже не исключены. Ссылка на «наиболее квалифицированных специалистов» по публичному праву подчеркивает, что внимание следует уделять трудам авторов, наиболее авторитетных в соответствующей области. В конечном счете, однако, значение имеет именно качество конкретного труда, а не репутация автора; к числу факторов, которые следует учитывать в этой связи, относится подход, принятый автором с целью выявления обычного международного права, а также то, насколько его текст остается верным этому подходу. Ссылка на специалистов по публичному праву «различных наций» подчеркивает важное значение охвата, насколько это возможно, работ,

⁷⁷³ *The Paquete Habana and The Lola*, US Supreme Court 175 US 677 (1900), at p. 700. См. также *The Case of the S.S. «Lotus»* (сноска 687 выше), at pp. 26 and 31.

представляющих основные правовые системы и регионы мира и составленных на разных языках, при выявлении норм обычного международного права.

5) Результаты работы международных органов, участвующих в кодификации и развитии международного права, могут служить в этой связи полезным ресурсом⁷⁷⁴. Такие коллективные органы включают Институт международного права (Institut de droit international) и Ассоциацию международного права, а также международные экспертные органы в конкретных областях и из разных регионов. Ценность каждого результата необходимо тщательно оценивать с учетом мандата и специализации соответствующего органа, степени, в которой этот результат призван отразить существующее право, тщательности и объективности работы органа по конкретному вопросу, поддержки конкретного результата в рамках самого органа и восприятия данного результата государствами и другими сторонами.

Часть шестая

Настойчиво возражающее государство

Часть шестая содержит единственный проект вывода, касающийся нормы о настойчиво возражающем государстве.

Вывод 15

Настойчиво возражающее государство

1. Если государство возражало против нормы обычного международного права в то время, когда эта норма находилась в процессе формирования, такая норма не может быть противопоставлена данному государству пока оно продолжает возражать.
2. Возражение должно быть ясно выражено, доведено до сведения других государств и продолжаться настойчиво.
3. Данный проект вывода не затрагивает какого-либо вопроса, касающегося императивных норм общего международного права (*jus cogens*).

Комментарий

1) Нормы обычного международного права «в силу своего характера должны иметь одинаковую силу для всех членов международного сообщества и поэтому не дают ни одному из членов никакого права исключить себя из сферы их действия в одностороннем порядке и по своему усмотрению в своих собственных интересах»⁷⁷⁵. Тем не менее, когда государство, которое настойчиво возражало против формирующейся нормы обычного международного права и продолжает возражать против нее, когда эта норма уже сложилась, эта норма не может быть ему противопоставлена. Это иногда называют «нормой» или «доктриной» о настойчиво возражающем государстве, и она нередко возникает в связи с выявлением норм обычного международного права. Проект вывода призван передать тот факт, что ссылка на норму о настойчиво возражающем государстве регулируется строгими требованиями.

2) Настойчиво возражающее государство следует отличать от ситуации, когда возражение значительного числа государств против формирования новой нормы обычного международного права полностью препятствует появлению такой новой нормы (из-за отсутствия всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы)⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Об особом внимании, которое следует уделять результатам работы Комиссии международного права, говорится в пункте 2) общего комментария к настоящей части (часть пятая) выше.

⁷⁷⁵ *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 671 выше), at pp. 38–39, para. 63. Это относится к нормам «общего» обычного международного права в отличие от норм «партикулярного» обычного международного права (о которых говорится в проекте вывода 16 ниже).

⁷⁷⁶ См., например, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (German Federal Constitutional Court), vol. 46 (1978), Judgment of 13 December 1977, 2 BvM 1/76, № 32, pp. 342–404, at

3) Государство, возражающее против формирующейся нормы международного права путем ее оспаривания либо следования альтернативной практике, может занять одну из двух следующих позиций или же сразу обе из них: оно может пытаться не допустить закрепления этой нормы или пытаться обеспечить ее непротивопоставимость данному государству, если норма все же окончательно оформится. В качестве примера можно сослаться на противодействие некоторых государств формирующейся на тот момент норме о недопустимости расширения территориальных вод за пределы 12 морских миль. Такие государства, возможно, не противодействовали бы закреплению всеобщей нормы о территориальном море шириной в три, четыре или шесть миль, однако в любом случае не были готовы к принудительному применению в их отношении нормы о территориальном море большей ширины⁷⁷⁷. Если установлено, что некая норма международного обычного права уже сложилась, то само возражающее государство должно будет закрепить свое право на использование статуса настойчиво возражающего государства.

4) Норма о настойчиво возражающем государстве часто задевается и признается как в международном, так и во внутригосударственном прецедентном праве⁷⁷⁸, равно как и в других контекстах⁷⁷⁹. Несмотря на расхождения во мнениях, норма о настойчиво возражающем государстве широко признается государствами и юристами, а также научными организациями, занимающимися международным правом⁷⁸⁰.

5) В пункте 1 ясно говорится о том, что возражения должны были высказываться, пока соответствующая норма находилась в процессе формирования. Решающее значение имеет своевременность возражения: государство должно заявить о своем несогласии до того, как та или иная практика окончательно оформится в норму обычного международного права, и его позиция будет наиболее убедительной, если оно сделает это как можно раньше. Хотя разграничить возражение и нарушение не

pp. 388–389, para. 6 («Это касается не только поведения, которого государство может успешно придерживаться, с самого начала возражая против применения той или иной действующей общей нормы международного права посредством упорного оспаривания прав (по смыслу постановления Международного Суда в деле *О рыболовстве у берегов Норвегии*...); напротив, в настоящее время нельзя принять предположение о существовании соответствующей общей нормы международного права»).

⁷⁷⁷ Со временем в рамках общего свода инструментов морского права государства фактически отказались от своих возражений. Хотя иногда сложно эффективно сохранять статус настойчиво возражающего государства в течение долгого времени, это не ставит под сомнение существование самой нормы, которая отражена в проекте вывода 15.

⁷⁷⁸ См., например, *the Fisheries case* (сноска 708 выше), at p. 131; *Michael Domingues v. United States*, Case № 12.285 (2002), Inter-American Commission on Human Rights, Report № 62/02, paras. 48 and 49; *Sabeh El Leil v. France* [GC], № 34869/05, European Court of Human Rights, 29 June 2011, para. 54; WTO Panel Reports, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R and WT/DS293/R, adopted 21 November 2006, at p. 335, footnote 248; и *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 965 F.2d 699; 1992 U.S. App., at p. 715, para. 54.

⁷⁷⁹ См., например, заявление Турции в 1982 году на третьей Конференции Организации Объединенных Наций по морскому праву, документ A/CONF.62/SR.189, стр. 76 англ. текста, пункт 150 (URL: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/Vol17.html>); United States Department of Defense, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Washington D.C., December 2016, at pp. 29–34, sect. 1.8 (Customary international law), в частности p. 30, para. 1.8 («Обычное международное право, как правило, является обязательным для всех государств, однако государства, настойчиво возражавшие против некой нормы обычного международного права в ходе ее развития, этой нормой не связаны») и p. 34, para. 1.8.4.

⁷⁸⁰ Сама Комиссия недавно сослалась на эту норму в своем Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам, указав, что «оговорка может быть тем средством, с помощью которого "настойчиво возражающее государство" настаивает на своем возражении; возражающая сторона, безусловно, вправе отказаться применять в рамках международного договора такую норму, которая не налагает на нее обязательств в соответствии с общим международным правом» (см. пункт 7) Комментария к руководящему положению 3.1.5.3, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10/Add.1)*).

всегда просто, нормы о постфактум возражающем государстве не существует: когда норма начинает действовать, никакое возражение не может оправдать государство, желающее освободить себя от ее применения.

6) Если какое-либо государство определяет себя как настойчиво возражающее государство, то соответствующая норма ему не может быть ему противопоставлена до тех пор, пока оно придерживается своего возражения; слова «не может быть противопоставлена» используются для отражения особой позиции настойчиво возражающего государства. Как указано далее в этом пункте, когда возражение снимается (что может произойти в любое время, явно или иным образом), данное государство начинает быть связанным данной нормой.

7) В пункте 2 уточняются строгие требования, которые государство должно соблюдать, чтобы принять и поддерживать статус настойчиво возражающего государства по отношению к какой-либо норме обычного международного права. Помимо того что возражение должно высказываться до того, как определенная практика окончательно сложится в виде правовой нормы, оно также должно быть ясно выражено; иными словами, непризнание формирующейся нормы или намерение не быть связанным ею должно быть сформулировано недвусмысленным образом⁷⁸¹. Однако к форме самого возражения конкретных требований нет. Четкого словесного возражения в письменной или устной форме, в отличие от физического действия, должно быть достаточно для сохранения правовой позиции возражающего государства.

8) Требование о том, чтобы возражение было доведено до сведения других государств, означает, что возражение должно быть высказано на международном уровне; только на внутригосударственном уровне его выражать недостаточно. Бремя безусловного доведения возражения до сведения других государств лежит на самом возражающем государстве.

9) Требование о том, чтобы возражение продолжалось настойчиво, применяется как до, так и после того, как возникает данная норма обычного международного права. Оценка того, соблюдено ли это требование, должна выполняться на основе прагматичного подхода и с учетом обстоятельств каждого случая. Это требование означает, во-первых, что возражение следует высказывать вновь всякий раз, когда такой повтор диктуется обстоятельствами (т. е. в обстоятельствах, когда молчание либо бездействие может обоснованно вести к выводу о том, что государство от своего возражения отказалось). Вместе с тем ясно, что от государств не ожидается проявление реакции в каждом конкретном случае, особенно если их позиция уже хорошо известна. Кроме того, такие неоднократные возражения должны быть в целом последовательны, т. е. не нести в себе существенных противоречий.

10) В пункте 3 ясно определено, что проект вывода 15 не затрагивает какого-либо вопроса, касающегося императивных норм общего международного права (*jus cogens*). В комментарии к проекту вывода 1 уже четко предусматривается, что все настоящие проекты выводов не предрешают вопроса об иерархии норм международного права, в том числе императивных норм общего международного права (*jus cogens*), или вопросов, связанных с характером *erga omnes* определенных обязательств⁷⁸².

Часть седьмая

Партикулярное обычное международное право

Часть седьмая содержит единственный проект вывода, касающийся партикулярного обычного международного права (которое иногда называется «региональным обычаем» или «особым обычаем»). Хотя нормы общего обычного международного права распространяются на все государства, нормы партикулярного обычного международного права применяются между ограниченным числом государств. Несмотря на то что они встречаются нечасто,

⁷⁸¹ См., например, *C v. Director of Immigration and another*, Hong Kong Court of Appeal, [2011] HKCA 159, SACV 132-137/2008 (2011), at para. 68 («Evidence of objection must be clear»).

⁷⁸² См. пункт 5) комментария к проекту вывода 1 выше.

они могут играть существенную роль в межгосударственных отношениях, согласовывая между собой различающиеся интересы и ценности, разделяемые лишь некоторыми государствами⁷⁸³.

Вывод 16

Партикулярное обычное международное право

1. Норма партикулярного обычного международного права, будь то регионального, местного или иного, является нормой обычного международного права, применимой только в отношении между ограниченным числом государств.

2. Для определения существования и содержания той или иной нормы партикулярного обычного международного права необходимо выявить, существует ли всеобщая практика между соответствующими государствами, которая признана ими в качестве правовой нормы (*opinio juris*) в отношении между ними.

Комментарий

1) Возможность существования норм обычного международного права, которые не носят всеобщего характера, никем не оспаривается. Это подтверждается практикой Международного Суда, который, в частности, ссылался на нормы обычного международного права, «характерные для межамериканской правовой системы»⁷⁸⁴, или «воздействие которых ограничено Африканским континентом так же, как ранее оно было ограничено испаноязычной Америкой»⁷⁸⁵, а также на «местный обычай»⁷⁸⁶ и на обычное международное право «регионального характера»⁷⁸⁷. В число дел, в рамках которых вставал вопрос о выявлении таких норм, входят дело *Об убежище*⁷⁸⁸ и дело *О праве прохода*⁷⁸⁹. Термин «партикулярное обычное международное право» относится именно к таким нормам в отличие от норм обычного международного права общего применения. Он используется вместо термина «партикулярный обычай», чтобы подчеркнуть, что в проекте вывода речь идет о правовых нормах, а не просто об обычаях или обыкновениях; несомненно, между государствами могут применяться и «местные обычаи», не равнозначные нормам международного права⁷⁹⁰.

2) Проект вывода 16 помещен в конец свода проектов выводов, поскольку предшествующие ему проекты в целом применяются в том числе и в связи с определением норм партикулярного обычного международного права, если в настоящем проекте вывода не оговорено иное. В частности, применяется двухэлементный подход, описанный в настоящем комментарии⁷⁹¹.

3) В пункте 1, который носит характер определения, поясняется, что партикулярное обычное международное право применяется лишь между ограниченным числом государств. Его следует отличать от «общего» обычного международного права, т. е. такого обычного международного права, которое в принципе применяется ко всем государствам. Таким образом, сама по себе норма

⁷⁸³ Не исключена вероятность того, что со временем такие нормы могут превратиться в нормы «общего» обычного международного права.

⁷⁸⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (см. сноску 663 выше), at p. 105, para. 199.

⁷⁸⁵ *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 554, at p. 565, para. 21.

⁷⁸⁶ *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco* (см. сноску 685 выше), at p. 200; и *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (см. сноску 675 выше), at p. 39.

⁷⁸⁷ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 683 выше), at p. 233, para. 34.

⁷⁸⁸ *Colombian-Peruvian asylum case* (см. сноску 674 выше).

⁷⁸⁹ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (см. сноску 675 выше).

⁷⁹⁰ См. также пункт 2 проекта вывода 9 выше.

⁷⁹¹ Международный Суд рассматривает партикулярное обычное международное право как относящееся к подпункту b) пункта 1 статьи 38 его Статута: см. *Colombian-Peruvian asylum case* (сноска 674 выше), pp. 276–277.

партикулярного обычного международного права не создает ни обязательств, ни прав для третьих государств⁷⁹².

4) Нормы партикулярного обычного международного права могут применяться в отношениях между различными видами объединений государств. Нередко упоминаются нормы партикулярного права регионального характера, например «свойственные латиноамериканским государствам» (в пример нередко приводится институт дипломатического убежища)⁷⁹³. Партикулярное обычное международное право может действовать и в менее обширной географической области или даже являться обязательным всего для двух государств. В деле *О праве прохода* Международный Суд пояснил, что:

«Трудно понять, почему число государств, между которыми на основании длительной практики может установиться местный обычай, обязательно должно быть больше двух. Суд не усматривает причин, по которым длительно применяющаяся в отношениях между двумя государствами практика, признанная ими как регулирующая их отношения, не может составлять основу для взаимных прав и обязательств между этими двумя государствами»⁷⁹⁴.

Дела, в рамках которых рассматривались утверждения о наличии подобных норм партикулярного обычного международного права, касались, в частности, права на доступ к анклавам на иностранной территории⁷⁹⁵; совместного права собственности (совместного владения) трех прибрежных государств⁷⁹⁶ на исторические воды; права на натуральное рыболовство для граждан, проживающих на берегу пограничной реки между двумя государствами⁷⁹⁷; права на трансграничные/международные транзитные перевозки без пограничного оформления⁷⁹⁸, а также обязательства достичь договоренности относительно регламентации производства электроэнергии на реке, являющейся границей между двумя государствами⁷⁹⁹.

5) Хотя между двумя государствами, применяющими некую норму партикулярного обычного международного права, как правило, существует определенная географическая связь, она не обязательна. Цель выражения «будь то регионального, местного или иного» – признать, что, хотя партикулярное обычное международное право действует в основном на региональном, субрегиональном или местном уровнях, в принципе нет никаких причин полагать, что некая норма партикулярного обычного международного права не может сформироваться между государствами, которые связаны общим делом, интересом или видом деятельности, не зависящим от их взаимного географического расположения, либо которые подчиняются общности интересов, установленной в силу договора или иным образом.

6) В пункте 2 излагаются субстантивные требования к выявлению нормы партикулярного обычного международного права. По сути, определение существования такой нормы состоит в поиске общей практики, сложившейся в отношениях между соответствующими государствами и признанной ими в качестве

⁷⁹² Данная позиция аналогична позиции, сформулированной в положениях Венской конвенции 1969 года относительно международных договоров и третьих государств (часть III, раздел 4).

⁷⁹³ *Colombian-Peruvian asylum case* (см. сноску 674 выше), at p. 276.

⁷⁹⁴ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (см. сноску 675 выше), at p. 39.

⁷⁹⁵ Там же, p. 6.

⁷⁹⁶ См. заявление Гондураса в деле *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, p. 351, at p. 597, para. 399.

⁷⁹⁷ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 683 выше), at pp. 265–266, paras. 140–144; см. также Judge Sepúlveda-Amor's Separate Opinion, at pp. 278–282, paras. 20–36.

⁷⁹⁸ *Nkondo v. Minister of Police and Another*, South African Supreme Court, 1980 (2) SA 894 (O), 7 March 1980, *International Law Reports*, vol. 82, pp. 358–375, at pp. 368–375 (заявление Дж. Смутса: «Нет никаких доказательств наличия между Южно-Африканской Республикой и Лесото давно сложившейся практики, которая оформилась бы в виде местного обычного права на транзитные перевозки без пограничного оформления» (at p. 359)).

⁷⁹⁹ *Kraftwerk Reckingen AG v. Canton of Zurich and others*, Appeal Judgment, BGE 129 II 114, ILDC 346 (CH 2002), 10 October 2002, Switzerland, Federal Supreme Court [BGer]; Public Law Chamber II, para. 4.

практики, регулирующей их отношения между собой. В деле *Об убежище* Международный Суд дал руководящие указания по этому вопросу, постановив в связи с приведенным Колумбией аргументом о наличии «регионального или местного обычая, свойственного латиноамериканским государствам», что:

«Сторона, которая ссылается на обычай такого характера, должна доказать, что этот обычай установился таким образом, что он стал обязательным для другой стороны. Правительство Колумбии должно доказать, что норма, на которую оно ссылается, находится в соответствии с постоянным и единообразным обыкновением, практикуемым данными государствами, и что это обыкновение является выражением права, принадлежащего тому государству, которое предоставляет убежище, и обязанности, лежащей на территориальном государстве. Это вытекает из статьи 38 Статута Суда, которая говорит о международном обычае как о "доказательстве всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы"»⁸⁰⁰.

7) Таким образом, двухэлементный подход, требующий и наличия всеобщей практики, и ее признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*), также применяется в случае выявления норм партикулярного обычного международного права. Тем не менее в случае партикулярного обычного международного права обязательный всеобщий характер практики означает, что она должна представлять собой последовательную практику «между соответствующими государствами», т. е. всеми государствами, между которыми применяется данная норма. Каждое из этих государств должно предварительно признать эту практику в качестве правовой нормы, действующей в отношениях между ними. В связи с этим на нормы партикулярного обычного международного права распространяется более строгий двухэлементный подход.

⁸⁰⁰ *Colombian-Peruvian asylum case* (см. сноску 674 выше), at pp. 276–277.

Глава VI Охрана атмосферы

А. Введение

67. Комиссия решила включить тему «Охрана атмосферы» в свою программу работы на своей шестьдесят пятой сессии (в 2013 году) при условии соблюдения достигнутого в этой связи понимания и назначила Специальным докладчиком г-на Синья Мурасэ⁸⁰¹.

68. Комиссия получила и рассмотрела первый доклад Специального докладчика на своей шестьдесят шестой сессии (в 2014 году); второй доклад на своей шестьдесят седьмой сессии (в 2015 году); третий доклад на своей шестьдесят восьмой сессии (в 2016 году); и четвертый доклад на своей шестьдесят девятой сессии (в 2017 году)⁸⁰². На основе проектов руководящих положений, предложенных Специальным докладчиком во втором, третьем и четвертом докладах, Комиссия в предварительном порядке приняла девять проектов руководящих положений и восемь пунктов преамбулы вместе с комментариями к ним⁸⁰³.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

69. На данной сессии Комиссии был представлен пятый доклад Специального докладчика (A/CN.4/711), в котором Специальный докладчик, во-первых, рассмотрел вопрос об имплементации проектов руководящих принципов на национальном уровне. В этой связи он отметил различные способы такой имплементации в зависимости от характера соответствующих обязательств и рассмотрел вопрос об экстерриториальном применении национального права в некоторых ситуациях. Во-вторых, он изучил ситуации, при которых имеет место невыполнение соответствующих обязательств. Перейдя к вопросу соблюдения на международном уровне, Специальный докладчик пояснил, что он отдает предпочтение совместным механизмам соблюдения, которые призваны оказывать помощь стороне, оказавшейся в ситуации несоблюдения, по сравнению с карательными или правоприменительными механизмами, основанными

⁸⁰¹ На своем 3197-м заседании 9 августа 2013 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*), п. 168. Комиссия включила эту тему в свою программу работы при том понимании, что: «а) Работа по этой теме будет вестись таким образом, чтобы не мешать соответствующим политическим переговорам, в том числе по вопросам изменения климата, разрушения озонового слоя и трансграничного загрязнения воздуха на большие расстояния. Тема не будет касаться и не будет наносить ущерба таким вопросам, как материальная ответственность государств и их граждан и юридических лиц, принцип "загрязнитель платит", принцип предосторожности, общая, но дифференцированная ответственность и передача средств и технологии, включая права интеллектуальной собственности, развивающимся странам; б) тема не будет касаться также конкретных веществ, таких как сажистый углерод, тропосферный озон, и других веществ двойного воздействия, являющихся предметом переговоров между государствами. Заполнение пробелов в договорных режимах не будет целью данного проекта; в) вопросы космического пространства, включая его делимитацию, остаются за рамками данной темы; д) результатом работы по данной теме будут проекты руководящих положений, которые не будут налагать на существующие договорные режимы какие-либо правовые нормы и принципы помимо тех, которые в них уже заложены. Специальный докладчик будет готовить свои доклады на основе этого понимания». Генеральная Ассамблея в пункте 6 своей резолюции 68/112 от 16 декабря 2013 года приняла к сведению решение Комиссии включить тему в ее программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестьдесят третьей сессии (в 2011 году) на основе предложения, содержащегося в приложении В к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*), п. 365).

⁸⁰² A/CN.4/667, A/CN.4/681, A/CN.4/692 и A/CN.4/705 и Corr.1 соответственно.

⁸⁰³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/70/10)*, пп. 53–54; и там же, *семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10)*, пп. 95–96; и там же *семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10)*, пп. 66–67.

на задействовании юридической ответственности государств и на применении санкций к стороне, находящейся в ситуации несоблюдения. В-третьих, Специальный докладчик рассмотрел вопрос о разрешении споров. В этой связи он подчеркнул как необходимость мирного урегулирования споров, так и необходимость учитывать наукоемкий и фактоемкий характер экологических споров, который делает необходимым проведение экспертизы научных доказательств и применение надлежащих процессуальных правил при рассмотрении таких споров.

70. На основе своего анализа Специальный докладчик предложил три дополнительных проекта руководящих положений, касающихся имплементации (проект руководящего положения 10), соблюдения (проект руководящего положения 11) и разрешения споров (проект руководящего положения 12). Кроме того, Специальный докладчик выразил надежду на то, что на текущей сессии удастся завершить рассмотрение проектов руководящих положений в первом чтении.

71. Комиссия рассмотрела пятый доклад Специального докладчика на своих 3405–3409-м и 3413-м заседаниях соответственно 17, 22–25 и 29 мая 2018 года.

72. После проведения прений по докладу Комиссия на своем 3413-м заседании 29 мая 2018 года постановила передать проекты руководящих положений 10–12, содержащиеся в пятом докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет с учетом прений в Комиссии.

73. На своем 3417-м заседании 2 июля 2018 года Комиссия получила и рассмотрела доклад Редакционного комитета (A/CN.4/L.909) и приняла в предварительном порядке проекты руководящих положений об охране атмосферы в первом чтении (см. раздел С. 1 ниже).

74. На своих 3448–3450-м заседаниях 8 и 9 августа 2018 года Комиссия приняла комментарии к проектам руководящих положений (см. раздел С.2 ниже).

75. На своем 3450-м заседании 9 августа 2018 года Комиссия выразила свою глубокую признательность Специальному докладчику г-ну Синье Мурасэ за его выдающийся вклад в разработку темы, который позволил Комиссии довести до успешного завершения рассмотрение в первом чтении проектов руководящих положений об охране атмосферы.

76. На своем 3450-м заседании 9 августа 2018 года Комиссия постановила в соответствии со статьями 16–21 своего Положения препроводить проект руководящих положений об охране атмосферы (см. раздел С ниже) через Генерального секретаря правительствам и международным организациям для получения от них замечаний и мнений с просьбой представить такие замечания и мнения Генеральному секретарю к 15 декабря 2019 года.

С. Текст проектов руководящих положений об охране атмосферы вместе с преамбулой, в предварительном порядке принятый Комиссией в первом чтении

1. Текст проектов руководящих положений вместе с преамбулой

77. Текст проекта руководящих положений об охране атмосферы вместе с преамбулой, в предварительном порядке принятый Комиссией в первом чтении, воспроизводится ниже.

Преамбула

признавая, что атмосфера абсолютно необходима для поддержания жизни на Земле, здоровья и благополучия людей, а также водных и наземных экосистем,

учитывая, что в атмосфере происходит перенос и рассеивание веществ, вызывающих загрязнение и деградацию,

отмечая тесное взаимодействие между атмосферой и океанами,

признавая в этой связи, что охрана атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации является предметом насущной озабоченности международного сообщества в целом,

осознавая особое положение и потребности развивающихся стран,

осознавая также, в частности, особое положение низинных прибрежных районов и малых островных развивающихся государств из-за повышения уровня моря,

отмечая, что интересы будущих поколений человечества в долгосрочном сохранении качества атмосферы следует полностью принимать во внимание,

напоминая, что настоящий проект руководящих положений не предполагает вмешательства в соответствующие политические переговоры, в том числе по изменению климата, разрушению озона и трансграничному загрязнению воздуха на большие расстояния, и что он не преследует цели заполнить пробелы в договорных режимах и не распространяет на существующие договорные режимы действие каких-либо правовых норм или правовых принципов, не содержащихся в них,

Руководящее положение 1

Употребление терминов

Для целей настоящего проекта руководящих положений:

- a) «атмосфера» означает газовую оболочку Земли;
- b) «атмосферное загрязнение» означает привнесение или выброс людьми, прямо или косвенно, в атмосферу веществ, способствующих вредным последствиям, действие которых распространяется за пределы государства происхождения, такого характера, который ставит под угрозу жизнь и здоровье людей и природную среду Земли;
- c) «атмосферная деградация» означает изменение людьми, прямо или косвенно, атмосферных условий, имеющее значительные вредные последствия такого характера, который ставит под угрозу жизнь и здоровье людей и природную среду Земли.

Руководящее положение 2

Сфера охвата руководящих положений

1. Настоящий проект руководящих положений касается охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.
2. Настоящий проект руководящих положений не касается вопросов, затрагивающих принцип «загрязнитель платит», принцип предосторожности, общую, но дифференцированную ответственность, материальную ответственность государств, их граждан и юридических лиц и передачу средств и технологий, включая права интеллектуальной собственности, развивающимся странам, и не наносит ущерба этим вопросам.
3. Настоящий проект руководящих положений не касается конкретных веществ, таких как сажистый углерод, тропосферный озон, и других веществ двойного воздействия, которые являются предметом переговоров между государствами.
4. Ничто в настоящем проекте руководящих положений не затрагивает статус воздушного пространства по международному праву и вопросы, связанные с космическим пространством, включая его делимитацию.

Руководящее положение 3

Обязательство по охране атмосферы

Государства несут обязательство по охране атмосферы посредством проявления должной осмотрительности при принятии надлежащих мер в соответствии с применимыми нормами международного права для предотвращения, сокращения или контроля атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.

Руководящее положение 4

Оценка воздействия на окружающую среду

Государства несут обязательство по обеспечению проведения оценки воздействия на окружающую среду предполагаемых видов деятельности под их юрисдикцией или контролем, которые могут оказывать значительное неблагоприятное воздействие на атмосферу в виде атмосферного загрязнения или атмосферной деградации.

Руководящее положение 5

Устойчивое использование атмосферы

1. Поскольку атмосфера является природным ресурсом с ограниченными возможностями ассимиляции, она должна использоваться устойчивым образом.
2. Устойчивое использование атмосферы включает в себя необходимость совмещения экономического развития с охраной атмосферы.

Руководящее положение 6

Справедливое и разумное использование атмосферы

Атмосферу следует использовать справедливым и разумным образом с учетом интересов нынешнего и будущих поколений.

Руководящее положение 7

Намеренное крупномасштабное изменение атмосферы

Деятельность, направленную на намеренное крупномасштабное изменение атмосферы, следует проводить осмотрительно и осторожно, с соблюдением применимых норм международного права.

Руководящее положение 8

Международное сотрудничество

1. Государства несут обязательство по сотрудничеству, когда это уместно, друг с другом и с соответствующими международными организациями в целях охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.
2. Государствам следует сотрудничать в целях дальнейшего расширения научных знаний о причинах и последствиях атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. Сотрудничество может включать в себя обмен информацией и совместный мониторинг.

Руководящее положение 9

Взаимосвязь между соответствующими нормами

1. Нормы международного права, касающиеся охраны атмосферы, и другие соответствующие нормы международного права, включая, среди прочего, нормы международного торгового и инвестиционного права, морского права и международного права прав человека, следует, насколько это возможно, выявлять, толковать и применять таким образом, чтобы сформировалась единая совокупность совместимых друг с другом обязательств в духе принципов гармонизации и системной интеграции и с целью избежания конфликтов. Это следует делать в соответствии с применимыми нормами, изложенными в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, включая

статьи 30 и пункт 3 с) статьи 31, и принципами и нормами обычного международного права.

2. Государствам, при разработке новых норм международного права, касающихся охраны атмосферы, и других соответствующих норм международного права следует, насколько это возможно, пытаться делать это гармоничным образом.

3. При применении пунктов 1 и 2 особое внимание следует уделять лицам и группам, особенно уязвимым для атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. Такие группы могут включать в себя, среди прочего, коренные народы, население наименее развитых стран и население низинных прибрежных районов и малых островных развивающихся государств, затрагиваемых повышением уровня моря.

Руководящее положение 10

Имплементация

1. Национальная имплементация обязательств по международному праву, касающемуся охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации, в том числе упомянутых в настоящем проекте руководящих положений, может принимать форму законодательных, административных, судебных и других мер.

2. Государствам также следует пытаться придать силу рекомендациям, содержащимся в настоящем проекте руководящих положений.

Руководящее положение 11

Соблюдение

1. Государствам необходимо добросовестно выполнять свои обязательства по международному праву, касающемуся охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации, в том числе путем соблюдения норм и процедур в соответствующих соглашениях, участниками которых они являются.

2. Для обеспечения соблюдения, когда это уместно, могут применяться стимулирующие или правоприменительные процедуры в соответствии с такими соглашениями:

а) стимулирующие процедуры могут включать в себя оказание в случаях несоблюдения помощи государствам транспарентным, невраждебным и не предполагающим наказание образом для обеспечения того, чтобы соответствующие государства соблюдали свои обязательства по международному праву с учетом своих возможностей и особых условий;

б) правоприменительные процедуры могут включать в себя вынесение предупреждения о несоблюдении, прекращение действия прав и привилегий по соответствующим соглашениям и другие формы правоприменительных мер.

Руководящее положение 12

Разрешение споров

1. Споры между государствами, касающиеся охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации, подлежат разрешению мирными средствами.

2. Поскольку такие споры могут потребовать изучения большого объема фактологических данных и проведения научного анализа, должное внимание следует уделять привлечению технических и научных экспертов.

2. Текст проектов руководящих положений вместе с преамбулой и комментариями к ним

78. Текст проектов руководящих положений вместе с преамбулой и комментариями к ним, принятый Комиссией в первом чтении на ее семидесятой сессии, приводится ниже.

Охрана атмосферы

Общий комментарий

1) Как это всегда имеет место в случае материалов, подготавливаемых Комиссией, проекты руководящих положений подлежат прочтению вместе с комментариями.

2) Комиссия признает важность того, чтобы ее деятельность полностью отвечала современным потребностям международного сообщества. Признается, что как социальная, так и природная среды могут испытывать негативное воздействие некоторых изменений в состоянии атмосферы, вызванных главным образом привнесением вредных веществ, вызывающих трансграничное загрязнение воздуха, разрушение озонового слоя, а также изменения атмосферных условий, ведущие к изменению климата. На основе прогрессивного развития международного права и его кодификации Комиссия ставит перед собой задачу предложить руководящие положения, которые могли бы помочь международному сообществу в решении важнейших вопросов, касающихся трансграничной и глобальной охраны атмосферы. При этом Комиссия не желает вмешиваться в соответствующие политические переговоры, в том числе переговоры по трансграничному загрязнению воздуха на большие расстояния, разрушению озона и изменению климата, не пытается заполнить пробелы в договорных режимах или распространить на существующие договорные режимы действие каких-либо новых правовых норм или правовых принципов помимо тех, которые уже в них содержатся.

Преамбула

признавая, что атмосфера абсолютно необходима для поддержания жизни на Земле, здоровья и благополучия людей, а также водных и наземных экосистем,

учитывая, что в атмосфере происходит перенос и рассеивание веществ, вызывающих загрязнение и деградацию,

отмечая тесное взаимодействие между атмосферой и океанами,

признавая в этой связи, что охрана атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации является предметом насущной озабоченности международного сообщества в целом,

осознавая особое положение и потребности развивающихся стран,

осознавая также, в частности, особое положение низинных прибрежных районов и малых островных развивающихся государств из-за повышения уровня моря,

отмечая, что интересы будущих поколений человечества в долгосрочном сохранении качества атмосферы следует полностью принимать во внимание,

напоминая, что настоящий проект руководящих положений не предполагает вмешательства в соответствующие политические переговоры, в том числе по изменению климата, разрушению озона и трансграничному загрязнению воздуха на большие расстояния, и что он не преследует цели заполнить пробелы в договорных режимах и не распространяет на существующие договорные режимы действие каких-либо правовых норм или правовых принципов, не содержащихся в них,

Комментарий

1) В предыдущих случаях тексты преамбулы готовились после того, как Комиссия завершала работу над конкретной темой⁸⁰⁴. Однако в данном случае с учетом того, каким образом разрабатывался текст руководящих положений, проект преамбулы сложился в процессе редакционной работы. Например, проект руководящего положения 3 (о предмете общей озабоченности человечества), который содержался во втором докладе Специального докладчика⁸⁰⁵, был передан Комиссией в Редакционный комитет для его рассмотрения в контексте возможной преамбулы.

2) Преамбула призвана задать общий контекст для проекта руководящих положений. Первый пункт преамбулы имеет всеохватный характер в форме признания огромной важности атмосферы для поддержания жизни на Земле, здоровья и благополучия людей, а также для водных и наземных экосистем. Атмосфера – крупнейший и один из самых важных природных ресурсов Земли. Она была отнесена к природным ресурсам, наряду с минеральными, энергетическими и водными ресурсами, бывшим Комитетом по природным ресурсам Экономического и Социального Совета⁸⁰⁶, а также в Декларации Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды 1972 года (далее – «Стокгольмская декларация»)⁸⁰⁷ и во Всемирной хартии природы 1982 года⁸⁰⁸. Атмосфера обеспечивает возобновляемый «поток ресурсов», необходимых для жизни человека, растений и животных на планете, и она служит средой переноса и сообщения. Как природный ресурс атмосферу в течение долгого времени считали неисчерпаемой и неисключительной, поскольку казалось, что каждый может пользоваться ею, не ограничивая при этом окружающих. Теперь так уже никто не

⁸⁰⁴ В прошлом Комиссия, как правило, представляла Генеральной Ассамблее результаты своей работы без проекта преамбулы, оставляя ее выработку государствам. Однако были и случаи, когда такие преамбулы готовились Комиссией. Это имело место, например, в случае двух проектов конвенций об искоренении безгражданства в будущем (1954), *Ежегодник... 1954 год*, т. II, п. 25; и о сокращении безгражданства в будущем (1954), *Ежегодник... 1954 год*, т. II, п. 25; типовых норм в отношении арбитражных процедур (1958), *Ежегодник... 1958 год*, т. II, п. 22 (в преамбуле были отражены основополагающие правила, касающиеся обязательств по передаче споров на арбитраж); проекта статей о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств (1999), *Ежегодник... 1999 год*, т. II (часть вторая), п. 47 (см. также резолюцию 55/153 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2000 года); проекта статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (2001), *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, п. 97 (текст воспроизводится в резолюции 62/68 Генеральной Ассамблеи от 6 декабря 2007 года, приложение); руководящих принципов, применимых к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств (2006), *Ежегодник... 2006 год*, т. II (часть вторая), п. 176; проекта принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности (2006) *Ежегодник... 2006 год*, т. II (часть вторая), п. 66 (воспроизводится в резолюции 61/36 Генеральной Ассамблеи от 4 декабря 2006 года, приложение); и статей о праве трансграничных водоносных горизонтов (2008), *Ежегодник... 2008 год*, т. II (часть вторая), пп. 53–54.

⁸⁰⁵ A/CN.4/681 и Corr.1, п. 3.

⁸⁰⁶ Включение «атмосферных ресурсов» в число «других природных ресурсов» бывшим Комитетом по природным ресурсам было впервые упомянуто в докладе Комитета о работе его первой сессии, *Официальные отчеты Экономического и Социального Совета, пятидесятая сессия, Дополнение № 6 (E/4969–E/C.7/13)*, раздел 4 («другие природные ресурсы»), п. 94 d). Работа Комитета (позднее – Комитета по энергетическим и природным ресурсам в целях развития) была впоследствии передана Комиссии по устойчивому развитию.

⁸⁰⁷ «Природные ресурсы Земли, включая воздух... должны быть сохранены на благо нынешнего и будущего поколений путем тщательного планирования и управления по мере необходимости» (принята в Стокгольме 16 июня 1972 года, см. *Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды, Стокгольм, 5–16 июня 1972 года* (Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.73.II.A.14 (A/CONF.48/14/Rev.1 и Corr.1), часть первая, гл. I, принцип 2).

⁸⁰⁸ «Используемые человеком... ресурсы атмосферы должны управляться таким образом, чтобы можно было обеспечить и сохранить их оптимальную и постоянную производительность» (Всемирная хартия природы, резолюция 37/7 Генеральной Ассамблеи от 28 октября 1982 года, приложение, общие принципы, п. 4).

считает⁸⁰⁹. Следует иметь в виду, что атмосфера представляет собой ограниченный ресурс с ограниченным ассимиляционным потенциалом.

3) Второй пункт преамбулы посвящен функциональному аспекту атмосферы как среды переноса и рассеивания веществ, вызывающих загрязнение и деградацию. Комиссия сочла уместным упомянуть о функциональном аспекте в преамбуле. Это обусловлено обеспокоенностью по поводу того, что включение функционального аспекта в определение атмосферы, как это первоначально предлагалось, способно создать впечатление, что перенос и рассеивание такого рода являются желательными явлениями, чего Комиссия хотела бы избежать. Трансграничный перенос на большие расстояния веществ, вызывающих загрязнение и деградацию, признается сегодня в качестве одной из основных проблем атмосферной среды⁸¹⁰, когда Арктика считается одним из районов мира, которые наиболее серьезно страдают от распространения по всему миру вредных загрязнителей⁸¹¹.

4) В третьем пункте преамбулы признается «тесное взаимодействие», которое происходит на практике вследствие физической связи между атмосферой и океанами. Значительная часть загрязнения, попадающего в морскую среду из атмосферы или через нее, происходит из наземных источников, включая антропогенную деятельность на суше⁸¹². Научные исследования показывают, что деятельность человека также является причиной глобального потепления, которое вызывает повышение температуры воды в океанах и, в свою очередь, приводит к экстремальным атмосферным явлениям в виде наводнений и засух⁸¹³. В своей резолюции 71/257 от

⁸⁰⁹ Третьей группой и Апелляционный орган Всемирной торговой организации (ВТО) признали в деле *Gasoline* 1996 года, что чистый воздух является «исчерпаемым природным ресурсом», который может быть «истощен». Report of the Appellate Body, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (1996), WT/DS2/AB/R.

⁸¹⁰ См. Стокгольмскую конвенцию о стойких органических загрязнителях 2001 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2256, № 40214, p. 119 (в преамбуле которой отмечается, что «стойкие органические загрязнители... являются объектом трансграничного переноса по воздуху... а также осаждаются на большом расстоянии от источника их выбросов, накапливаясь в экосистемах суши и водных экосистемах»); Гётеборгский протокол о борьбе с подкислением, эвтрофикацией и приземным озоном к Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния 1979 года с поправками, внесенными в него в 2012 году (Гётеборг, 30 ноября 1999 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2319, p. 81), в третьем пункте преамбулы гласит: «Будучи обеспокоены... тем, что выделяемые [химические вещества] переносятся в атмосфере на большие расстояния и могут оказывать негативное трансграничное воздействие»; Минаматская конвенция о ртути 2013 года (Кумамото (Япония)), 10 октября 2013 года, текст см. <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/10/20131010%2011-16%20AM/CTC-XXVII-17.pdf>) признает, что ртуть является «химическим веществом, вызывающим обеспокоенность в глобальном масштабе вследствие ее переноса в атмосфере на большие расстояния» (первый пункт преамбулы); см. J.S. Fuglesvedt *et al.*, «Transport impacts on atmosphere and climate: metrics», *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), pp. 4648–4677; D.J. Wuebbles, H. Lei and J.-T. Lin, «Inter-continental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences», *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), pp. 65–84; J.-T. Lin, X.-Z. Liang and D.J. Wuebbles, «Effects of inter-continental transport on surface ozone over the United States: Present and future assessment with a global model», *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008).

⁸¹¹ Было выявлено несколько из этих угроз загрязнения среды Арктики, таких как стойкие органические загрязнители и ртуть, происходящие главным образом из источников за пределами региона. Эти загрязнители попадают в Арктику из южных промышленных районов Европы и с других континентов вместе с преобладающими северными ветрами и океаническими течениями. См. Т. Koivurova, P. Kankaanpää and A. Stepien, «Innovative environmental protection: lessons from the Arctic», *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), pp. 285–311, at p. 297.

⁸¹² R.A. Duce *et al.*, «The atmospheric input of trace species to the world ocean», *Global Biogeochemical Cycles*, vol. 5 (1991), pp. 193–259; T. Jickells and C.M. Moore, «The importance of atmospheric deposition for ocean productivity», *Annual Review of Ecology, Evolution and Systematics*, vol. 46 (2015), pp. 481–501.

⁸¹³ По данным Межправительственной группы экспертов по изменению климата в ее «Сводном докладе об изменении климата 2014 года: резюме для политиков», стр. 4: «Повышение температуры океана является главным фактором, способствующим увеличению энергии,

23 декабря 2016 года Генеральная Ассамблея подтвердила воздействие изменения климата на океаны и подчеркнула важность углубления научных знаний о взаимодействии между океаном и атмосферой⁸¹⁴.

5) В 2015 году была завершена первая Глобальная комплексная оценка состояния морской среды (первая оценка состояния Мирового океана), в ходе которой было проведено всестороннее и подробное исследование состояния морской среды, в том числе в главе, посвященной, в частности, веществам, загрязняющим океаны из наземных источников через атмосферу⁸¹⁵. Резюме этого доклада было утверждено Генеральной Ассамблеей на ее семидесятой сессии⁸¹⁶.

6) Среди различных последствий человеческой деятельности, влияющих на состояние океанов, глобальному потеплению и изменению климата способствуют выбросы парниковых газов с судов. В проведенном Международной морской организацией (ИМО) в 2009 году исследовании выбросов парниковых газов такие выбросы с судов были поделены на четыре категории, а именно: выхлопные газы, выбросы от грузов, выбросы хладагентов и другие выбросы⁸¹⁷. По данным исследования, чрезмерный выброс парниковых газов с судов меняет состав атмосферы и климат и негативно влияет на состояние морской среды и здоровье людей⁸¹⁸.

7) Генеральная Ассамблея продолжает подчеркивать настоятельную необходимость преодоления последствий деградации атмосферы, таких как глобальное потепление, повышение уровня моря, закисление океана и другие

содержащейся в климатической системе; на его долю приходится более 90% энергии, аккумулированной с 1971 по 2010 годы (*высокая степень достоверности*), и только порядка 1% сохраняется в атмосфере. В глобальных масштабах потепление океана является наибольшим ближе к поверхности, и температура верхних 75 м повышалась на 0,11 [0,09 до 0,13] °C за каждое десятилетие в период с 1971 по 2010 год. *Практически определенно* температура верхнего слоя океана (0–700 м) повысилась в период с 1971 по 2010 год и, *вероятно*, повышалась с 1870-х годов по 1971 год». В силу повышения температуры океана многочисленные научные анализы указывают на то, что в XXI веке существует риск сильных и широкомасштабных засух на многих материковых территориях. См. S.K. Min *et al.*, «Human contribution to more-intense precipitation extremes», *Nature*, vol. 470 (2011), pp. 378–381; A. Dai, «Increasing drought under global warming in observations and models», *Nature Climate Change*, vol. 3 (2013), pp. 52–58; и J. Sheffield, E.F. Wood, и M.L. Roderick, «Little change in global drought over the past 60 years», *Nature*, vol. 491 (2012), pp. 435–438. См. также Ø. Nov, «Overview: oceans and the atmosphere» and T. Jickells, «Linkages between the oceans and the atmosphere», в «Резюме неофициального совещания Комиссии международного права: диалог со специалистами по атмосферным наукам (третье заседание), 4 мая 2017 года», pp. 4–12 и 21–30 соответственно; URL: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/69/pdfs/english/informal_dialogue_4may2017.pdf&lang=E.

⁸¹⁴ Резолюция 71/257 Генеральной Ассамблеи от 23 декабря 2016 года о мировом океане и морском праве, pp. 185–196 и 279.

⁸¹⁵ United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, «Первая глобальная комплексная оценка состояния морской среды» (Первая оценка состояния Мирового океана). URL: www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm (дата обращения 7 июля 2017 года) (см., в частности, гл. 20, озаглавленную «Coastal, riverine and atmospheric inputs from land»).

⁸¹⁶ Резолюция 70/235 Генеральной Ассамблеи от 23 декабря 2015 года.

⁸¹⁷ Ø. Buhaug *et al.*, *Second IMO GHG Study 2009* (London, IMO, 2009), p. 23. См. также T.W.P. Smith *et al.*, *Third IMO GHG Study* (London, IMO, 2014), executive summary, table 1. M. Righi, J. Hendricks and R. Sausen, «The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 – Part 1: land transport and shipping», *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15 (2015), pp. 633–651.

⁸¹⁸ Большинство выбросов парниковых газов с судов происходят в морском пограничном слое или заносятся туда, где они влияют на состав атмосферы. См., напр., V. Eyring *et al.*, «Transport impacts on atmosphere and climate: shipping», *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), pp. 4735, 4744–4745 and 4752–4753. D.E.J. Currie and K. Wowk, «Climate change and CO₂ in the oceans and global oceans governance», *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3 (2009), pp. 387 and 389; C. Schofield, «Shifting limits? Sea level rise and options to secure maritime jurisdictional claims», *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3 (2009), p. 12; and S.R. Cooley and J.T. Mathis, «Addressing ocean acidification as part of sustainable ocean development», *Ocean Yearbook*, vol. 27 (2013), pp. 29–47.

последствия изменения климата, которые оказывают серьезное влияние на прибрежные районы и прибрежные страны, расположенные на низменных территориях, включая многие наименее развитые страны и малые островные развивающиеся государства, и ставят под угрозу выживание многочисленных обществ⁸¹⁹.

8) Третий пункт преамбулы также связан с пунктом 1 проекта руководящего положения 9 в том смысле, что физическая связь между атмосферой и океанами закладывает физическую основу для связи между нормами права, касающимися охраны атмосферы, и нормами морского права⁸²⁰.

9) В четвертом пункте преамбулы с учетом указанной выше важности проблем, которые связаны с атмосферой, провозглашается, что охрана атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации «является предметом насущной озабоченности международного сообщества в целом». Хотя ряд договоров и литература дают определенные основания говорить о существовании концепции «предмета насущной озабоченности человечества»⁸²¹, Комиссия решила не

⁸¹⁹ Резолюция 70/1 Генеральной Ассамблеи от 25 сентября 2015 года, озаглавленная «Преобразование нашего мира: Повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года», п. 14 («Одной из наиболее серьезных проблем нашего времени является изменение климата, и негативные последствия этого явления подрывают способность всех стран достичь устойчивого развития. Рост температуры в мире, повышение уровня морей, закисление океана и другие последствия изменения климата серьезно сказываются на прибрежных районах и низколежащих прибрежных странах, в том числе на многих наименее развитых странах и малых островных развивающихся государствах. Под угрозой находится существование многих сообществ и биологических систем жизнеобеспечения на планете»). См. также «Мировой океан и морское право: Доклад Генерального секретаря» (A/71/74/Add.1), гл. VIII («Мировой океан в контексте изменения климата и закисления океана»), пп. 115–122.

⁸²⁰ См. п. 6) комментария к проекту руководящего положения 9 ниже.

⁸²¹ В пункте 1 преамбулы Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата 1992 года (Нью-Йорк, 9 мая 1992 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1771, № 30822, р. 107) признается, что «изменение климата Земли и его неблагоприятные последствия являются предметом общей озабоченности человечества». Сходным образом преамбула к Конвенции по биологическому разнообразию 1992 года (*ibid.*, vol. 1760, № 30619, р. 79) показывает, что стороны «[сознают]... большое значение биологического разнообразия для эволюции и сохранения поддерживающих жизнь систем биосферы» (п. 2) и подтверждают, что «сохранение биологического разнообразия является предметом общей озабоченности всего человечества» (п. 3). Конвенция Организации Объединенных Наций 1994 года по борьбе с опустыниванием в тех странах, которые испытывают серьезную засуху и/или опустынивание, особенно в Африке, (открыта для подписания, Париж, 14 октября 1994 года, *ibid.*, vol. 1954, № 33480, р. 3) содержит фразы, аналогичные общей заботе, в своей преамбуле, включая «центральное внимание», «серьезную озабоченность международного сообщества» и «проблемы глобального масштаба» применительно к борьбе с опустыниванием и засухой. Другие договоры, такие как Минаматская конвенция о ртути, Стокгольмская конвенция о стойких органических загрязнителях и Гётеборгский протокол к Конвенции 1979 года о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния, используют сходные концепции, касающиеся общей заботы. См. A.E. Boyle, «International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles», in *International Law and Global Climate Change*, R. Churchill and D. Freestone, eds. (Leiden, Kluwer Academic, 1991), pp. 11–12; D. French, «Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts: rhetorical devices, legal principles or a fundamental challenge?» в *Research Handbook on Biodiversity and Law*, M. Bowman, P. Davies and E. Goodwin, eds., (Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2016), pp. 334–360, р. 347; A. Kiss, «The common concern of mankind», *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), р. 246; A.A. Cançado-Trindade and D.J. Attard, «The implication of the «common concern of mankind» concept on global environmental issues», in *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis*, T. Iwama, ed. (Tokyo, Environmental Research Centre, 1991), pp. 7–13; J. Brunnée, «Common areas, common heritage, and common concern», in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Brunnée and H. Hey, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2007), pp. 565–566. См. также C. Kreuter-Kirchhoff, «Atmosphere, international protection», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 737–744 (атмосфера – «предмет общей заботы человечества»).

использовать эту формулировку для описания проблемы, поскольку юридические последствия концепции предмета общей озабоченности человечества на современной стадии развития международного права, касающегося атмосферы, остаются неясными. Было сочтено целесообразным выразить озабоченность международного сообщества серьезностью проблем атмосферы как вопрос факта, не облекая это в нормативную форму. Поэтому в данном контексте использовано выражение «предмет насущной озабоченности международного сообщества в целом». Это выражение Комиссия часто использовала в качестве одного из критериев отбора тем для включения в свою долгосрочную программу работы⁸²².

10) Пятый пункт преамбулы с учетом соображений справедливости касается особой ситуации и особых потребностей развивающихся стран. Одна из первых попыток включения такого принципа была предпринята на Вашингтонской конференции Международной организации труда в 1919 году, в ходе которой делегации стран Азии и Африки добились принятия дифференцированных трудовых стандартов⁸²³. Еще одним примером является Общая система преференций, разработанная в рамках Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию в 1970-е годы, как это отражено в проекте статьи 23 подготовленного Комиссией проекта статей о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации 1978 года⁸²⁴.

11) Необходимость особого учета потребностей развивающихся стран в контексте охраны окружающей среды была признана в ряде международных документов, таких как Стокгольмская декларация 1972 года⁸²⁵ и Рио-де-Жанейрская декларация 1992 года по окружающей среде и развитию (далее – «Рио-де-Жанейрская декларация»)⁸²⁶ и Йоханнесбургская декларация 2002 года по устойчивому развитию⁸²⁷. В Принципе 12 Стокгольмской декларации большое значение придается «учету обстоятельств и конкретных потребностей развивающихся стран». В Принципе 6 Рио-де-Жанейрской декларации выделены особые «потребности развивающихся стран, в первую очередь

⁸²² *Ежегодник... 1997 год*, т. II (часть вторая), п. 238; *Ежегодник... 1998 год*, т. II (часть вторая), п. 553. См. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, п. 269. Комиссия также решила, что она не будет ограничиваться традиционными темами и может также рассматривать темы, которые отражают новые изменения в области международного права и насущные интересы международного сообщества в целом.

⁸²³ На основе п. 3 ст. 405 Версальского договора 1919 года (Мирный договор между союзными и объединившимися державами и Германией, 28 июня 1919 года), который стал п. 3 ст. 19 Устава Международной организации труда (9 октября 1946 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 15, № 229, p. 35) (при разработке трудовых конвенций «необходимо считаться» со специфическими обстоятельствами стран, в которых местные промышленные условия являются «существенно отличными»). Этот же принцип зафиксирован и в некоторых конвенциях, утвержденных Международной организацией труда в 1919 году, и в ряде конвенций, которые были приняты позднее. См. I.F. Ayusawa, *International Labor Legislation* (New York, Columbia University, 1920), chap. VI, pp. 149 *et seq.*

⁸²⁴ См. ст. 23 (Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации в ее взаимоотношении с режимом в рамках общей системы преференций) и ст. 30 (Новые нормы международного права, отвечающие интересам развивающихся стран) проектов статей по теме «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации», принятых Комиссией на ее тридцатой сессии в 1978 году, *Ежегодник... 1978 год*, т. II (часть вторая), п. 74, см. также pp. 47–72. S. Murase, *Economic Basis of International Law* (Токио, Yuhikaku, 2001), pp. 109–179 (на японском языке). См. также предыдущие исключения для развивающихся стран, указанные в ст. XVIII Генерального соглашения по тарифам и торговле 1947 года (Женева, 30 октября 1947 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 55, № 814, p. 194.

⁸²⁵ См. L.V. Sohn, «The Stockholm Declaration on the Human Environment», *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), pp. 423–515, at pp. 485–493.

⁸²⁶ Принята в Рио-де-Жанейро 14 июня 1992 года, см. *Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 года (A/CONF.151/26/Rev.1 (т. I))* и *Corr.1*, резолюция I, с. 3.

⁸²⁷ *Доклад о Всемирной встрече на высшем уровне по устойчивому развитию (Йоханнесбург, Южная Африка, 26 августа — 4 сентября 2002 года) (A/CONF.199/20; издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.03.II.A.1 и исправление)*, гл. I, резолюция 1, приложение.

наименее развитых и экологически наиболее уязвимых стран». В Йоханнесбургской декларации выражена решимость уделять внимание "потребностям развития малых островных развивающихся государств и наименее развитых стран"⁸²⁸. Этот принцип также отражен в статье 3 Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата 1992 года⁸²⁹ и статье 2 Парижского соглашения 2015 года согласно Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (далее – «Парижское соглашение»)⁸³⁰.

12) В основу формулировки пятого пункта преамбулы положен седьмой пункт преамбулы Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков 1997 года⁸³¹.

13) Шестой пункт преамбулы касается одного из самых серьезных последствий атмосферной деградации для всех государств, а именно повышения уровня моря из-за глобального потепления. Он привлекает внимание к особому положению низинных прибрежных районов и малых островных развивающихся государств из-за повышения уровня моря. Согласно данным пятого оценочного доклада, подготовленного Межправительственной группой экспертов по изменению климата, предполагается, что глобальное среднее значение повышения уровня моря, вероятно, будет находиться в пределах от 26 до 98 см к 2100 году⁸³². Хотя точные величины и темпы изменения доподлинно еще неизвестны, в докладе сказано, что уровень моря «практически определенно» будет продолжать повышаться в XXI веке и в последующие столетия, даже если концентрации парниковых газов стабилизируются. Более того повышение уровня моря, вероятно, будет «заметнее проявляться в региональном масштабе при значительных отклонениях в некоторых местах показателя изменения уровня моря в местных и региональных морях от среднемирового значения»⁸³³. Такая степень изменения уровней моря может представлять потенциально серьезную – а, возможно, и катастрофическую – угрозу для многих прибрежных районов, и особенно больших, густонаселенных и низменных прибрежных районов и малых островных развивающихся государств⁸³⁴.

14) Шестой пункт преамбулы касается взаимосвязи между нормами международного права в области охраны атмосферы и нормами морского права, которой посвящен пункт 1 проекта руководящего положения⁸³⁵. В этом пункте преамбулы также говорится о необходимости уделять особое внимание лицам и группам, находящимся в уязвимом положении, которые упоминаются в пункте 3 проекта руководящего положения⁸³⁶. Слова «в частности» имеют целью выделить

⁸²⁸ Йоханнесбургская декларация, п. 24. См. также итоговый документ Конференции Организации Объединенных Наций по устойчивому развитию, «Будущее, которого мы хотим», содержащийся в резолюции 66/288 Генеральной Ассамблеи от 27 июля 2012 года, приложение.

⁸²⁹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1771, № 30822, p. 107.

⁸³⁰ Парижское соглашение согласно Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (Париж, 12 декабря 2015 года), https://treaties.un.org/doc/Treaties/2016/02/20160215%2006-03%20PM/Ch_XXVII-7-d.pdf.

⁸³¹ Принята Генеральной Ассамблеей в резолюции 51/229 (приложение) от 21 мая 1997 года. Конвенция в силу 17 августа 2014 года.

⁸³² Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Working Group I Contribution to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2013), p. 1180.

⁸³³ *Ibid.*, p. 1140.

⁸³⁴ См. A.H.A. Soons, «The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries», *Netherlands International Law Review*, vol. 37 (1990), pp. 207–232; M. Hayashi, «Sea-level rise and the law of the sea: future options», in *The World Ocean in Globalisation: Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues*, D. Vidas and P.J. Schei, eds. (Leiden, Brill/Martinus Nijhoff, 2011), pp. 187 *et seq.* См. также International Law Association, *Report of the Seventy-fifth Conference held in Sofia, August 2012* (London, 2012), pp. 385–428, and International Law Association, *Johannesburg Conference (2016): International Law and Sea Level Rise* (interim report), pp. 13–18.

⁸³⁵ См. п. 6) комментария к проекту руководящего положения 9 ниже.

⁸³⁶ См. п. 16) комментария к проекту руководящего положения 9 ниже.

конкретные районы без намерения ограничивать перечень потенциально затрагиваемых районов.

15) В седьмом пункте преамбулы подчеркиваются интересы будущих поколений, в том числе с целью защиты прав человека. Необходимо сделать так, чтобы наша планета оставалась пригодной для жизни будущих поколений людей. При принятии сегодня мер по охране атмосферы важно учитывать сохранение качества атмосферы в долгосрочной перспективе. В преамбуле Парижского соглашения 2015 года вслед за признанием того, что изменение климата является общей озабоченностью человечества, признается, что стороны при осуществлении действий в целях решения проблем, связанных с изменением климата, должны уважать, поощрять и принимать во внимание, среди прочего, свои соответствующие обязательства в области прав человека, а также межпоколенческую справедливость. Важность «межпоколенческих» соображений уже отмечалась в принципе 1 Стокгольмской декларации 1972 года⁸³⁷. Она является также исходной посылкой концепции устойчивого развития, сформулированной в 1987 году в докладе Комиссии Брундтланд, озаглавленном «Наше общее будущее»⁸³⁸, и лежит в основе Повестки дня в области устойчивого развития на период до 2030 года⁸³⁹. Она отражена также в преамбуле Конвенции о биологическом разнообразии 1992 года⁸⁴⁰ и в других договорах⁸⁴¹. Пункт 1 статьи 3 Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата 1992 года гласит: «Сторонам следует защищать климатическую систему на благо нынешнего и будущих поколений человечества». Международный Суд в своем консультативном заключении 1996 года по делу *О ядерном оружии* отметил настоятельную необходимость учитывать в отношении такого оружия, «в частности, его способность... наносить вред будущим поколениям»⁸⁴².

16) Комиссия выбрала для седьмого пункта преамбулы слово «интересы», а не «благо». Аналогичная формулировка используется в проекте руководящего положения 6, где содержится ссылка на интересы будущих поколений в контексте «справедливого и разумного использования атмосферы»⁸⁴³.

⁸³⁷ В принципе 1 Декларации провозглашается «главная ответственность за охрану и улучшение окружающей среды на благо нынешнего и будущих поколений».

⁸³⁸ Report of the World Commission on Environment and Development, *Our Common Future* (Oxford, Oxford University Press, 1987). В нем подчеркивается важность «развития, отвечающего потребностям нынешнего поколения и не подрывающего способности будущих поколений удовлетворять свои собственные потребности» (р. 43).

⁸³⁹ Резолюция 70/1 Генеральной Ассамблеи от 25 сентября 2015 года, в которой подчеркивается необходимость уберечь планету от деградации, с тем чтобы она могла «обеспечивать удовлетворение потребностей нынешнего и будущих поколений».

⁸⁴⁰ В преамбуле Конвенции говорится о необходимости сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия «в интересах нынешнего и будущих поколений».

⁸⁴¹ В ст. 4 vi) Объединенной конвенции о безопасности обращения с отработавшим топливом и о безопасности обращения с радиоактивными отходами (Вена, 5 сентября 1997 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2153, № 37605, р. 303) предусматривается, что стороны должны «стремиться избегать действий, имеющих обоснованно предсказуемые последствия для будущих поколений, более серьезные, чем те, которые допускаются в отношении нынешнего поколения».

⁸⁴² *Законность угрозы ядерным оружием или его применения, Консультативное заключение, I.C.J. Reports 1996*, р. 226, at p. 244, para. 36 (русский текст – A/51/218, с. 20, п. 36).

⁸⁴³ Хотя международные суды пока еще не принимали решений, подтверждающих межпоколенческие права в качестве норм обычного права, существуют многочисленные решения национальных судов, признающие межпоколенческую справедливость, которые могут составлять практику для целей обычного международного права, см. С. Redgwell, «Intra- and inter-generational equity», in *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, С.Р. Carlarne, К.Р. Gray and R.G. Tarasofsky, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 185–201, at p. 198. See also Australia, *Gray v. Minister for Planning*, [2006] NSWLEC 720; India, *Vellore Citizens' Welfare Forum and State of Tamil Nadu (joining) v. Union of India and others*, original public interest writ petition, 1996 5 SCR 241, ILDC 443 (IN 1996); Kenya, *Waweru, Mwangi (joining) and others (joining) v. Kenya*, miscellaneous civil application, Case № 118 of 2004, Application № 118/04, ILDC 880 (KE 2006); South Africa, *Fuel Retailers Association of South Africa v. Director-General, Environmental Management, Department of Agriculture, Conservation*

17) В восьмом пункте преамбулы воспроизводится договоренность, которая была достигнута Комиссией в 2013 году при включении данной темы в ее программу работы на шестьдесят пятой сессии в 2013 году⁸⁴⁴.

Руководящее положение 1 Употребление терминов

Для целей настоящего проекта руководящих положений:

- а) «атмосфера» означает газовую оболочку Земли;
- б) «атмосферное загрязнение» означает привнесение или выброс людьми, прямо или косвенно, в атмосферу веществ, способствующих вредным последствиям, действие которых распространяется за пределы государства происхождения, такого характера, который ставит под угрозу жизнь и здоровье людей и природную среду Земли;
- в) «атмосферная деградация» означает изменение людьми, прямо или косвенно, атмосферных условий, имеющее значительные вредные последствия такого характера, который ставит под угрозу жизнь и здоровье людей и природную среду Земли.

Комментарий

1) По практическим соображениям Комиссия посчитала желательным разработать проект руководящего положения об употреблении терминов, чтобы заручиться общим пониманием вопросов, которым посвящен настоящий проект руководящих положений. Определения употребляемых терминов даются только «для целей настоящего проекта руководящих положений» и никоим образом не затрагивают

and Environment, Mpumalanga Province, and others, [2007] ZACC 13, 10 BCLR 1059; Pakistan, *Rabab Ali v. Federation of Pakistan*, petition filed 6 April 2016 (summary available at www.ourchildrenstrust.org/pakistan). Комментарий см. E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Tokyo, United Nations University Press, 1989), p. 96; M. Bruce, «Institutional aspects of a charter of the rights of future generations», in *Our Responsibilities Towards Future Generations*, S. Busuttill et al., eds. (Valetta, UNESCO and Foundation for International Studies, University of Malta, 1990), pp. 127–131; T. Allen, «The Philippine children's case: recognizing legal standing for future generations», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6 (1994), pp. 713–741 (referring to the judgment of the Philippine Supreme Court in *Minors Oposa et al. v. Factoran* (30 July 1993), *International Legal Materials*, vol. 33 (1994), p. 168). Исковая правоспособность в некоторых из этих разбирательств была предоставлена исходя из «доктрины общественного доверия», возлагающей на правительства как на доверенных лиц ответственность за распоряжение общими экологическими ресурсами. См. M.C. Wood and C.W. Woodward IV, «Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last», *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6 (2016), pp. 634–684; C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester, Manchester University Press, 1999); K. Coghill, C. Sampford and T. Smith, eds., *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust* (London, Routledge, 2012); M.C. Blumm and M.C. Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, 2nd ed. (Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2015); and K. Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015). В решении от 13 декабря 1996 года Верховный суд Индии объявил доктрину общественного доверия частью «внутреннего права»; *M.C. Mehta v. Kamal Nath and Others*, (1997) 1 Supreme Court Cases 388, reprinted in C.O. Okidi, ed., *Compendium of Judicial Decisions in Matters Related to the Environment: National Decisions*, vol. I (Nairobi, United Nations Environment Programme/United Nations Development Programme, 1998), p. 259. See J. Razzaque, «Application of public trust doctrine in Indian environmental cases», *Journal of Environmental Law*, vol. 13 (2001), pp. 221–234.

⁸⁴⁴ Было решено, что точная формулировка и место этого пункта будут вновь рассмотрены на одном из последующих этапов работы Комиссии по этой теме. См. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, п. 168.

какие-либо существующие или будущие определения любых подобных терминов в международном праве.

2) Определения термина «атмосфера» в соответствующих международно-правовых актах нет. Однако Комиссия сочла необходимым дать рабочее определение для настоящего проекта руководящих положений, и определение в пункте а) совпадает по духу с определением, которое было дано Межправительственной группой экспертов по изменению климата⁸⁴⁵.

3) Комиссия считала, что ее правовое определение этого термина должно соответствовать подходу, которого придерживаются ученые. Согласно ученым, атмосфера существует в виде так называемой атмосферной оболочки⁸⁴⁶. Физически она простирается от поверхности Земли, которая является нижней границей сухой атмосферы. Атмосфера имеет следующий средний состав на высоте до 25 км: азот (78,08%), кислород (20,95%), а также незначительные газовые примеси, такие как аргон (0,93%), гелий и радиоактивные парниковые газы, такие как диоксид углерода (0,035%) и озон, а также парниковый водяной пар в резко колеблющихся количествах⁸⁴⁷. Атмосфера также содержит облака и аэрозоли⁸⁴⁸. По высоте атмосфера делится вертикально на пять областей, выделяемых по температурным характеристикам. От нижнего до верхнего слоев это следующие области: тропосфера, стратосфера, мезосфера, термосфера и экзосфера. Примерно 80% воздушной массы находится в тропосфере и 20% – в стратосфере. Тонкий белый туманный пояс (толщиной менее 1% земного радиуса), который можно видеть, наблюдая Землю из космоса, – это атмосфера. В науке эти сферы объединяются вместе как «нижние слои атмосферы», которые распространяются до средней высоты 50 км и могут отличаться от «верхних слоев атмосферы»⁸⁴⁹. Температура атмосферы изменяется в зависимости от высоты. В тропосфере (до тропопаузы на высоте около 12 км) температура убывает с высотой из-за поглощения и отражения солнечной энергии поверхностью планеты⁸⁵⁰. В отличие от этого в стратосфере (до стратопаузы на высоте около 50 км) температура постепенно растет с высотой⁸⁵¹ из-за поглощения ультрафиолетового излучения озоном. В мезосфере (до мезопаузы на высоте более 80 км) температура вновь начинает снижаться с высотой. В термосфере температура опять начинает быстро

⁸⁴⁵ Fifth Assessment Report, Working Group III, annex I. Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change*, O. Edenhofer *et al.*, eds. (Cambridge University Press, 2014), p. 1252, URL: www.ipcc.ch/report/ar5/wg3/.

⁸⁴⁶ Американское метеорологическое общество определяет «атмосферную оболочку» (также называемую атмосферным слоем или атмосферной областью) как «любую из ряда страт или «слоев» атмосферы Земли» (URL: http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmospheric_shell).

⁸⁴⁷ С физической точки зрения водяной пар, составляющий примерно 0,25% массы атмосферы, представляет собой весьма изменчивый компонент. В науке об атмосфере «ввиду высокой изменчивости концентрации водяного пара в воздухе принято приводить процентное соотношение различных компонентов по отношению к сухому воздуху». Концентрация озона также весьма изменчива. Концентрация озона в атмосфере свыше 0,1 ppmv (частей на миллион по объему) считается вредной для человека. См. J.M. Wallace and P.V. Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 2nd ed. (Boston, Elsevier Academic Press, 2006), p. 8.

⁸⁴⁸ *Ibid.*

⁸⁴⁹ Американское метеорологическое общество определяет «нижние слои атмосферы» как «в общем плане и достаточно приблизительно ту часть атмосферы, в которой происходит большинство погодных явлений (т. е. тропосфера и нижние слои стратосферы), таким образом, этот термин употребляется в противовес общепринятому значению верхних слоев атмосферы» (URL: http://glossary.ametsoc.org/wiki/Lower_atmosphere). «Верхние слои атмосферы» определяются как остальная часть атмосферы, т. е. как «общий термин, обозначающий атмосферу выше тропосферы» (URL: http://glossary.ametsoc.org/wiki/Upper_atmosphere).

⁸⁵⁰ Толщина тропосферы везде различна, она зависит от широты и времени года. Тропосфера простирается до высоты примерно 17 км над экватором, а над полюсами ее ширина уменьшается. В среднем высота внешней границы тропосферы составляет около 12 км. См. E.J. Tarbuck, F.K. Lutgens and D. Tasa, *Earth Science*, 13th ed. (New Jersey, Pearson, 2011), p. 466.

⁸⁵¹ Строго говоря, температура стратосферы остается постоянной до высоты около 20–35 км, а затем постепенно начинает расти.

расти ввиду рентгеновского и ультрафиолетового излучения Солнца. Атмосфера «не имеет четко определенного верхнего предела»⁸⁵².

4) Определение в пункте а) атмосферы как газовой оболочки Земли представляет собой «физическое» описание атмосферы. Имеется также «функциональный» аспект, который связан с перемещением больших масс воздуха. Движение атмосферы носит динамический и флуктуационный характер. Воздух перемещается и циркулирует вокруг Земли, образуя сложную конфигурацию, которую называют «атмосферной циркуляцией». Как отмечено выше в комментарии к преамбуле, Комиссия решила упомянуть этот функциональный аспект атмосферы во втором пункте преамбулы⁸⁵³.

5) Особенно важно учитывать функцию атмосферы как среды, в которой происходит постоянное перемещение, поскольку именно в этих условиях имеют место «перенос и рассеивание» веществ, вызывающих загрязнение и деградацию. Так, трансграничный перенос на большие расстояния загрязняющих веществ – одна из главных проблем атмосферной среды. Помимо трансграничного загрязнения, имеются другие проблемы, связанные с разрушением озонового слоя и изменением климата.

6) В пункте b) определяется «атмосферное загрязнение» и затрагивается трансграничное загрязнение воздуха, в то время как в пункте с) дается определение «атмосферной деградации» и упоминаются глобальные атмосферные проблемы. С помощью слова «людьми» в пунктах b) и с) уточняется, что проекты руководящих положений касаются «антропогенного» атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. Комиссии известно, что акцент на деятельности людей, прямой или косвенный, ставится осознанно, поскольку настоящие руководящие положения призваны служить указаниями для государств и международного сообщества.

7) Термин «атмосферное загрязнение» (или загрязнение воздуха) иногда используется в широком смысле, охватывая глобальное ухудшение состояния атмосферы, например разрушение озонового слоя и изменение климата⁸⁵⁴, однако этот термин используется в настоящем проекте руководящих положений в узком смысле в соответствии с существующей договорной практикой. Таким образом, он исключает глобальные проблемы из определения атмосферного загрязнения.

8) При определении «атмосферного загрязнения» в пункте b) используется формулировка, по сути основанная на подпункте а) статьи 1 Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния 1979 года⁸⁵⁵, который гласит:

⁸⁵² См. Tarbuck, Lutgens and Tasa, *Earth Science* (сноска 850 выше), p. 467.

⁸⁵³ См. выше п. 3) комментария к преамбуле.

⁸⁵⁴ Так, в п. 1 ст. 1 Каирской резолюции 1987 года Института международного права (*Institut de droit international*), озаглавленной «Трансграничное загрязнение воздуха», предусматривается, что «для цели настоящей резолюции "загрязнение" означает любое физическое, химическое или биологическое изменение состава или качества атмосферы, которое является прямым или косвенным результатом деятельности или бездействия людей и создает вредные или пагубные последствия для окружающей среды в других государствах или областях за пределами национальной юрисдикции» (курсив наш). URL: www.idi-iil.org, *Resolutions*.

⁸⁵⁵ Конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния (Женева, 13 ноября 1979 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1302, № 21623, p. 217. Формулировка ст. 1 а) Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния восходит к определению загрязнения, данному Советом Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) в своей рекомендации C(74)224 «Принципы, касающиеся трансграничного загрязнения» от 14 ноября 1974 года (*International Legal Materials*, vol. 14 (1975), p. 243), которое гласит следующее: «Для цели настоящих принципов загрязнение означает привнесение человеком, прямо или косвенно, веществ или энергии в окружающую среду, влекущее за собой пагубные последствия такого характера, как угроза здоровью людей, нанесение вреда живым ресурсам и экосистемам, и ухудшение или создание помех для ландшафта и других законных видов использования окружающей среды». См. Н. van Edig, ed., *Legal Aspects of Transfrontier Pollution* (Paris, OECD, 1977), p. 13; см. также P. Birnie, A. Boyle and C. Redgwell, *International Law and the Environment* (3rd ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2009), pp. 188–189; A. Kiss and D. Shelton, *International Environmental Law* (London, Graham &

«"загрязнение воздуха" означает привнесение человеком, прямо или косвенно, веществ или энергии в воздушную среду, влекущее за собой пагубные последствия такого характера, как угроза здоровью людей, нанесение вреда живым ресурсам, экосистемам и материальным ценностям, и ухудшение или создание помех для ландшафта и других законных видов использования окружающей среды; определение "загрязнители воздуха" понимается соответствующим образом».

Можно также отметить, что в подпункте 4 пункта 1 статьи 1 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву⁸⁵⁶ термин «загрязнение» в целях морской среды определяется как «привнесение человеком, прямо или косвенно, веществ или энергии в морскую среду, включая эстуарии, которое приводит или может привести к таким пагубным последствиям, как вред живым ресурсам и жизни в море, опасность для здоровья человека»⁸⁵⁷. Пагубные последствия, возникающие в результате привнесения или выбросов, должны иметь такой характер, чтобы они ставили под угрозу жизнь и здоровье человека и природную среду Земли, в том числе если они способствуют усилению такой угрозы.

9) Хотя пункт а) статьи 1 Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния и подпункт 4 пункта 1 статьи 1 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву говорят о «привнесении энергии» (а также веществ) в атмосферу как о части «загрязнения», Комиссия решила не включать термин «энергия» в текст пункта б) проекта руководящего положения. Комиссия полагает, что в целях проекта руководящего положения слово «вещества» включает в себя понятие «энергия». Считается, что «энергия» включает в себя тепло, свет, шум и радиоактивность, привнесенные и выброшенные в атмосферу в результате деятельности людей⁸⁵⁸.

Trotman, 1991), p. 117 (определение загрязнения: «также включены формы энергии, такие как шум, вибрация, тепло, радиация»).

⁸⁵⁶ Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, № 31363, p. 3.

⁸⁵⁷ Статья 212 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву предусматривает обязательство по предотвращению загрязнения моря из атмосферы или через нее, и в этой степени определение «загрязнения» в этой Конвенции имеет отношение к атмосферному загрязнению.

⁸⁵⁸ Что касается тепла, см. World Meteorological Organization/International Global Atmospheric Chemistry, Project Report, «Impacts of megacities on air pollution and climate», Global Atmosphere Watch Report № 205 (Geneva, World Meteorological Organization, 2012); D. Simon and H. Leck, «Urban adaptation to climate/environmental change: governance, policy and planning», *Special Issue, Urban Climate*, vol. 7 (2014) pp. 1–134; J.A. Arnfield, «Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island», *International Journal of Climatology*, vol. 23 (2003), pp. 1–26; L. Gartland, *Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas* (London, Earthscan, 2008); см. в целом B. Stone Jr., *The City and the Coming Climate: Climate Change in the Places We Live* (Cambridge, Massachusetts, Cambridge University Press, 2012). В отношении светового загрязнения см. C. Rich and T. Longcore, eds., *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting* (Washington, D.C., Island Press, 2006); P. Cinzano and F. Falchi, «The propagation of light pollution in the atmosphere», *Monthly Notices of the Royal Astronomical Society*, vol. 427 (2012), pp. 3337–3357; F. Bashiri and C. Rosmani Che Hassan, «Light pollution and its effects on the environment», *International Journal of Fundamental Physical Sciences*, vol. 4 (2014), pp. 8–12. В отношении акустического или шумового загрязнения см., напр., приложение 16 к Конвенции о международной гражданской авиации 1944 года (Чикаго, 7 декабря 1944 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 15, № 295 p. 295), vol. I: *Aircraft Noise*, 5th ed., 2008; см. P. Davies and J. Goh, «Air transport and the environment: regulating aircraft noise», *Air and Space Law*, vol. 18 (1993), pp. 123–135. В отношении радиоактивных выбросов см. D. Rauschnig, «Legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution: interim report», *Report of the Sixty-Second Conference of the International Law Association* (Seoul, 1986), pp. 198–223, at p. 219; а также Международное агентство по атомной энергии, «Экологические последствия аварии на Чернобыльской АЭС и их преодоление: двадцатилетний опыт», доклад экспертной группы «Экология» Чернобыльского форума (Серия докладов по радиологическим оценкам), МАГАТЭ, апрель 2006 года, STI/PUB/1239. См. также Доклад Научного комитета ООН по действию атомной

10) Выражение «последствиям, распространяющимся за пределы государства происхождения» в пункте b) уточняет, что проект руководящих положений касается трансграничных последствий в смысле пункта b) статьи 1 Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния 1979 года, где сказано:

«трансграничное загрязнение воздуха на большие расстояния» означает «загрязнение воздуха, физический источник которого находится полностью или частично в пределах территории, находящейся под национальной юрисдикцией одного государства, и отрицательное влияние которого проявляется на территории, находящейся под юрисдикцией другого государства, на таком расстоянии, что в целом невозможно определить долю отдельных источников или групп источников выбросов».

11) Поскольку «атмосферное загрязнение» получило в пункте b) узкое определение, для целей проекта руководящих положений необходимо рассмотреть, помимо атмосферного загрязнения, и другие вопросы с помощью отдельного определения. Для этого в пункте c) дается определение «атмосферной деградации». Это определение призвано охватить проблемы разрушения озонового слоя и изменения климата. Оно распространяется на изменение глобальных атмосферных условий, вызванное людьми как прямо, так и косвенно. Это могут быть изменения физической среды или биоты, либо изменения структуры земной атмосферы. В Венской конвенции 1985 года об охране озонового слоя⁸⁵⁹ в пункте 2 статьи 1 дается определение «неблагоприятного воздействия» как означающего «изменения в физической среде или биоте, включая изменения климата, которые имеют значительные вредные последствия для здоровья человека или для состава, восстановительной способности или продуктивности природных и регулируемых экосистем или для материалов, используемых человеком». В пункте 2 статьи 1 Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата «изменение климата» определяется как «изменение климата, которое прямо или косвенно обусловлено деятельностью человека, вызывающей изменения в составе глобальной атмосферы, и накладывается на естественные колебания, наблюдаемые на протяжении сопоставимых периодов времени».

12) Термин «значительные вредные последствия» призван отразить ряд видов деятельности человека, которые должны охватываться в проектах руководящих положений. Термин «значительный» Комиссия часто использовала в своей прежней работе⁸⁶⁰. Комиссия указала, что «под термином "значительный" понимается нечто большее, чем "заметный", но необязательно на уровне "серьезного" или "существенного"». Вред должен иметь действительно неблагоприятные последствия, [и] такие отрицательные последствия должны поддаваться количественной оценке с помощью фактических и объективных стандартов»⁸⁶¹. Кроме того, термин «значительный», хотя и был определен с помощью фактографических и объективных

радиации для Генеральной Ассамблеи от 2013 года, *Scientific Annex A: Levels and effects of radiation exposure due to the nuclear accident after the 2011 great east-Japan earthquake and tsunami* (United Nations publication, Sales № E.14.IX.1), URL: www.unscear.org/docs/reports/2013/13-85418_Report_2013_Annex_A.pdf. В частности, это не наносит ущерба использованию ядерной энергии в мирных целях в связи с изменением климата (см. International Atomic Energy Agency, *Climate Change and Nuclear Power 2014* (Vienna, 2014), p. 7).

⁸⁵⁹ Венская конвенция об охране озонового слоя (Вена, 22 марта 1985 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1513, № 26164, p. 293.

⁸⁶⁰ См., например, статью 7 Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков (1997) (резолюция 51/229 Генеральной Ассамблеи от 21 мая 1997 года, приложение); ст. 1 проектов статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (2001) (резолюция 62/68 Генеральной Ассамблеи, приложение); принцип 2 проекта принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности (2006) (резолюция 61/36 Генеральной Ассамблеи, приложение); ст. 6 статей по праву трансграничных водоносных горизонтов (2008) (резолюция 63/124 Генеральной Ассамблеи, приложение).

⁸⁶¹ Пункт 4) комментария к проекту статьи 2 проекта статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, 2001 год, *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, с. 152, п. 98.

критериев, также предполагает субъективную оценку, которая зависит от обстоятельств конкретного дела и периода, когда дана такая оценка. Например, конкретный вред, нанесенный в конкретный период времени, не может считаться «значительным», поскольку в данный конкретный период в силу уровня научных знаний или человеческого восприятия данному ресурсу большого значения не придавалось. Вопрос о том, что представляет собой «значительный», скорее является вопросом фактографической оценки⁸⁶².

13) Если применительно к «атмосферному загрязнению» привнесение или выброс веществ должны способствовать только «вредным» последствиям, в случае «атмосферной деградации» изменение атмосферных условий должно иметь «значительные вредные последствия». Как ясно следует из проекта руководящего положения 2 о сфере охвата руководящих положений, настоящие руководящие положения посвящены охране атмосферы как от атмосферного загрязнения, так и от атмосферной деградации. Как отмечалось в пункте 11 выше, «неблагоприятное воздействие» в Венской конвенции об охране озонового слоя (ст. 1, п. 2) означает изменения, которые имеют значительные вредные последствия. Слово «вредные» обозначает нечто несущее вред, часто неявным или неожиданным образом.

Руководящее положение 2 **Сфера охвата руководящих положений**

1. Настоящий проект руководящих положений касается охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.
2. Настоящий проект руководящих положений не касается вопросов, затрагивающих принцип «загрязнитель платит», принцип предосторожности, общую, но дифференцированную ответственность, материальную ответственность государств, их граждан и юридических лиц и передачу средств и технологий, включая права интеллектуальной собственности, развивающимся странам, и не наносит ущерба этим вопросам.
3. Настоящий проект руководящих положений не касается конкретных веществ, таких как сажистый углерод, тропосферный озон, и других веществ двойного воздействия, которые являются предметом переговоров между государствами.
4. Ничто в настоящем проекте руководящих положений не затрагивает статус воздушного пространства по международному праву и вопросы, связанные с космическим пространством, включая его делимитацию.

Комментарий

1) В проекте руководящего положения 2 определена сфера охвата проекта руководящих положений, касающихся охраны атмосферы. В пункте 1 эта сфера охвата изложена в форме утверждения о том, чему посвящены руководящие положения, а именно защите атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации, а пункты 2 и 3 изложены в форме отрицания, уточняющего, что настоящим проектом руководящих положений не охватывается. Пункт 4 содержит защитительную оговорку о воздушном и космическом пространстве.

2) В пункте 1 затрагиваются вопросы охраны атмосферы в двух областях: атмосферное загрязнение и атмосферная деградация. Проект руководящих положений касается только антропогенных причин, а не природных явлений, таких как извержения вулканов и падение метеоритов. Нацеленность на трансграничное загрязнение и глобальную атмосферную деградацию в результате деятельности

⁸⁶² См., например, комментарий к проекту статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (пп. 4) и 7) комментария к проекту статьи 2), там же. См. также комментарий к проекту принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности (пп. 1)–3) комментария к проекту принципа 2), *Ежегодник... 2006 год*, т. II (часть вторая), п. 67.

человека отражает нынешнюю реальность, и этому есть научное обоснование⁸⁶³. Согласно данным Межправительственной группы экспертов по изменению климата, наука с 95-процентной вероятностью показывает, что деятельность человека – основная причина потепления, наблюдающегося с середины XX столетия. Группа отметила, что влияние человека на климатическую систему очевидно. Такое влияние было выявлено в потеплении атмосферы и океана, изменениях глобального круговорота воды, уменьшении снежного и ледяного покрова, повышении среднего уровня моря и в изменениях некоторых экстремальных климатических явлений⁸⁶⁴. Группа отметила также, что крайне вероятно, что больше чем наполовину наблюдаемое повышение средней температуры земной поверхности в 1951–2010 годах было вызвано антропогенным увеличением концентрации парниковых газов и другими антропогенными внешними факторами вместе взятыми⁸⁶⁵.

3) В руководящих положениях также не будут рассматриваться вопросы загрязнения на национальном или местном уровне. Вместе с тем важно отметить, что все происходящее на местном уровне иногда может иметь значение для охраны атмосферы в трансграничном и глобальном контексте в части, касающейся охраны атмосферы. Может возникнуть необходимость в том, чтобы действия людей по улучшению положения, принятые индивидуально или коллективно, учитывали совокупность атмосферы, гидросферы, биосферы и геосферы и их взаимосвязи.

4) Диоксид серы и оксиды азота – главные источники трансграничного атмосферного загрязнения⁸⁶⁶, в то время как изменение климата и разрушение озонового слоя – две главные проблемы, вызывающие атмосферную деградацию⁸⁶⁷. Глобальному потеплению также способствуют некоторые озоноразрушающие вещества⁸⁶⁸.

5) Пункты 2 и 3, а также четвертый пункт преамбулы отражают договоренность Комиссии 2013 года, достигнутую при включении темы в программу работы Комиссии на ее шестьдесят пятой сессии в 2013 году⁸⁶⁹. Необходимо подчеркнуть, что решение Комиссии не рассматривать вопросы, упомянутые в пункте 2, не означает выражения какого-либо мнения по поводу правового статуса этих вопросов. Кроме того, в Комиссии было выражено мнение, что Комиссии следовало рассмотреть эти вопросы.

6) Пункт 4 – это защитительная оговорка о том, что проекты руководящих положений не затрагивают статуса воздушного пространства в соответствии с международным правом. Атмосфера и воздушное пространство – это две совершенно разные концепции, которые следует различать. Воздушное пространство – это статичная и пространственная институция – пространство, над которым государство в пределах своей территории обладает «полным и исключительным суверенитетом». Например, в статье 1 Конвенции о международной гражданской авиации предусматривается, что «каждое государство обладает полным и исключительным суверенитетом над воздушным пространством над своей территорией»⁸⁷⁰. В свою

⁸⁶³ См. в целом Межправительственная группа экспертов по изменению климата, «Изменение климата, 2013 год, Физическая научная основа», *резюме для политиков*, URL: https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SPM_brochure_ru.pdf.

⁸⁶⁴ Там же.

⁸⁶⁵ Там же.

⁸⁶⁶ Birnie, Boyle, Redgwell, *International Law and the Environment* (см. сноску 855 выше), р. 342.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, р. 336. Связи между изменением климата и истощением озонового слоя рассматриваются в преамбуле, а также в статье 4 Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата. Связь между трансграничным атмосферным загрязнением и изменением климата рассматривается в преамбуле и в пункте 1 статьи 2 поправки 2012 года к Гётеборгскому протоколу.

⁸⁶⁸ *Ibid.*

⁸⁶⁹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, п. 168.

⁸⁷⁰ Конвенция о международной гражданской авиации (Чикаго, 7 декабря 1944 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 15, № 102, р. 295. См. также пункт 2 статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, где сказано, что «суверенитет

очередь, в статье 2 той же Конвенции в качестве территории государства признаются сухопутные территории и прилегающие к ним территориальные воды, находящиеся под суверенитетом, сюзеренитетом, протекторатом или мандатом данного государства. Воздушное пространство вне пределов территориальных вод рассматривается как находящееся вне суверенитета любого государства; оно открыто для использования всеми государствами, как и открытое море. С другой стороны, атмосфера как газовая оболочка Земли динамична и неустойчива, а наполняющие ее газы постоянно перемещаются вне зависимости от территориальных границ⁸⁷¹. Атмосфера невидима, неосязаема и неделима.

7) Кроме того, хотя атмосфера в пространственном отношении подразделяется на сферы, выделяемые по температурным свойствам, четкой научно установленной границы между атмосферой и космическим пространством не существует. Выше 100 км следы атмосферы постепенно сливаются с пустотой космоса⁸⁷². Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, не содержит определения «космического пространства»⁸⁷³. Этот вопрос обсуждался в Юридическом подкомитете Комитета по использованию космического пространства в мирных целях с 1959 года, где были рассмотрены как пространственный, так и функциональный подходы к вопросам делимитации⁸⁷⁴.

8) Соответственно, Комиссия предпочла указать в пункте 4, что проекты руководящих положений на затрагивают юридического статуса воздушного пространства и не касаются вопросов, связанных с космическим пространством. Кроме того, упоминание космического пространства отражает договоренность Комиссии 2013 года.

Руководящее положение 3 Обязательство по охране атмосферы

Государства несут обязательство по охране атмосферы посредством проявления должной осмотрительности при принятии надлежащих мер в соответствии с применимыми нормами международного права для предотвращения, сокращения или контроля атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 3 имеет ключевое значение для настоящего проекта руководящих положений. Из него, в частности, вытекают приведенные ниже проекты руководящих положений 4, 5 и 6; эти три проекта руководящих положений направлены на применение различных принципов международного экологического права непосредственно к охране атмосферы.

2) Этот проект руководящего положения относится как к трансграничному, так и к глобальному контекстам. Следует напомнить, что в проекте руководящего положения 1 определение термина «атмосферное загрязнение» предусматривает «трансграничный» элемент (привнесение или выброс людьми, прямо или косвенно, в атмосферу веществ, способствующих вредным последствиям, «распространяющимся за пределы государства происхождения»), такого характера, который ставит под угрозу жизнь и здоровье людей и природную среду Земли), а определение термина

распространяется на воздушное пространство над территориальным морем, равно как на его дно и недра».

⁸⁷¹ См. в целом Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment* (сноска 855 выше), chap. 6.

⁸⁷² Tarbuck, Lutgens and Tasa, *Earth Science* (см. сноску 850 выше), pp. 465 и 466.

⁸⁷³ Москва, Лондон и Вашингтон, 27 января 1967 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 610, № 8843, p. 205.

⁸⁷⁴ См. в целом В. Jasani, ed., *Peaceful and Non-Peaceful uses of Space: Problems of Definition for the Prevention of an Arms Race*, United Nations Institute for Disarmament Research (New York, Taylor and Francis, 1991), особенно chaps. 2–3.

«атмосферная деградация» – «глобальный» элемент (изменение людьми, прямо или косвенно, атмосферных условий, имеющее значительные вредные последствия такого характера, который ставит под угрозу жизнь и здоровье людей и природную среду Земли). Проект руководящего положения 3 ограничивает обязательство по охране атмосферы вопросами предотвращения, сокращения и контроля атмосферного загрязнения и атмосферной деградации, при этом дифференцируя виды обязательств в отношении каждой из этих проблем. Формулировка этого проекта руководящего положения проистекает из принципа 21 Стокгольмской декларации, в котором отражены результаты арбитражного разбирательства по делу *О плавильном заводе в Трейле*⁸⁷⁵. Позднее этот подход нашел отражение в принципе 2 Рио-де-Жанейрской декларации 1992 года.

3) Употребление в этом проекте руководящего положения термина «государства» охватывает возможность как «индивидуальных», так и «совместных» действий государств в зависимости от обстоятельств.

4) Настоящая формулировка проекта руководящего положения не наносит ущерба вопросу о том, является ли обязательство по охране атмосферы обязательством *erga omnes* в том же значении, что и в статье 48 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния⁸⁷⁶. Мнения по этому вопросу расходятся. Хотя признается, что обязательства, связанные с охраной атмосферы от трансграничного загрязнения глобального масштаба и от глобальной деградации, являются обязательствами *erga omnes*, существует и мнение о том, что в контексте этой темы правовые последствия такого признания пока не вполне ясны.

5) Значительные неблагоприятные последствия для атмосферы обусловлены в основном деятельностью физических лиц и частных предприятий, которая обычно не может быть присвоена тому или иному государству. В этой связи согласно принципу должной осмотрительности государства должны добиваться того, чтобы такая деятельность, осуществляемая под их юрисдикцией или контролем, не приводила к значительным неблагоприятным последствиям. В то же время это не означает, что принцип должной осмотрительности касается исключительно деятельности частного сектора: правило также распространяется на деятельность, осуществляемую государством⁸⁷⁷. Речь идет об обязательстве, которое предполагает не только принятие надлежащих правил и мер, но и определенное отслеживание того, что они соблюдаются, и применение мер административного контроля, касающихся государственных и частных операторов, таких как контроль за деятельностью,

⁸⁷⁵ См. UNRIIAA, vol. III (в продаже под № 1949.V.2), pp. 1905–1982 (Award of 11 March 1941), at p. 1965 *et seq.*; и первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/667), п. 43. См. также A. K. Kuhn, «The Trail Smelter Arbitration, United States and Canada», *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), pp. 785–788, и *ibid.*, vol. 35 (1941), pp. 665–666; и J.E. Read, «The Trail Smelter Dispute», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 1 (1963), pp. 213–229.

⁸⁷⁶ Статья 48 (Призвание к ответственности государством, иным, чем потерпевшее государство) гласит: «1. Любое государство, иное, чем потерпевшее государство, вправе призвать к ответственности другое государство в соответствии с пунктом 2, если... b) нарушенное обязательство является обязательством в отношении международного сообщества в целом» (резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года. Принятые Комиссией статьи и комментарии к ним см. *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, гл. IV, разд. E).

⁸⁷⁷ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at pp. 55 and 179, paras. 101 and 197; *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 665, at pp. 706, 720, 724 and 740, paras. 104, 153, 168 and 228; International Tribunal for the Law of the Sea, *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Dispute Chamber)*, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, p. 10, at para. 131; проекты статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, п. 97 (воспроизводятся в резолюции 62/68 Генеральной Ассамблеи от 6 декабря 2007 года, приложение), пп. 7–18; first and second reports of the International Law Association Study Group on due diligence in international law, 7 March 2014 and July 2016, respectively; J. Kulesza, *Due Diligence in International Law* (Leiden, Brill, 2016).

проводимой такими операторами, для гарантирования прав другой стороны. Оно также предполагает учет контекста и меняющихся стандартов в области как регулирования, так и технологий. Поэтому даже наступление значительных неблагоприятных последствий не означает автоматически, что должная осмотрительность не была проявлена. Непроявление должной осмотрительности ограничивается случаями, когда государство пренебрегает своим обязательством принимать все надлежащие меры по предотвращению, сокращению и контролю деятельности человека, когда подобная деятельность влечет или способна повлечь за собой значительные неблагоприятные последствия. Обязательство государств добиваться соблюдения этого принципа не требует достижения определенных результатов (обязательство результата); оно требует не допускать значительных неблагоприятных последствий при помощи всех возможных усилий (обязательство поведения).

6) Выражение «предотвращение, сокращение или контроль» означает комплекс мер, которые должны приниматься государствами индивидуально или совместно в соответствии с применимыми нормами в случаях, которые могут касаться, с одной стороны, атмосферного загрязнения, а с другой, атмосферной деградации. Выражение «предотвращение, сокращение или контроль» заимствовано из формулировок, содержащихся в Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву⁸⁷⁸ и в Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата⁸⁷⁹.

7) Хотя принятие надлежащих мер по «предотвращению, сокращению или контролю» касается как атмосферного загрязнения, так и атмосферной деградации, ссылка на «применимые нормы международного права» указывает на различие между принимаемыми мерами, учитывая трансграничный характер атмосферного загрязнения и глобальный характер атмосферной деградации и различия в режимах их правовой регламентации. В контексте трансграничного атмосферного загрязнения обязательство государств по предотвращению значительных неблагоприятных последствий твердо закреплено в качестве нормы обычного международного права, что находит подтверждение, например, в статьях Комиссии о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности⁸⁸⁰ и в практике международных судов и трибуналов⁸⁸¹. Однако существование этого обязательства применительно к

⁸⁷⁸ Ст. 194.

⁸⁷⁹ В пункте 3 статьи 3 содержится аналогичное положение, согласно которому «[с]торонам следует принимать предупредительные меры в целях прогнозирования, предотвращения или сведения к минимуму причин изменения климата и смягчения его отрицательных последствий».

⁸⁸⁰ *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, гл. V, разд. E, ст. 3 (Предотвращение): «Государство происхождения принимает все надлежащие меры для предотвращения значительного трансграничного вреда или в любом случае минимизации его риска». Кроме того, Комиссия касалась обязательства по предотвращению в своих статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Пункт 3 статьи 14 гласит: «Нарушение международно-правового обязательства, требующего от государства предотвратить определенное событие, имеет место, когда происходит данное событие, и длится в течение всего периода, во время которого это событие продолжается» (там же, гл. IV, разд. E). В комментарии указано: «Обязательства предотвращения обычно трактуются как обязательства приложить все усилия, требующие от государств принятия всех разумных и необходимых мер по предупреждению возникновения данного события, однако не обеспечивающие и не гарантирующие того, что данное событие не произойдет» (там же, п. 14) комментария к п. 3 ст. 14). В этом комментарии упоминается «обязательство предотвращения трансграничного ущерба в результате загрязнения воздуха, рассматривавшееся в арбитражном деле *Trail Smelter*» в качестве одного из примеров обязательства по предотвращению (там же).

⁸⁸¹ Международный Суд также подчеркивал важное значение мер по предотвращению. По делу *Gabčíkovo–Nagyymaros Project* Суд заявил, что «в области охраны окружающей среды необходимо проявлять бдительность и предосторожность в силу часто необратимого характера ущерба, причиняемого окружающей среде, и ограничений, присущих самому механизму возмещения такого рода ущерба» (*Gabčíkovo–Nagyymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 78, para. 140). При рассмотрении дела *Iron Rhine Railway* Арбитражный трибунал также заявил, что «в настоящее время в международном экологическом праве на обязательство по предотвращению делается все больший упор»

глобальной атмосферной деградации все еще окончательно не определено. Международный Суд заявил, что «существование общего обязательства государств по обеспечению того, чтобы при осуществлении деятельности на территории под их юрисдикцией и контролем учитывалось состояние окружающей среды... за пределами национального контроля, ныне является частью международного права»⁸⁸², придавая огромное значение охране окружающей среды, причем «не только в том, что касается государств, но и в том, что касается всего человечества»⁸⁸³. В деле *О железной дороге «Айрон Райн»* арбитражный трибунал постановил, что «обязанность предотвращать или, как минимум, смягчать [значительный ущерб окружающей среде]... в настоящее время стала одним из принципов общего международного права»⁸⁸⁴. В то же время мнения членов Комиссии по вопросу о том, можно ли считать, что в этих заявлениях полностью признается существование обязательства по предотвращению, сокращению и контролю глобальной атмосферной деградации в обычном международном праве, разошлись. Однако подобное обязательство содержится в соответствующих конвенциях⁸⁸⁵. В Парижском соглашении вслед за признанием в преамбуле того, что «изменение климата является общей озабоченностью человечества», подчеркивается «важность обеспечения целостности всех экосистем, включая океаны, и защиты биоразнообразия»⁸⁸⁶.

Руководящее положение 4 Оценка воздействия на окружающую среду

Государства несут обязательство по обеспечению проведения оценки воздействия на окружающую среду предполагаемых видов деятельности под их юрисдикцией или контролем, которые могут оказывать значительное неблагоприятное воздействие на атмосферу в виде атмосферного загрязнения или атмосферной деградации.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 4 касается оценки воздействия на окружающую среду. Это – первый из трех проектов руководящих положений, которые вытекают из основополагающего проекта руководящего положения 3. В деле *О строительстве дороги в Коста-Рике вдоль реки Сан-Хуан* Международный Суд указал, что «обязательство государства проявлять должную осмотрительность с целью предотвращения значительного трансграничного вреда предполагает, что это государство должно установить вероятность значительного трансграничного вреда до начала осуществления деятельности, потенциально способной причинить экологический ущерб другому государству. При наличии такой опасности соответствующее государство должно провести оценку воздействия на окружающую

(Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, decision of 24 May 2005, UNRIAA, vol. XXVII, pp. 35–125, at p. 116, para. 222).

⁸⁸² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 241–242, para. 29.

⁸⁸³ *Gabčíkovo–Nagymaros Project* (см. сноску 881 выше), p. 41, para. 53; Суд сослался на этот пункт в деле *Pulp Mills on the River Uruguay* (см. сноску 877 выше), p. 78, para. 193.

⁸⁸⁴ *Iron Rhine Railway* (см. сноску 881 выше), pp. 66–67, para. 59.

⁸⁸⁵ См., например, Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву, Венскую конвенцию об охране озонового слоя (Вена, 22 марта 1985 года), *ibid.*, vol. 1513, № 26164, p. 293, Рамочную конвенцию Организации Объединенных Наций об изменении климата, Конвенцию о биологическом разнообразии, Конвенцию Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием в тех странах, которые испытывают серьезную засуху и/или опустынивание, особенно в Африке (открыта для подписания, Париж, 14 октября 1994 года), *ibid.*, vol. 1954, № 33480, p. 3, Стокгольмскую конвенцию о стойких органических загрязнителях (Стокгольм, 22 мая 2001 года), *ibid.*, vol. 2256, № 40214, p. 119, а также Минаматскую конвенцию по ртути.

⁸⁸⁶ Ст. 2, п. 1.

среду»⁸⁸⁷. В этом деле Суд пришел к выводу, что соответствующее государство «не выполнило свое обязательство по общему международному праву провести экологическую оценку воздействия на окружающую среду до начала строительства дороги»⁸⁸⁸. В своем особом мнении судья Овада отметил, что «оценка воздействия на окружающую среду играет важную и даже решающую роль в обеспечении того, чтобы соответствующее государство проявляло должную осмотрительность в соответствии с общим международным правом окружающей среды»⁸⁸⁹. В 2010 году при рассмотрении дела *О целлюлозных заводах* Суд заявил, что «обязательство по защите и сохранению в соответствии со статьей 41 а) Статута подлежит истолкованию в соответствии с практикой, которая в последние годы получила настолько широкое признание со стороны государств, что ее теперь можно рассматривать в качестве требования по общему международному праву проводить оценку воздействия на окружающую среду»⁸⁹⁰. Кроме того, в 2011 году Камера по спорам, касающимся морского дна, Международного трибунала по морскому праву в своем консультативном заключении по делу *Обязанности и обязательства государств, поручившихся за физических и юридических лиц, ведущих деятельность в Районе*, постановила, что обязанность проводить оценку воздействия на окружающую среду возникает не только на основании Конвенции по морскому праву, но является также «общим обязательством по обычному международному праву»⁸⁹¹. Аналогичным образом на важность оценки воздействия на окружающую среду сослался Международный Суд при рассмотрении дела *О проекте «Габчиково–Надьмарош»*⁸⁹².

2) Данный проект руководящего положения сформулирован в виде пассивного оборота – «Государства несут обязательство обеспечить проведение оценки воздействия на окружающую среду» в отличие от формулировки «Государства несут обязательство провести надлежащую оценку воздействия на окружающую среду», – чтобы показать, что речь идет об обязательстве поведения и что, учитывая широту спектра экономических субъектов, это обязательство не предполагает, что оценка непременно должна проводиться самим государством. Требуется, чтобы государство принимало необходимые законодательные, нормативные и другие меры для проведения оценки воздействия предлагаемых видов деятельности на окружающую среду. Уведомление и консультации играют ключевую роль в проведении такой оценки.

3) Цель оборота «предлагаемых видов деятельности под их юрисдикцией или контролем» – указать, что обязательство государств обеспечить проведение оценки воздействия на окружающую среду действует в отношении видов деятельности под их юрисдикцией или контролем. Поскольку экологические угрозы не признают границ, не исключается возможность того, что государства в рамках своей ответственности за состояние глобальной окружающей среды будут принимать совместные решения о проведении оценок воздействия на окружающую среду.

4) Было решено, что для обоснования оценки воздействия на окружающую среду необходим какой-либо пороговый уровень. Соответственно, было добавлено выражение «которые могут оказать значительное негативное влияние». Оно почерпнуто из формулировки принципа 17 Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию. Аналогичный пороговый уровень используется и в других документах, например в Конвенции Эспо об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте⁸⁹³. В решении по делу *О целлюлозных*

⁸⁸⁷ *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015*, p. 665, para. 153.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, para. 168.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Owada, para. 18.

⁸⁹⁰ *Pulp Mills on the River Uruguay* (см. сноску 877 выше), para. 204.

⁸⁹¹ International Tribunal for the Law of the Sea, *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Dispute Chamber)*, Advisory Opinion, 1 February 2011, *ITLOS Reports 2011*, p. 10, at para. 145.

⁸⁹² *Gabčíkovo-Nagyamaros Project* (см. сноску 881 выше).

⁸⁹³ Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте (Эспо, 25 февраля 1991 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1989, № 34028, p. 352.

заводах Суд указал, что проводить оценку воздействия на окружающую среду необходимо в том случае, если предлагаемая промышленная деятельность сопряжена с возможным риском оказания значительного негативного влияния в трансграничном контексте, особенно когда это касается общих ресурсов»⁸⁹⁴.

5) Предусматривая в качестве исходного значения пороговый уровень «могут оказать значительное негативное влияние», данный проект руководящего положения исключает проведение оценки воздействия на окружающую среду для какой-либо деятельности, воздействие которой может быть незначительным. Потенциальное вредное воздействие должно быть «значительным» в отношении как «атмосферного загрязнения», так и «атмосферной деградации». Вопрос о том, какое воздействие является «значительным», требует фактического, а не юридического определения⁸⁹⁵.

6) Выражение «в плане атмосферного загрязнения или деградации атмосферы» было признано важным, поскольку оно увязывает этот проект руководящего положения с двумя основными проблемами, решению которых призван способствовать настоящий проект руководящих положений в отношении охраны атмосферы, – с трансграничным атмосферным загрязнением и атмосферной деградацией. Хотя соответствующие прецеденты, связанные с требованием о проведении оценки воздействия на окружающую среду, касаются прежде всего трансграничного контекста, Комиссия считает, что аналогичное требование предъявляется и к проектам, которые могут оказать значительное негативное влияние на глобальную атмосферу, таким как деятельность, связанная с намеренным крупномасштабным изменением атмосферы⁸⁹⁶. Что касается охраны атмосферы, то такая деятельность может создавать более масштабный риск серьезного ущерба, чем даже те виды деятельности, которые могут нанести трансграничный вред, и поэтому такие же правила должны применяться а fortiori к видам деятельности, потенциально ведущим к глобальной атмосферной деградации. Так, в Киевском протоколе по стратегической экологической оценке к Конвенции об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте рекомендуется проведение «стратегической экологической оценки» вероятных экологических, в том числе связанных со здоровьем, последствий, под которыми подразумеваются любые последствия для окружающей среды, в том числе для здоровья населения, флоры, фауны, биоразнообразия, почвы, климата, воздуха, воды, ландшафта, природных объектов, материальных активов, культурного наследия и взаимодействия этих факторов⁸⁹⁷.

7) Несмотря на признание того факта, что транспарентность и участие общественности являются важными компонентами обеспечения доступа к информации и представленности, Комиссия решила, что элементы, касающиеся процедурных аспектов проведения оценки воздействия на окружающую среду, не следует затрагивать непосредственно в тексте этого проекта руководящего положения. В принципе 10 Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию 1992 года говорится о том, что экологические вопросы решаются наиболее эффективным образом при участии заинтересованных граждан на соответствующем

⁸⁹⁴ *Pulp Mills on the River Uruguay* (см. сноску 877 выше), р. 83, пара. 204.

⁸⁹⁵ Комиссия часто употребляла термин «значительный» в своей работе, в том числе в статьях о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (2001). В том случае Комиссия решила не давать определение этого термина, признав, что вопрос «значительности» требует скорее фактического, нежели правового определения (см. общий комментарий, п. 4), *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, гл. V, разд. E). См., например, п. 4) и 7) комментария к ст. 2 статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (там же). См. также комментарий к проектам принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности (комментарий к проекту принципа 2, пп. 1)–3), *Ежегодник... 2006 год*, т. II (часть вторая), гл. V, разд. E).

⁸⁹⁶ См. руководящее положение 7.

⁸⁹⁷ Протокол по стратегической экологической оценке к Конвенции об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте (Киев, 21 мая 2003 года), ECE/MP.EIA/2003/2 (URL: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolrussian>), ст. 2, пп. 6–7.

уровне. Это включает доступ к информации, возможность участвовать в процессах принятия решений и эффективный доступ к судебным и административным процедурам. Эти аспекты также рассматриваются в Конвенции о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды⁸⁹⁸. В Киевском протоколе по стратегической экологической оценке рекомендуется обеспечение участия общественности и получение ее мнения, а также учет в плане или программе результатов участия общественности и высказанного ею мнения⁸⁹⁹.

Руководящее положение 5 **Устойчивое использование атмосферы**

1. Поскольку атмосфера является природным ресурсом с ограниченными возможностями ассимиляции, она должна использоваться устойчивым образом.
2. Устойчивое использование атмосферы включает в себя необходимость совмещения экономического развития с охраной атмосферы.

Комментарий

1) Атмосфера – это природный ресурс с ограниченным потенциалом ассимиляции⁹⁰⁰. Она зачастую не воспринимается как пригодная к эксплуатации в том смысле, как, например, осваиваются и эксплуатируются минеральные или нефтегазовые ресурсы. Однако в действительности атмосфера пригодна к эксплуатации и эксплуатируется в части ее физических и функциональных компонентов. Загрязнитель эксплуатирует атмосферу, уменьшая ее качество и ее способность ассимиляции загрязняющих веществ. В этом проекте руководящего положения отражены аналогии, заимствованные из понятия «общие ресурсы»; в то же время в нем признается, что единство глобальной атмосферы требует признания общности интересов. Соответственно, исходная предпосылка этого проекта руководящего положения состоит в том, что атмосфера – это ограниченный ресурс, потенциал которого по поддержанию жизни на Земле подвергается воздействию в результате человеческой деятельности. Для обеспечения охраны атмосферы важно рассматривать ее как эксплуатируемый ресурс, тем самым распространяя на нее действие принципов сохранения и устойчивого использования. Некоторые члены выразили сомнения по поводу возможности рассмотрения атмосферы таким же образом, как и трансграничных водотоков и водоносных пластов.

2) В пункте 1 признается, что атмосфера – это «природный ресурс с ограниченными возможностями ассимиляции». Целью второй части пункта 1 является интеграция методов сохранения и развития для принятия мер к тому, чтобы изменения на планете продолжали обеспечивать выживание и благополучие организмов, живущих на Земле. Исходный постулат здесь состоит в том, что атмосфера должна использоваться устойчивым образом. Основой тому служат сформулированные Комиссией положения, отраженные в Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков⁹⁰¹ и в статьях о праве трансграничных водоносных горизонтов⁹⁰².

3) Термин «использование» употреблен в широком, общем смысле: он охватывает понятия, выходящие за рамки собственно эксплуатации. Атмосфера используется разными способами. Основная часть деятельности, осуществлявшейся до настоящего

⁸⁹⁸ Конвенция о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Орхус, 28 июня 1998 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2161, № 37770, p. 498.

⁸⁹⁹ Ст. 2, пп. 6–7.

⁹⁰⁰ См. выше п. 2) комментария к преамбуле.

⁹⁰¹ Ст. 5 и 6. Проекты статей и комментарии к ним, принятые Комиссией, см. *Ежегодник... 1994 год*, т. II (часть вторая), гл. III, разд. Е.

⁹⁰² Резолюция 63/124 Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 2008 года, приложение, ст. 4–5. Проекты статей и комментарии к ним, принятые Комиссией, см. *Ежегодник... 2008 год*, т. II (часть вторая), гл. IV, разд. Е.

времени, видимо, охватывает те виды деятельности, которые проводятся без явного или прямого намерения воздействовать на атмосферу. Между тем имеются и такие виды деятельности, сама цель которых заключается в изменении атмосферных условий, например модификация погоды. Примерами использования атмосферы служат некоторые из предлагаемых технологий для намеренного, крупномасштабного изменения атмосферы⁹⁰³.

4) Формулировка «она должна использоваться устойчивым образом», включенная в этот проект руководящего положения, проста и не слишком легалистична, что вполне отражает изменение парадигмы в направлении рассмотрения атмосферы в качестве природного ресурса, который следует использовать устойчивым образом. Речь идет скорее о констатации международной политики и регулирования, чем о практическом способе определения прав и обязательств государств.

5) Пункт 2 опирается на формулировку решения Международного Суда по делу *О проекте «Габчиково–Надьмарош»*, в котором Суд указал на «необходимость совмещения охраны окружающей среды и экономического развития»⁹⁰⁴. Есть и другие соответствующие прецеденты⁹⁰⁵. Упоминание об «охране атмосферы», а не об «охране окружающей среды» имеет целью сосредоточить внимание в этом пункте на предмете обсуждения данной темы, т. е. на охране атмосферы.

⁹⁰³ См. проект руководящего положения 7 ниже.

⁹⁰⁴ *Gabčíkovo–Nagymaros Project* (см. сноску 881 выше), p. 78, para. 140.

⁹⁰⁵ В решении 2006 года по делу *О целлюлозных заводах* Международный Суд подчеркнул «важное значение необходимости обеспечения экологической защиты общих природных ресурсов при сохранении возможности для устойчивого экономического развития» (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 13 July 2006, *I.C.J. Reports 2006*, p. 113, at p. 133, para. 80); в решении Апелляционного органа ВТО 1998 года по делу *О запрещении Соединенными Штатами импорта некоторых видов креветок и продуктов из них* говорится, что, «напоминая о прямом признании членами ВТО цели устойчивого развития в преамбуле *Соглашения о ВТО*, мы считаем, что слишком поздно предполагать, что статья XX(g) [Генерального соглашения по тарифам и торговле] можно понимать как относящуюся только к сохранению исчерпаемых минеральных или других неживых ресурсов» (Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, para. 131, see also paras. 129 and 153); в арбитражном деле *О железной дороге «Айрон Райн»* 2005 года трибунал заявил следующее: «[с]егодня много споров о том, что в области права окружающей среды составляют «нормы» или «принципы»: что такое «необязательные нормы права»; и какие природоохранные нормы и принципы договорного права способствуют развитию обычного международного права... Формирующиеся принципы, независимо от их нынешнего статуса, содержат ссылки на... устойчивое развитие... Важно отметить, что эти формирующиеся принципы в настоящее время интегрируют вопросы охраны окружающей среды в процесс развития. Право окружающей среды и право в области развития не исключают, а усиливают друг друга в качестве комплексных понятий, предусматривающих, что если процесс развития способен причинить значительный ущерб окружающей среде, то возникает обязанность предотвратить его или, по крайней мере, уменьшить его масштабы. ...Эта обязанность, по мнению трибунала, в настоящее время стала одним из принципов общего международного права», *Iron Rhine Railway* (см. сноску 881 выше), paras. 58–59; в промежуточном решении по делу *О плотине Кишенганга на водах Инда* 2013 года (*Пакистан против Индии*) арбитражный суд заявил следующее: «Нет сомнений в том, что государства обязаны в соответствии с современным обычным международным правом принимать во внимание факторы охраны окружающей среды при планировании и разработке проектов, которые могут причинить ущерб пограничному государству». После дела *О заводе «Трейл Смелтер»* необходимость рационального использования природных ресурсов на устойчивой основе была предметом рассмотрения в ряде международных... арбитражных решений. В частности, Международный Суд затронул принцип «устойчивого развития» в деле *О проекте «Габчиково–Надьмарош»* (см. сноску 881 выше), сославшись на «необходимость совмещения экономического развития с охраной окружающей среды» (Permanent Court of Arbitration Award Series, *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India): Record of Proceedings 2010–2013*, Partial Award of 18 February 2013, para. 449). Это было подтверждено в окончательном решении от 20 декабря 2013 года (Final Award of 20 December 2013, para. 111).

Руководящее положение 6 Справедливое и разумное использование атмосферы

Атмосферу следует использовать справедливым и разумным образом с учетом интересов нынешнего и будущих поколений.

Комментарий

1) Хотя, как показано в проекте руководящего положения 5, справедливое и разумное использование атмосферы является важным элементом устойчивости, представляется важным выделить его в самостоятельный принцип. Как и проект руководящего положения 5, настоящий проект руководящего положения сформулирован на высоком уровне абстракции и обобщения.

2) Данный проект руководящего положения сформулирован в общих выражениях, с тем чтобы можно было применить принцип справедливости⁹⁰⁶ к охране атмосферы как природного ресурса, являющегося всеобщим достоянием. В первой части предложения говорится о «справедливом и разумном» использовании. Выражение «атмосферу следует использовать справедливым и разумным образом» отчасти основывается на статье 5 Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков и статье 4 статей о праве трансграничных водоносных горизонтов. Это предполагает обеспечение баланса интересов и рассмотрение всех соответствующих факторов, которые могут касаться только атмосферного загрязнения или только атмосферной деградации.

3) Вторая часть этой формулировки посвящена вопросам внутр поколенческой и межпоколенческой справедливости⁹⁰⁷. Для выявления связи между этими двумя аспектами справедливости Комиссия решила употребить формулировку «с учетом интересов будущих» вместо выражения «и на благо нынешнего и будущих поколений человечества». Слово «интересов» было употреблено вместо слов «на благо», чтобы показать всеобъемлющий характер атмосферы, при «эксплуатации» которой необходимо принимать во внимание баланс интересов для сохранения жизни на Земле.

Руководящее положение 7 Намеренное крупномасштабное изменение атмосферы

Деятельность, направленную на намеренное крупномасштабное изменение атмосферы, следует проводить осмотрительно и осторожно, с соблюдением применимых норм международного права.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 7 касается деятельности, сама цель которой заключается в изменении атмосферных условий. Как следует из заголовка этого проекта руководящего положения, оно охватывает только случаи намеренного крупномасштабного изменения.

2) Термин «деятельность, направленная на намеренное крупномасштабное изменение атмосферы», отчасти перекликается с определением термина «средства

⁹⁰⁶ См., например, J. Kokott, «Equity in international law», в *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change*, F.L. Toth, ed. (Abingdon and New York, Routledge, 2014), pp. 173–192; *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1986, p. 554; см. в целом P. Weil, «L'équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice: Un mystère en voie de dissipation?», в *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, V. Lowe and M. Fitzmaurice, eds. (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 1996), pp. 121–144; F. Francioni, «Equity in international law», в *Max Plank Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 632–642.

⁹⁰⁷ C. Redgwell, «Principles and emerging norms in international law: intra- and inter-generational equity», *The Oxford Handbook on International Climate Change Law*, Cinnamon P. Carlarne et al., eds. (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 185–201; D. Shelton, «Equity» в *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky et al., eds. (см. сноску 821 выше), pp. 639–662.

воздействия на природную среду», употребленного в Конвенции о запрещении военного и любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду⁹⁰⁸, который охватывает средства для изменения – путем намеренного управления природными ресурсами – динамики, состава или структуры Земли, включая ее биоту, литосферу, гидросферу и атмосферу, или космического пространства.

3) Такая деятельность включает в себя то, что обычно понимается под термином «геоинженерия», к методам и технологиям которой относятся удаление углекислого газа и управление солнечным излучением. Деятельность по первому из этих направлений охватывает океанские, наземные и технические системы; ее цель – удалять из атмосферы углекислый газ с помощью естественных поглотителей или путем химического инжиниринга. К числу предлагаемых технологий удаления углекислого газа относятся: связывание углерода в почве; улавливание и хранение углерода; улавливание окружающего воздуха; обогащение океана железом; защелачивание океана; ускоренное выветривание пород. Кроме того, для сокращения объемов двуокиси углерода традиционно использовалось облесение.

4) Согласно научным экспертам, управление солнечным излучением направлено на смягчение негативных последствий изменения климата путем намеренного понижения температуры поверхности Земли. К числу технологий, предлагаемых в этой области, относятся: повышение альбедо – метод повышения отражательной способности облаков или земной поверхности в целях отражения в космическое пространство большей части теплового излучения Солнца; применение стратосферных аэрозолей – метод, заключающийся во внедрении мелких отражающих частиц в верхние слои атмосферы, чтобы они отражали солнечный свет, прежде чем он достигнет поверхности Земли; применение космических отражателей, блокирующих небольшую часть солнечного света, прежде чем он достигнет Земли.

5) Как отмечено выше, термин «виды деятельности» понимается в широком смысле. Однако существуют некоторые другие виды деятельности, запрещенные международным правом, которые не охватываются данным проектом руководящего положения, как, например, запрещенные Конвенцией о запрещении военного и любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду⁹⁰⁹ и Протоколом I к Женевским конвенциям 1949 года⁹¹⁰. Таким образом, этот проект руководящего положения применяется только к «невоенной» деятельности. Военные виды деятельности, сопряженные с намеренным изменением атмосферы, находятся вне сферы действия данного руководящего положения.

6) Аналогичным образом другие виды деятельности будут по-прежнему регламентироваться различными режимами. Например, облесение было включено в режим Киотского протокола к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата⁹¹¹ и в Парижское соглашение (п. 2 ст. 5). В рамках ряда международно-правовых документов были приняты меры по регулированию улавливания и хранения углерода. Теперь в Протоколе 1996 года (Лондонский протокол)⁹¹² к Конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и

⁹⁰⁸ Конвенция о запрещении военного и любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду (Нью-Йорк, 10 декабря 1976 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1108, № 17119, p. 171.

⁹⁰⁹ См. ст. 1.

⁹¹⁰ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), 1977, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, № 17512, p. 330, arts. 35, para. 3 and 55; см. также Римский статут Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, № 38544, p. 230, art. 8, para. 2 (b) (iv).

⁹¹¹ Киотский протокол к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (Киото, 11 декабря 1997 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2303, № 30822, p. 257.

⁹¹² Протокол 1996 года к Конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов 1972 года (Лондон, 7 ноября 1996 года), *International Legal Materials*, vol. 36 (1997), p. 7.

других материалов 1972 года⁹¹³ содержатся исправленное положение и приложение, а также новые руководящие принципы в отношении контроля за сбросом отходов и других материалов. Поскольку процессы «обогащения океана железом» и «защелачивания океана» связаны со сбросом отходов в океан, Конвенция 1972 года и Лондонский протокол имеют отношение к этому вопросу.

7) Деятельность по намеренному крупномасштабному изменению атмосферы обладает существенным потенциалом для предотвращения, перенаправления, ослабления и смягчения неблагоприятных последствий стихийных бедствий и опасных природных явлений, таких как засуха, ураганы и торнадо, а также для повышения урожайности культур и доступности водных ресурсов. С другой стороны, признается и тот факт, что она способна оказывать на существующие климатические режимы широкомасштабное и неожиданное воздействие, распространяющееся за пределы национальных границ. Как отметила Всемирная метеорологическая организация в отношении модификации погоды, «сложность атмосферных процессов такова, что изменение погоды, вызванное искусственным путем в одной части мира, неизбежно будет иметь последствия в других местах. Прежде чем экспериментировать с модификацией погоды в крупных масштабах, необходимо тщательно рассчитать возможные и желательные последствия и достигнуть приемлемых международных договоренностей»⁹¹⁴.

8) Вместе с тем настоящий проект руководящего положения не нацелен на воспрепятствование инновациям и научному прогрессу. В принципах 7 и 9 Рио-де-Жанейрской декларации признается важность новых и инновационных технологий и сотрудничества в этих областях. Это, однако, не означает, что указанные виды деятельности всегда влекут за собой положительные последствия.

9) Таким образом, данный проект руководящего положения не предполагает ни разрешение, ни запрещение указанной деятельности, если только государства не заключат соглашение о принятии таких мер. В нем лишь установлен принцип, согласно которому подобные виды деятельности – в случае их осуществления – следует проводить осмотрительно и осторожно. Употребление терминов «осмотрительность и осторожность» продиктовано формулировкой постановлений Международного трибунала по морскому праву, вынесенных по делам *О южном голубом тунце*⁹¹⁵, *О заводе МОКС*⁹¹⁶ и *О расширении прибрежной полосы*⁹¹⁷. В последнем деле Трибунал постановил, что «с учетом возможного воздействия расширения прибрежной полосы на морскую среду, осмотрительность и осторожность требуют того, чтобы Малайзия и Сингапур создали механизмы для обмена информацией и оценки последствий работ по расширению прибрежной полосы и

⁹¹³ Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (Лондон, Мехико, Москва и Вашингтон, О.К., 29 декабря 1972 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1046, № 15749, p. 146.

⁹¹⁴ См. *Second Report on the Advancement of Atmospheric Science and Their Application in the Light of the Developments in Outer Space* (Geneva, World Meteorological Organization, 1963); см. также Decision 8/7 (Earthwatch: assessment of outer limits) of the Governing Council of the United Nations Environment Programme, Part A (Provisions for co-operation between States in weather modification) of 29 April 1980.

⁹¹⁵ *Southern Blue Fin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, *ITLOS Reports 1999*, p. 280, at para. 77. Трибунал постановил, что «[у]читывая, что, по мнению Трибунала, в сложившихся обстоятельствах стороны должны действовать осмотрительно и осторожно, чтобы обеспечить применение эффективных охранительных мер в целях предотвращения серьезного ущерба популяции южного голубого тунца».

⁹¹⁶ *Mox Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, *ITLOS Reports 2001*, p. 95, at para. 84 («учитывая, что, по мнению Трибунала, осмотрительность и осторожность требуют того, чтобы Ирландия и Соединенное Королевство сотрудничали в обмене информации о рисках или последствиях эксплуатации завода МОКС и в выработке способов противодействия им, когда это уместно»).

⁹¹⁷ *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Strait of Johor (Malaysia v. Singapore)*, Provisional Measures, Order of 8 October 2003, *ITLOS Reports 2003*, p. 10, at para. 99.

разработки способов противодействия такому воздействию в соответствующих районах». Этот проект руководящего положения сформулирован в рекомендательном стиле и направлен на поощрение разработки норм для регулирования такой деятельности в рамках режимов, которые действуют в различных областях, касающихся атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.

10) Концовка этого руководящего положения касается «соблюдения применимых норм международного права». Предполагается, что международное право будет продолжать действовать в качестве основы для применения этого проекта руководящего положения.

11) Широко признано, что такую деятельность следует осуществлять открыто и транспарентно и что для ее осуществления может потребоваться проведение оценки воздействия на окружающую среду, которая предусмотрена в проекте руководящего положения 4. Комиссия считает, что тот или иной проект, предполагающий намеренное крупномасштабное изменение атмосферы, может создавать масштабный риск серьезного ущерба, и что, следовательно, для такой деятельности а fortiori необходимо проведение оценки.

12) Ряд членов Комиссии по-прежнему не были убеждены в необходимости проекта руководящего положения по этому вопросу, который остается спорным по своей сути, и полемика вокруг него продолжается и основана на недостаточно обширной практике. Другие члены придерживались точки зрения, что проект этого руководящего положения можно будет усилить при его рассмотрении во втором чтении.

Руководящее положение 8 Международное сотрудничество

1. Государства несут обязательство по сотрудничеству, когда это уместно, друг с другом и с соответствующими международными организациями в целях охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.

2. Государствам следует сотрудничать в целях дальнейшего расширения научных знаний о причинах и последствиях атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. Сотрудничество может включать в себя обмен информацией и совместный мониторинг.

Комментарий

1) Международное сотрудничество является центральным элементом настоящего проекта руководящих положений. Концепция международного сотрудничества также претерпела значительные изменения в международном праве⁹¹⁸ и в значительной мере строится сегодня на понятии единства интересов международного сообщества в целом⁹¹⁹. В третьем пункте преамбулы к настоящим руководящим положениям это признается посредством указания на то, что охрана атмосферы от атмосферного загрязнения и деградации представляет собой «предмет насущной озабоченности международного сообщества в целом».

⁹¹⁸ W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (London: Stevens & Sons, 1964), pp. 60–71; C. Leben, «The Changing Structure of International Law Revisited by Way of Introduction», *European Journal of International Law*, vol. 3 (1997), pp. 399–408. См. также, Jost Delbrück, «The International Obligation to Cooperate – An Empty Shell or a Hard Law Principle of International Law? – A Critical Look at a Much Debated Paradigm of Modern International Law», H.P. Hestermeyer et al., eds., *Coexistence, Cooperation and Solidarity* (Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum), vol. 1 (Leiden, Martinus Nijhoff, 2012), pp. 3–16.

⁹¹⁹ B. Simma, «From bilateralism to community interests in international law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1994-VI*, vol. 250, pp. 217–384; N. Okuwaki, «On compliance with the obligation to cooperate: new developments of 'international law for cooperation'», in *Aspects of International Law Studies* (Festschrift for Shinya Murase), J. Eto, ed. (Tokyo, Shinzansha, 2015), pp. 5–46, at pp. 16–17 (на японском языке).

2) В этой связи пункт 1 настоящего проекта руководящего положения предусматривает обязательство государств сотрудничать, когда это уместно. В частности, такое сотрудничество осуществляется с другими государствами и соответствующими международными организациями. Выражение «когда это уместно» указывает на определенную гибкость при выполнении государствами обязательства сотрудничать в зависимости от характера и предмета сотрудничества. Возможные формы такого сотрудничества также могут быть разными в зависимости от ситуации и осуществления определенной свободы усмотрения государств. Оно может осуществляться на двустороннем, региональном или многостороннем уровнях. Государства могут также принимать надлежащие меры в индивидуальном порядке.

3) Кроме того, в деле *О целлюлозных заводах* Международный Суд подчеркнул связи между обязательством относительно уведомления, сотрудничеством между сторонами и обязательством по предотвращению. Суд отметил, что «именно в результате сотрудничества соответствующие государства могут совместно регулировать риски ущерба для окружающей среды таким образом, чтобы предотвратить такой ущерб»⁹²⁰.

4) Международное сотрудничество предусмотрено в нескольких многосторонних правовых актах, имеющих отношение к охране окружающей среды. Как в Стокгольмской декларации по проблемам окружающей человека среды, так и в Рио-де-Жанейрской декларации об окружающей среде и развитии, в принципе 24 и принципе 27 соответственно подчеркивается важность сотрудничества в духе доброй воли и партнерства⁹²¹. Кроме того, среди некоторых ныне действующих договоров Венская конвенция об охране озонового слоя (1985 года) предусматривает в своей преамбуле, что стороны Конвенции «*сознают*, что меры по охране озонового слоя от изменений в результате деятельности человека требуют международного сотрудничества и действий на международном уровне». Кроме того, в преамбуле к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (1992 года) признается, что «глобальный характер изменения климата требует максимально широкого сотрудничества всех стран и их участия в деятельности по эффективному и надлежащему международному реагированию...», также подтверждается «принцип суверенитета государств в международном сотрудничестве в деле реагирования на изменение климата»⁹²².

⁹²⁰ *Pulp Mills on the River Uruguay* (см. сноску 877 выше), р. 49, пара. 77.

⁹²¹ Принцип 24 Стокгольмской декларации гласит:
«Международные проблемы, связанные с охраной и улучшением окружающей среды, следует решать в духе сотрудничества всех стран, больших и малых, на основе равноправия. Сотрудничество, основанное на многосторонних и двусторонних соглашениях или на другой соответствующей основе, крайне важно для организации эффективного контроля, предотвращения, уменьшения и устранения отрицательного воздействия на окружающую среду, связанного с деятельностью, проводимой во всех сферах, и это сотрудничество следует организовать таким образом, чтобы в должной мере учитывались суверенные интересы всех государств». *Доклад о работе Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей человека среде*, Стокгольм, 5–16 июня 1972 года (см. сноску 807 выше). Принцип 27 Рио-де-Жанейрской декларации гласит:
«Государства и народы сотрудничают в духе доброй воли и партнерства в выполнении принципов, воплощенных в настоящей Декларации, и в дальнейшем развитии международного права в области устойчивого развития».

Доклад Конференции Организации Объединенных Наций об окружающей человека среде, Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 года, т. I: *Resolutions adopted by the Conference* (United Nations publication, Sales № E.93.I.8 and corrigenda) резолюция 1, приложение I, гл. I.

⁹²² См. также раздел 2 части XII Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, где содержатся положения о «Всемирном и региональном сотрудничестве», включая «Сотрудничество на всемирной и региональной основе» (ст. 197), «Уведомление о неминуемом или нанесенном ущербе» (ст. 198), «Планы чрезвычайных мер на случай загрязнения» (ст. 199), «Исследовательские работы, программы научных исследований и обмен информацией и данными» (ст. 200) и «Научные критерии для разработки правил» (ст. 201). Раздел 2 части XIII о морских научных исследованиях Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву предусматривает «Международное сотрудничество»,

5) Пункт 1 статьи 8 Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков об общем обязательстве сотрудничать предусматривает:

«[Г]осударства водотока сотрудничают на основе суверенного равенства, территориальной целостности и взаимной выгоды в целях достижения оптимального использования и надлежащей защиты международного водотока».

6) В своей работе Комиссия также признает важное значение обязательства сотрудничать. Проекты статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (2001) в проекте статьи 4 о сотрудничестве предусматривают:

«Заинтересованные государства добросовестно сотрудничают и, в случае необходимости, запрашивают содействие одной или нескольких компетентных международных организаций в предотвращении значительного трансграничного вреда или в любом случае минимизации его риска».

Кроме того, в проектах статей о праве трансграничных водоносных горизонтов в проекте статьи 7, Общее обязательство сотрудничать, устанавливается:

«1. Государства водоносного горизонта сотрудничают на основе суверенного равенства, территориальной целостности, устойчивого развития, взаимной выгоды и добросовестности в целях достижения справедливого и разумного использования и надлежащей защиты их трансграничных водоносных горизонтов или систем водоносных горизонтов.

2. Для цели пункта 1 государства водоносного горизонта должны создавать совместные механизмы сотрудничества».

7) Наконец, обязанность сотрудничать предусмотрена в проекте статьи 7 статей о защите людей в случае бедствий (2016)⁹²³.

8) Сотрудничество могло бы осуществляться в различных формах. В пункте b) проекта этого руководящего положения, в частности, подчеркивается важность сотрудничества в деле расширения научных знаний, касающихся причин и последствий атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. В пункте b) также выделяется обмен информацией и совместный мониторинг.

9) В преамбуле Венской конвенции об охране озонового слоя предусматривается, что международное сотрудничество и международные действия должны «основываться на соответствующих научно-технических соображениях», а в пункте 1 статьи 4, озаглавленной «Сотрудничество в правовой и научно-технической областях», сказано:

«Стороны содействуют и благоприятствуют обмену научно-технической, социально-экономической, коммерческой и правовой информацией, имеющей отношение к настоящей Конвенции, в соответствии с более подробными положениями, содержащимися в приложении II. Такая информация предоставляется органам, о которых договорятся Стороны».

В приложении II к Конвенции дается подробный перечень позиций для обмена информацией. В пункте 2 статьи 4 предусмотрено сотрудничество в технических областях с учетом потребностей развивающихся стран.

включая «Содействие международному сотрудничеству» (ст. 242), «Создание благоприятных условий» (ст. 243) и «Публикацию и распространение информации и знаний» (ст. 244).

⁹²³ Проект статьи 7 предусматривает, что:

«При применении настоящего проекта статей государства в соответствующих случаях сотрудничают между собой, с Организацией Объединенных Наций, с участниками Движения Красного Креста и Красного Полумесяца и с другими оказывающими помощь акторами». Проекты статей были приняты Комиссией во втором чтении на ее шестьдесят восьмой сессии в 2016 году и представлены Генеральной Ассамблее в докладе Комиссии о работе этой сессии (A/71/10), п. 48. В своей резолюции 71/141 от 13 декабря 2016 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению проекты статей и предложила правительствам представить комментарии относительно рекомендации Комиссии о разработке конвенции на основе этих статей.

10) В пункте 1 статьи 4 рамочной Конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата в связи с обязательствами предусматривается следующее:

«Все Стороны... е) сотрудничают в принятии подготовительных мер с целью адаптации к последствиям изменения климата; ...g) оказывают содействие и сотрудничают в проведении научных, технологических, технических, социально-экономических и других исследований, систематических наблюдений и создании банков данных, связанных с климатической системой и предназначенных для углубления познаний, а также уменьшения или устранения остающихся неопределенностей в отношении причин, последствий, масштабов и сроков изменения климата и в отношении экономических и социальных последствий различных стратегий реагирования; h) оказывают содействие и сотрудничают в полном, открытом и оперативном обмене соответствующей научной, технологической, технической, социально-экономической и юридической информацией, связанной с климатической системой и изменением климата, а также с экономическими и социальными последствиями различных стратегий реагирования; i) оказывают содействие и сотрудничают в области образования, подготовки кадров и просвещения населения по вопросам изменения климата и поощряют самое широкое участие в этом процессе, в том числе неправительственных организаций».

11) Обязательство сотрудничать включает в себя, в частности, обмен информацией. В этой связи можно также отметить, что статья 9 Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков содержит подробный свод положений об обмене данными и информацией. Кроме того, в статье 4 Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния предусматривается, что Договаривающиеся Стороны «обмениваются информацией и рассматривают свою политику, научную деятельность и технические меры, направленные на борьбу, по мере возможности, с выбросами загрязнителей воздуха, которые могут иметь отрицательные последствия, способствуя, таким образом, уменьшению загрязнения воздуха, включая трансграничное загрязнение воздуха на большие расстояния». Конвенция также содержит подробные положения о сотрудничестве в области исследований и разработок (ст. 7); обмене информацией (ст. 8); и осуществлении и дальнейшем развитии совместной программы наблюдения и оценки распространения загрязнителей воздуха на большие расстояния в Европе (ст. 9). Аналогичные положения, касающиеся международного сотрудничества, есть и в Восточноафриканском региональном рамочном соглашении по вопросам борьбы с загрязнением воздуха (Найробийское соглашение 2008 года)⁹²⁴, и в Региональном рамочном соглашении стран Западной и Центральной Африки по вопросам борьбы с загрязнением воздуха (Абиджанское соглашение 2009 года)⁹²⁵. Стороны соглашаются:

«1.2 Рассмотреть формы взаимодействия и общие преимущества принятия совместных мер борьбы с выбросами загрязнителей и парниковых газов; 1.4 Содействовать обмену образовательной и исследовательской информацией о контроле качества воздуха; 1.5 Развивать региональное сотрудничество для укрепления нормативно-правовой базы».

12) Второе предложение пункта 4 проекта статьи 17 проектов статей о праве трансграничных водоносных горизонтов предусматривает: «Содействие может включать координацию международных чрезвычайных мер и сообщений, направление подготовленного для действий в чрезвычайных ситуациях персонала, предоставление специального оборудования и припасов, экспертную, научно-техническую помощь и гуманитарную помощь». В свою очередь проект статей о защите людей в случае бедствий предусматривает в проекте статьи 9: «[д]ля целей настоящих проектов статей сотрудничество включает в себя гуманитарную помощь, координацию международных мер и коммуникаций в области экстренной помощи, а также

⁹²⁴ URL: https://web.archive.org/web/20111226174901/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreement.pdf.

⁹²⁵ URL: https://web.archive.org/web/20111224143143/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementEn.Pdf.

предоставление персонала для оказания экстренной помощи, оборудования и товаров, а также научных, медицинских и технических ресурсов». Кроме того, в проекте статьи 10 (Сотрудничество в целях уменьшения риска бедствий) предусмотрено: «[С]отрудничество распространяется на принятие мер, направленных на уменьшение риска бедствий».

13) В контексте охраны атмосферы, по мнению Комиссии, ключевое значение имеет расширение научных знаний, касающихся причин и последствий атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.

Руководящее положение 9

Взаимосвязь между соответствующими нормами

1. Нормы международного права, касающиеся охраны атмосферы, и другие соответствующие нормы международного права, включая, среди прочего, нормы международного торгового и инвестиционного права, морского права и международного права прав человека, следует, насколько это возможно, выявлять, толковать и применять таким образом, чтобы сформировалась единая совокупность совместимых друг с другом обязательств в духе принципов гармонизации и системной интеграции и с целью избежания конфликтов. Это следует делать в соответствии с применимыми нормами, изложенными в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, включая статью 30 и пункт 3 с) статьи 31, и принципами и нормами обычного международного права.

2. Государствам, при разработке новых норм международного права, касающихся охраны атмосферы, и других соответствующих норм международного права следует, насколько это возможно, пытаться делать это гармоничным образом.

3. При применении пунктов 1 и 2 особое внимание следует уделять лицам и группам, особенно уязвимым для атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. Такие группы могут включать в себя, среди прочего, коренные народы, население наименее развитых стран и население низинных прибрежных районов и малых островных развивающихся государств, затрагиваемых повышением уровня моря.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 9 посвящен «взаимосвязи между соответствующими нормами»⁹²⁶ и призван отразить связь между нормами международного права, касающимися охраны атмосферы, и другими соответствующими нормами международного права. Пункты 1 и 2 носят общий характер, в то время как в пункте 3 особо подчеркивается необходимость защиты групп, которые являются особенно уязвимыми для атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. Атмосферное загрязнение и атмосферная деградация определяются в проекте руководящего положения 1 об употреблении терминов. Эти термины касаются загрязнения и деградации, которые вызываются «людьми». Это неизбежно означает, что деятельность человека, регулируемая другими отраслями права, влияет на атмосферу и ее охрану. Поэтому важно избегать, насколько это возможно, любых коллизий и противоречий между нормами, касающимися охраны атмосферы, и нормами, относящимися к другим областям международного права. Таким образом, проект руководящего положения 9 привлекает внимание к различным способам преодоления в международном праве трений между правовыми нормами и принципами, будь то как вопрос толкования или конфликта. Формулировка проекта руководящего положения 9 основана на выводах Исследовательской группы

⁹²⁶ См. проект статьи 10 (о взаимосвязи) в резолюции 2/2014 Ассоциации международного права о декларации правовых принципов, касающихся изменения климата, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington D.C., August 2014* (London, 2014), p. 26.

Комиссии по фрагментации международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права⁹²⁷.

2) В пункте 1 рассматриваются три вида правовых процессов, а именно выявление соответствующих норм, их толкование и применение. Слова «и с целью избежания конфликтов» в конце первого предложения этого пункта свидетельствуют о том, что «избежание конфликтов» является одной из главных целей этого пункта. Однако это не единственная цель данного проекта руководящего положения. Этот пункт сформулирован таким образом, чтобы признать, что процесс идентификации, толкования и применения затрагивает не только государства, но и в надлежащих случаях международные организации.

3) Формулировка «следует, насколько это возможно, выявлять, толковать и применять таким образом, чтобы сформировалась единая совокупность совместимых друг с другом обязательств» опирается на выводы Комиссии по итогам исследования по вопросу о фрагментации. Речь идет о нормах, вытекающих из договорных обязательств и других источников международного права. На это указывает слово «выявлять». При согласовании коллизионных норм необходимо предпринимать определенные предварительные шаги, относящиеся к выявлению, например решать вопрос о том, относятся ли две соответствующие нормы к «одному и тому же предмету» и какую норму следует считать *lex generalis* или *lex specialis* и *lex anterior* или *lex posterior*, а также применяется ли норма *pacta tertiis* и т. д. Кроме того, при использовании обычно правовых правил толкования необходимо внимательно подходить к надлежащему выявлению норм обычного международного права.

4) В первом предложении содержится также конкретная ссылка на принципы «гармонизации и системной интеграции», которым уделяется особое внимание в выводах по итогам работы Исследовательской группы. Как отмечено в выводе 4) о гармонизации, когда несколько норм касаются одного вопроса, они должны в максимально возможной степени толковаться таким образом, чтобы устанавливать «единый комплекс совместимых обязательств». Кроме того, в соответствии с выводом 17) системная интеграция означает, что «независимо от вопросов, которым они посвящены, договоры являются порождением международно-правовой системы». Таким образом, они должны толковаться с учетом других международных норм и принципов.

5) Второе предложение пункта 1 вписывает данный пункт в контекст применимых норм, изложенных в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года⁹²⁸, включая статьи 30 и 31, пункт 3) с), и принципов и норм обычного международного права. Статья 31, пункт 3) с), призвана гарантировать «системное толкование», которое требует учета «любых соответствующих норм международного права, применяемых в отношении между участниками»⁹²⁹. Иными словами, в пункте 3) с) статьи 31 Венской конвенции 1969 года подчеркивается как «единство международного права», так и «смысл, в котором нормы не следует рассматривать в отрыве от общего международного права»⁹³⁰. Статьей 30 Венской конвенции 1969 года предусматриваются правила преодоления коллизий, если вышеупомянутый принцип системной интеграции при каких-то обстоятельствах не срабатывает. Статья 30

⁹²⁷ *Ежегодник... 2006 год*, т. II (часть вторая), п. 251. См. вывод 2) о «связях толкования» и «коллизионных связях». См. аналитическое исследование «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, окончательно подготовленный Марtti Коскенниemi (A/CN.4/L.682 и Corr.1 и Add.1).

⁹²⁸ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, № 18232, p. 331.

⁹²⁹ См., например, WTO, Appellate Body report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 6 November 1998, para. 158. См. также *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Application № 35763/97, ECHR 2001-XI, para. 55.

⁹³⁰ P. Sands, «Treaty, custom and the cross-fertilization of international law», *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1998), para. 25; C. McLachlan, «The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), p. 279; и O. Corten and P. Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 828–829.

предусматривает нормы урегулирования коллизий норм *lex specialis* (п. 2), *lex posterior* (п. 3) и *pacta tertiis* (п. 4)⁹³¹. Формулировка «принципами и нормами обычного международного права» во втором предложении пункта 1 охватывает такие принципы и нормы международного обычного права, которые имеют отношение к выявлению, толкованию и применению соответствующих норм⁹³².

б) Ссылка на «включая, среди прочего, нормы международного торгового и инвестиционного права, морского права и международного права прав человека» подчеркивает практическую важность этих трех областей с точки зрения охраны атмосферы. Конкретно перечисленные области имеют тесные связи с нормами международного права, касающимися охраны атмосферы, с точки зрения договорной практики, судебных решений и доктрины⁹³³. Другие отрасли права, которые могут в равной степени иметь к этому отношение, не были упущены из вида, и перечень соответствующих областей права не является исчерпывающим. Кроме того, ничто в проекте руководящего положения 9 не может толковаться как подчиняющее нормы международного права в перечисленных областях нормам, касающимся охраны атмосферы, и наоборот.

7) В контексте права международной торговли для согласования этой отрасли права с международным правом окружающей среды возникла концепция взаимодополняемости, которая касается отчасти охраны атмосферы. Согласно преамбуле Марракешского соглашения об учреждении Всемирной торговой организации⁹³⁴, цель ВТО заключается в том, чтобы совмещать торговлю и задачи в области развития с экологическими потребностями «в соответствии с целями устойчивого развития»⁹³⁵. Комитет ВТО по торговле и окружающей среде приступил к своей работе «с целью выработки взаимодополняющей международной торговой и экологической политики»⁹³⁶, и в своем докладе 1996 года на Сингапурской конференции министров Комитет вновь подтвердил свою позицию, заявив, что система ВТО и охрана окружающей среды – это «две области политики, [которые] являются в равной степени важными и должны носить взаимодополняющий характер в целях содействия устойчивому развитию»⁹³⁷. Поскольку концепция «взаимодополняемости» постепенно стала рассматриваться в качестве «правового стандарта внутри ВТО»⁹³⁸, в Дохинской декларации министров 2001 года выражается убежденность государств в том, что «цели формирования и сохранения открытой и

⁹³¹ *Ibid.*, pp. 791–798.

⁹³² Следует отметить, что Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, Всемирной торговой организации (Марракешское соглашение об учреждении Всемирной торговой организации, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1869, № 31874, p. 3, annex 2, p. 401) предусматривает в пункте 2 статьи 3, что «система урегулирования споров ВТО... имеет целью... вносить ясность в отношении действующих положений этих [охватываемых] соглашений в соответствии с *обычными* правилами толкования международного публичного права» (курсив добавлен).

⁹³³ См. International Law Association, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington...* (сноска 926 выше); и A. Boyle, «Relationship between international environmental law and other branches of international law», в *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky *et al.* (сноска 821 выше), pp. 125–146.

⁹³⁴ United Nations, *Treaty Series*, vols. 1867–1869, № 31874.

⁹³⁵ *Ibid.*, vol. 1867, № 3187 4, p. 154.

⁹³⁶ Trade Negotiations Committee, decision of 14 April 1994, MTN.TNC/45(MIN), annex II, p. 17.

⁹³⁷ WTO, Committee on Trade and Environment, Report (1996), WT/CTE/1 (12 November 1996), para. 167.

⁹³⁸ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2003); R. Pavoni, «Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making: a watershed for the «WTO-and-competing regimes» debate?», *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), pp. 651–652. См. также S. Murase, «Perspectives from international economic law on transnational environmental issues», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1996), pp. 283–431, reproduced in S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokyo, Sophia University Press, 2011), pp. 1–127; и S. Murase, «Conflict of international regimes: trade and the environment», *ibid.*, pp. 130–166.

недискриминационной многосторонней торговой системы и принятия мер в интересах охраны окружающей среды и содействия устойчивому развитию могут и должны быть взаимодополняющими»⁹³⁹. Взаимодополняемость рассматривается как часть принципа гармонизации при толковании вступающих в противоречие норм различных договоров. Среди соответствующих дел по урегулированию споров ВТО наиболее примечательным представляется дело 1996 года *Соединенные Штаты – Стандарты на бензин, полученный методом реформинга, и традиционный бензин*, поскольку Апелляционный орган отказался отграничивать нормы Генерального соглашения по тарифам и торговле от других норм толкования в международном публичном праве и заявил, что «Генеральное соглашение не следует рассматривать в клинической изоляции от публичного международного права» (курсив добавлен)⁹⁴⁰, решительно поддерживая тем самым толковательный принцип гармонизации и системной интеграции.

8) Аналогичные тенденции и подходы встречаются в международном инвестиционном праве. Соглашения о свободной торговле, которые содержат ряд инвестиционных положений, такие как Североамериканское соглашение о свободной торговле⁹⁴¹, и многочисленные двусторонние инвестиционные договоры⁹⁴² также содержат стандарты в области окружающей среды, которые были подтверждены практикой соответствующих органов по урегулированию споров. Некоторые инвестиционные трибуналы подчеркивали, что инвестиционные договоры «не подлежат прочтению и толкованию в отрыве от международного публичного права»⁹⁴³.

9) То же самое касается и морского права. Охрана атмосферы неразрывно связана с океанами и морским правом в силу тесного физического взаимодействия между атмосферой и океанами. В преамбуле Парижского соглашения отмечается «важность обеспечения целостности всех экосистем, включая океаны». Эта связь также подтверждается в Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 года⁹⁴⁴, в которой определение «загрязнения морской среды» в подпункте 4

⁹³⁹ Принята 14 ноября 2001 года на четвертой сессии Конференции министров ВТО в Дохе, WT/MIN(01)/DEC/1, пункт 6. В Гонконгской декларации министров 2005 года подтверждается «мандат в пункте 31 Дохинской декларации министров, направленный на усиление взаимодополняемости торговли и охраны окружающей среды...» (принята 18 декабря 2005 года на шестой сессии Конференции министров в Гонконге, Китай, WT/MIN(05)/DEC, п. 31).

⁹⁴⁰ WTO, Appellate Body report, United States, *Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, p. 17. См. также S. Murase, «Unilateral measures and the WTO dispute settlement» (с обсуждением дела *Gasoline*), в *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*, S.C. Tay and D.C. Esty, eds. (Singapore, Times Academic Press, 1996), pp. 137–144.

⁹⁴¹ North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States, and the Government of the United States of America (Washington D.C., United States Government Printing Office, 1993). Обратите особое внимание на ст. 104, п. 1, и 1114.

⁹⁴² Существует множество типовых двусторонних инвестиционных соглашений (ДИС), например: Типовое ДИС Канады 2004 года, URL: www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf; Типовое ДИС Колумбии 2007 года, URL: www.italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf; Типовое ДИС Соединенных Штатов 2012 года, URL: www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf; Типовое международное соглашение 2005 года по инвестициям для устойчивого развития Международного института устойчивого развития (МИУР) в Н. Mann et al., *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, 2nd ed. (Winnipeg, 2005), art. 34, URL: www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf. См. также United Nations Conference on Trade and Development, *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (2015), pp. 91–121, URL: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf; P. Muchlinski, «Negotiating new generation international investment agreements: new sustainable development-oriented initiatives», in *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. Hindelang and M. Krajewski, eds. (Oxford: Oxford University Press, 2016), pp. 41–64.

⁹⁴³ *Phoenix Action Ltd. v. the Czech Republic*, ICSID Case № ARB/06/5, award, 15 April 2009, para. 78.

⁹⁴⁴ До Конвенции единственным значимым в этом отношении международным договором был Договор 1963 года о запрещении испытаний ядерного оружия в атмосфере, в космическом

пункта 1 статьи 1 сформулировано таким образом, чтобы включать в себя все источники загрязнения морской среды через воздух, в том числе атмосферное загрязнение от наземных источников и судов⁹⁴⁵. Конвенция содержит подробные положения, касающиеся защиты и сохранения морской среды, в своей части XII, особенно в статьях 192, 194, 207, 211 и 212. Существует ряд региональных конвенций, регулирующих загрязнение морской среды из наземных источников⁹⁴⁶. ИМО стремится взять под контроль загрязнение от морских судов посредством своей работы, направленной на то, чтобы дополнить положения Конвенции⁹⁴⁷ и противодействовать изменению климата⁹⁴⁸. Охране атмосферы может способствовать эффективное осуществление применимых норм морского права. И напротив, эффективное осуществление норм об охране окружающей среды может способствовать охране океанов.

10) Что касается международного права прав человека, то ухудшение состояния окружающей среды, включая загрязнение воздуха, изменение климата и разрушение озонового слоя, «может негативно сказаться на осуществлении прав человека»⁹⁴⁹. Связь между правами человека и окружающей средой, включая атмосферу, признается на практике. В принципе 1 Стокгольмской декларации сказано, что каждый человек «имеет основное право на свободу, равенство и благоприятные условия жизни в окружающей среде, качество которой позволяет вести достойную и процветающую

пространстве и под водой (Москва, 5 августа 1963 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 480, № 6964, p. 43).

⁹⁴⁵ M.H. Nordquist et al., eds., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. II (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), pp. 41–42.

⁹⁴⁶ Например, Конвенция о защите морской среды Северо-Восточной Атлантики (United Nations, *Treaty Series*, № 42279, p. 67, at p. 71, ст. 1 e)); и Конвенция по защите морской среды района Балтийского моря (Хельсинки, 9 апреля 1992 года, *ibid.*, vol. 1507, № 25986, p. 166, at p. 169, ст. 2, п. 2); Протокол об охране Средиземного моря от загрязнения из наземных источников (*ibid.*, vol. 1328, № 22281, p. 105, at p. 121, ст. 4, п. 1 b)); Протокол о защите юго-восточной части Тихого океана от загрязнения из наземных источников (Кито, 22 июля 1983 года, *ibid.*, vol. 1648, № 28327, p. 73, at p. 90, ст. II c)); и Протокол о защите морской среды от загрязнения из наземных источников к Эль-Кувейтской региональной конвенции о сотрудничестве в области защиты морской среды от загрязнения (Эль-Кувейт, 21 февраля 1990 года, *ibid.*, vol. 2399, № 17898, p. 3, at p. 40, ст. III).

⁹⁴⁷ Например, на пятьдесят восьмой сессии Комитета по охране морской среды в 2008 году ИМО приняла приложение VI с внесенными в него поправками к Международной конвенции по предотвращению загрязнения с судов (*ibid.*, vol. 1340, № 22484, p. 61), которая регулирует, в частности, выбросы SO_x и NO_x. Конвенция включает в настоящее время шесть приложений, а именно: приложение I о правилах предотвращения загрязнения нефтью (вступило в силу 2 октября 1983 года); приложение II о правилах предотвращения загрязнения вредными жидкими веществами, перевозимыми наливом (вступило в силу 6 апреля 1987 года); приложение III о правилах предотвращения загрязнения вредными веществами, перевозимыми морем в упаковке (вступило в силу 1 июля 1992 года); приложение IV о правилах предотвращения загрязнения сточными водами с судов (вступило в силу 27 сентября 2003 года); приложение V о правилах предотвращения загрязнения мусором с судов (вступило в силу 31 декабря 1988 года); и приложение VI о правилах предотвращения загрязнения атмосферы с судов (вступило в силу 19 мая 2005 года).

⁹⁴⁸ S. Karim, *Prevention of Pollution of the Marine Environment from Vessels: The Potential and Limits of the International Maritime Organization* (Dordrecht, Springer, 2015), pp. 107–126; S. Karim and S. Alam, «Climate change and reduction of emissions of greenhouse gases from ships: an appraisal», *Asian Journal of International Law*, vol. 1 (2011), pp. 131–148; Y. Shi, «Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution?», *Marine Pollution Bulletin*, vol. 113 (2016), pp. 187–192; J. Harrison, «Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping» (2012), Edinburgh School of Law Research Paper № 2012/12, p. 20. URL: <https://ssrn.com/abstract=2037038> (дата обращения: 7 июля 2017 года).

⁹⁴⁹ «Аналитическое исследование взаимосвязи между правами человека и окружающей средой: доклад Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека» (A/HRC/19/34), пункт 15. См. также резолюцию 19/10 Совета по правам человека от 19 апреля 2012 года о правах человека и окружающей среде.

жизнь»⁹⁵⁰. В Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию 1992 года также подчеркивается в принципе 1, что «забота о людях занимает центральное место в усилиях по обеспечению устойчивого развития» и что «они имеют право на здоровую и плодотворную жизнь в гармонии с природой»⁹⁵¹. В контексте атмосферного загрязнения в Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния признается, что загрязнение воздуха «влечет за собой вредные последствия такого характера, как угроза здоровью людей», и в ней сказано, что стороны будут стремиться «охранять человека и окружающую его среду от загрязнения воздуха», превышающего определенный уровень⁹⁵². Аналогичным образом в отношении деградации атмосферы Венская конвенция об охране озонового слоя содержит положение, согласно которому стороны должны принимать надлежащие меры «для охраны здоровья человека» в соответствии с Конвенцией и протоколами, в которых они участвуют⁹⁵³. Кроме того, Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата касается неблагоприятных последствий изменения климата, в том числе значительных вредных последствий «для здоровья и благополучия человека»⁹⁵⁴.

11) В этой связи соответствующими правами человека являются «право на жизнь»⁹⁵⁵, «право на личную и семейную жизнь»⁹⁵⁶ и «право владеть имуществом»⁹⁵⁷. В тех случаях, когда в конвенциях о правах человека предусмотрено конкретное право на окружающую среду, договорные органы и соответствующие суды применяют такие конвенции, в том числе со ссылкой на право на здоровье. Однако, для того чтобы международное право в области прав человека способствовало охране атмосферы, должны быть выполнены некоторые основные требования⁹⁵⁸. Во-первых, поскольку международное право прав человека остается «в правовой парадигме вреда, причиняемого личности», должна быть установлена прямая связь между загрязнением или деградацией атмосферы, ущемляющей охраняемое право, и ущемлением охраняемого права⁹⁵⁹. Во-вторых, чтобы подпадать под действие международного права прав человека, неблагоприятное воздействие загрязнения или деградации атмосферы должно достичь определенного порогового уровня. Оценка таких минимальных стандартов является относительной и зависит от содержания права, на которое делается ссылка, и всех соответствующих обстоятельств дела, таких как интенсивность и продолжительность ущемления и его физическое или

⁹⁵⁰ См. L.V. Sohn, «The Stockholm Declaration on the Human Environment» (сноска 825 выше), pp. 451–455.

⁹⁵¹ F. Francioni, «Principle 1: human beings and the environment», в *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, J.E. Viñuales, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2015), pp. 93–106, at pp. 97–98.

⁹⁵² United Nations, *Treaty Series*, vol. 1302, № 21623, p. 217, at p. 219, ст. 1 и 2.

⁹⁵³ *Ibid.*, vol. 1513, № 26164, p. 293, at p. 326, ст. 2.

⁹⁵⁴ Ст. 1.

⁹⁵⁵ Ст. 6 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, № 14668, p. 171); ст. 6 Конвенции о правах ребенка 1989 года (Нью-Йорк, 20 декабря 1989 года, *ibid.*, vol. 1577, № 27531, p. 3); ст. 10 Конвенции о правах инвалидов 2006 года (Нью-Йорк, 20 декабря 2006 года, *ibid.*, vol. 2515, № 44910, p. 3); ст. 2 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года (Рим, 4 ноября 1950 года, *ibid.*, vol. 213, № 2889, p. 221, далее – «Европейская конвенция о правах человека»); ст. 4 Американской конвенции о правах человека 1969 года (Сан-Хосе, 22 ноября 1969 года, *ibid.*, vol. 1144, № 14668, p. 171); и ст. 4 Африканской хартии прав человека и народов 1981 года (Найроби, 27 июня 1981 года, *ibid.*, vol. 1520, № 26363, p. 217).

⁹⁵⁶ Ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах; ст. 8 Европейской конвенции о правах человека; и ст. 11, п. 2, Американской конвенции о правах человека.

⁹⁵⁷ Ст. 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции о правах человека (*ibid.*, vol. 213, № 2889, p. 221); ст. 21 Американской конвенции о правах человека; и ст. 14 Африканской хартии прав человека и народов. См. D. Shelton, «Human rights and the environment: substantive rights» в *Research Handbook on International Environmental Law*, M. Fitzmaurice, D.M. Ong and P. Merkouris, eds. (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), pp. 267–283, at pp. 267, 269–278.

⁹⁵⁸ P.-M. Dupuy and J.E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015), pp. 320–329.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 308–309.

психологическое воздействие. В-третьих, и это самое главное, необходимо установить причинно-следственную связь между действием или бездействием государства, с одной стороны, и загрязнением или деградацией атмосферы – с другой.

12) Одним из сложных вопросов взаимосвязи между нормами международного права в области охраны атмосферы и правом прав человека является «разрыв» в их применении. Если нормы международного права, касающиеся охраны атмосферы, применяются не только к государствам проживания потерпевших, но и к государствам происхождения вреда, то сфера применения договоров о правах человека ограничивается лицами, подлежащими юрисдикции государства⁹⁶⁰. Таким образом, когда экологически вредные виды деятельности в одном государстве затрагивают людей в другом государстве, встает вопрос об интерпретации «юрисдикции» в контексте правозащитных обязательств. При интерпретации и применении этого понятия необходимо учитывать объект и цель договоров о правах человека. В своем консультативном заключении по делу *О правовых последствиях строительства стены на оккупированной палестинской территории* Международный Суд признал при рассмотрении вопроса об экстратерриториальной юрисдикции, что, «хотя юрисдикция государств является прежде всего территориальной, она может иногда осуществляться за пределами национальной территории. С учетом объекта и цели Международного пакта о гражданских и политических правах было бы естественным, даже в подобном случае, чтобы государства – участники Пакта были обязаны соблюдать его положения»⁹⁶¹.

13) Одним возможным соображением является релевантность принципа недискриминации. Согласно некоторым авторам, было бы нелогично считать, что международное право прав человека не распространяется на трансграничное загрязнение или деградацию глобальной атмосферы и что это право может обеспечивать защиту жертвам загрязнения только в пределах границ соответствующей страны. По их мнению, принцип недискриминации требует, чтобы ответственное государство рассматривало трансграничное загрязнение или глобальную атмосферную деградацию точно так же, как и загрязнение из внутренних источников⁹⁶². Кроме того, постольку-поскольку многие правозащитные нормы в настоящее время признаются как либо уже сформировавшиеся, либо еще формирующиеся нормы международного обычного права⁹⁶³, они могут считаться пересекающимися с экологическими нормами об охране атмосферы, такими как должная осмотрительность (проект руководящего положения 3), оценка экологического воздействия (проект руководящего принципа 4), устойчивое использование (проект руководящего положения 5), справедливое и разумное использование (проект руководящего положения 6) и международное сотрудничество (проект руководящего положения 8), среди прочих, что позволило бы толковать и применять обе нормы гармоничным образом.

14) В отличие от пункта 1, который касается выявления, толкования и применения, пункт 2 касается ситуации, при которой государства пожелают разработать новые

⁹⁶⁰ Ст. 2 Международного пакта о гражданских и политических правах; ст. 1 Европейской конвенции о правах человека; ст. 1 Американской конвенции о правах человека; см. A. Boyle, «Human rights and the Environment: where next?», *European Journal of International Law*, vol. 23 (2012), pp. 613–642, at pp. 633–641.

⁹⁶¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 179, para. 109 (русский текст – A/ES-10/273, с. 43, п. 109).

⁹⁶² Boyle, «Human rights and the environment» (см. сноску 960 выше), pp. 639–640.

⁹⁶³ B. Simma and P. Alston, «Sources of human rights law: custom, *jus cogens* and general principles», *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988), pp. 82–108; V. Dimitrijevic, «Customary law as an instrument for the protection of human rights», Working Paper, № 7 (Milan, Istituto Per Gli Studi Di Politica Internazionale (ISPI), 2006), pp. 3–30; B. Simma, «Human rights in the International Court of Justice: are we witnessing a sea change?», в *Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, D. Alland et al. , eds. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2014), pp. 711–737; и H. Thirlway, «International law and practice: human rights in customary law: an attempt to define some of the issues», *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), pp. 495–506.

нормы. В нем сказано: «Государствам при разработке новых норм международного права, касающихся охраны атмосферы, и других соответствующих норм международного права следует, насколько это возможно, пытаться делать это гармоничным образом». Этот пункт отражает общее стремление поощрять государства, когда они участвуют в переговорах о создании новых норм, учитывать системные отношения, которые существуют между нормами международного права, касающимися атмосферы, и нормами в других правовых областях.

15) В пункте 3 говорится об участии тех, кто в результате атмосферного загрязнения и деградации атмосферы находится в уязвимом положении. Он был сформулирован таким образом, чтобы включать прямую ссылку на атмосферное загрязнение и атмосферную деградацию. Ссылка на пункты 1 и 2 охватывает как аспекты «выявления, толкования и применения», с одной стороны, так и «развития» – с другой. Слова «особое внимание следует уделять лицам и группам, которые особенно уязвимы для атмосферного загрязнения и атмосферной деградации» подчеркивают широкую сферу рассмотрения положения уязвимых групп, охватывающую оба аспекта данной темы, а именно «атмосферное загрязнение» и «атмосферную деградацию». Было сочтено нецелесообразным упоминать в тексте о «правах человека» или даже «правах» или «охраняемом законом интересе».

16) Во втором предложении пункта 3 приводятся примеры групп, которые могут находиться в уязвимых ситуациях в контексте атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. Всемирная организация здравоохранения отметила, что «все группы населения будут затронуты изменением климата, однако первоначальные риски для здоровья значительно отличаются друг от друга в зависимости от того, где и как живут люди. Люди, живущие в малых островных развивающихся государствах и других прибрежных районах, мегаполисах и горных и полярных регионах, являются особенно уязвимыми в различных формах»⁹⁶⁴. В целях в области устойчивого развития, принятых Генеральной Ассамблеей в ее Повестке дня в области устойчивого развития на период до 2030 года, вопросы загрязнения атмосферы рассматриваются в целях 3.9 и 11.6, где, в частности, содержится призыв значительно сократить количество случаев смерти и заболеваемости от загрязнения воздуха и обратить особое внимание на качество воздуха в городах⁹⁶⁵.

17) Во втором предложении пункта 3 слова «могут включать, среди прочего» означают, что приведенные примеры необязательно являются исчерпывающими. Коренные народы, как было отмечено в докладе Всемирного саммита коренных народов по изменению климата, «наиболее уязвимы к последствиям изменения климата, поскольку они живут в районах, наиболее подверженных воздействию изменения климата, и, как правило, являются наиболее неблагополучными в социально-экономическом отношении»⁹⁶⁶. Население наименее развитых стран также находится в особо уязвимом положении, поскольку оно зачастую живет в условиях крайней нищеты, не имея доступа к базовым инфраструктурным услугам и адекватной

⁹⁶⁴ World Health Organization, *Protecting Health from Climate Change: Connecting Science, Policy and People* (Geneva, 2009), p. 2.

⁹⁶⁵ См. В. Lode, P. Schönberger and P. Toussaint, «Clean air for all by 2030? Air quality in the 2030 Agenda and in international law», *Review of European, Community and International Environmental Law*, vol. 25 (2016), pp. 27–38. См. также показатели по этим задачам, указанные в 2016 году (3.9.1: смертность от загрязнения воздуха в жилых помещениях и окружающей среде; и 11.6.2: среднегодовой уровень содержания мелких твердых частиц в атмосфере городов).

⁹⁶⁶ «Report of the Indigenous Peoples' Global Summit on Climate Change, 20–24 April 2009, Anchorage, Alaska», p. 12, URL: www.un.org/ga/president/63/letters/globalsummitoncc.pdf#search=%27 (дата обращения: 7 июля 2017 года). См. R.L. Barsh, «Indigenous peoples», в *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky et al. (сноска 821 выше), pp. 829–852; B. Kingsbury, «Indigenous peoples», в *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. V, pp. 116–133; и H.A. Strydom, «Environment and indigenous peoples», в *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. III, pp. 455–461.

медицинской и социальной защите⁹⁶⁷. Жители низменных районов и малых островных развивающихся государств, затрагиваемых повышением уровня моря, потенциально могут лишиться своих земель, что способно привести к перемещению и, в некоторых случаях, вынужденной миграции. В духе преамбулы Парижского соглашения, помимо групп, конкретно указанных в пункте 3 проекта руководящего положения 9, другие потенциально уязвимые группы населения включают в себя местные общины, мигрантов, женщин, детей, людей с инвалидностью и престарелых, которые зачастую серьезно страдают в результате атмосферного загрязнения и атмосферной деградации⁹⁶⁸.

Руководящее положение 10 Имплементация

1. Национальная имплементация обязательств по международному праву, касающемуся охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации, в том числе упомянутых в настоящем проекте руководящих положений, может принимать форму законодательных, административных, судебных и других мер.
2. Государствам также следует пытаться придать силу рекомендациям, содержащимся в настоящем проекте руководящих положений.

Комментарий

- 1) Проект руководящего положения 10 посвящен вопросу об имплементации в национальном законодательстве обязательств по международному праву, касающемуся охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. Соблюдение на международном уровне рассматривается в проекте руководящего положения 11. В настоящем проекте руководящего положения термин «имплементация» употребляется для обозначения мер, которые государства могут принять для того, чтобы придать силу договорным положениям на национальном уровне, в том числе путем их включения в национальное законодательство⁹⁶⁹.
- 2) Проект руководящего положения 10 состоит из двух пунктов, которые относятся, с одной стороны, к существующим обязательствам по международному праву, а с другой стороны, к рекомендациям, содержащимся в проекте руководящих положений.

⁹⁶⁷ World Bank Group Climate Change Action Plan, 7 April 2016, para. 104, URL: <http://pubdocs.worldbank.org/en/677331460056382875/WBG-Climate-Change-Action-Plan-public-version.pdf> (дата обращения 7 июля 2017 года).

⁹⁶⁸ Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин имеет повестку дня по «гендерным аспектам деятельности по снижению риска бедствий и изменения климата»; см. URL: www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx (дата обращения: 7 июля 2017 года). Наряду с женщинами и детьми к уязвимым группам населения обычно относят пожилых людей и людей с инвалидностью. См. World Health Organization, *Protecting Health from Climate Change...* (сноска 964 выше) и World Bank Group Climate Change Action Plan (сноска 967 выше). Межамериканская конвенция о защите прав человека пожилых людей 2015 года (*General Assembly of the Organization of American States, Forty-fifth Regular Session, Proceedings*, vol. I (OEA/Ser.P/XLV-O.2), pp. 11–38) в своей статье 25 (право на здоровую окружающую среду) предусматривает: «Пожилые люди имеют право на здоровую окружающую среду с доступом к основным государственным услугам. С этой целью государства принимают надлежащие меры для гарантирования и поощрения осуществления этого права, и среди прочего: а. содействуют развитию пожилых людей с целью полного раскрытия их потенциала в гармонии с природой; б. обеспечивают доступ пожилых людей, наравне с другими, к основным государственным услугам, в частности в области снабжения питьевой водой и услугам в области санитарии».

⁹⁶⁹ См. в целом P. Sands and J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pp. 135–183; E. Brown Weiss and H.K. Jacobson, eds., *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords* (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998), см. «A framework for analysis», pp. 1–18, at p. 4.

3) В проектах руководящих положений упоминаются соответствующие обязательства государств по международному праву, касающемуся охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации, а именно: обязательство по охране атмосферы (проект руководящего положения 3), обязательство по обеспечению проведения оценки воздействия на окружающую среду (проект руководящего положения 4) и обязательство по сотрудничеству (проект руководящего положения 8)⁹⁷⁰. Учитывая наличие данных обязательств у государств, ясно, что их следует выполнять добросовестно.

4) Термин «[н]ациональная имплементация» обозначает меры, которые участники могут принимать для того, чтобы международные соглашения начали действовать на национальном уровне в соответствии с национальной конституцией и правовой системой каждого государства⁹⁷¹. Национальная имплементация может принимать множество форм, в том числе выражаться в «законодательных, административных, судебных и других мерах». Глагол «может» отражает дискреционный характер этого положения. Термин «административных» в отличие от «исполнительных» был сочтен более емким. Он охватывает возможную имплементацию на нижних этапах государственной администрации. Слова «других мер» покрывают все остальные формы национальной имплементации. Термин «национальная имплементация» применяется также к обязательствам региональных организаций, например Европейского союза⁹⁷².

5) Употребление в пункте 1 термина «обязательства» не предполагает создания новых обязательств для государств, а лишь отсылает к уже существующим обязательствам государств по международному праву. Поэтому была выбрана формулировка «в том числе [обязательства,] упомянутых в настоящем проекте руководящих положений», где слово «упомянутых» подчеркивает, что проекты руководящих положений не приводят к появлению новых обязательств и не отражают всего спектра связанных с этой темой вопросов.

6) «Рекомендации, содержащиеся в настоящем проекте руководящих положений» в пункте 2 упоминаются с целью установить разграничение между такими рекомендациями и «обязательствами», указанными в пункте 1. Термин «рекомендации» был сочтен уместным, поскольку он согласуется с модальностью проектов руководящих положений, в формулировке которых употребляется глагол «следует»⁹⁷³. Это никак не затрагивает нормативное содержание проектов руководящих положений по международному праву. В пункте 2 сказано, что государствам следует пытаться придать силу рекомендациям, содержащимся в проектах руководящих положений.

7) Комиссия решила не включать в проект руководящее положение по вопросу об ответственности государств за международно-противоправные деяния вопреки первоначальному предложению Специального докладчика⁹⁷⁴. В целом было сочтено, что Комиссия уже рассмотрела вторичные нормы ответственности путем принятия в 2001 году статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния⁹⁷⁵. Эти статьи в равной мере применимы к природоохранным обязательствам, включая охрану атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.

⁹⁷⁰ Даже обязательство сотрудничать иногда требует национальной имплементации.

В соответствии с пунктом 2 проекта руководящего положения 8 «[с]отрудничество может включать в себя обмен информацией и совместный мониторинг», что, как правило, требует национального имплементационного законодательства.

⁹⁷¹ C. Redgwell, «National implementation», in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al.* (сноска 821 выше), p. 925.

⁹⁷² See L. Krämer, «Regional economic integration organizations: the European Union as an example», in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al.* (сноска 821 выше), pp. 853–876 (об имплементации: pp. 868–870).

⁹⁷³ См., например, проекты руководящих положений 5, 6, 7, 9 и 12, п. 2.

⁹⁷⁴ См. пятый доклад Специального докладчика (A/CN.4/711), п. 31.

⁹⁷⁵ Статьи, принятые Комиссией, и комментарии к ним, см. *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, п. 76–77.

8) Кроме того, хотя государства порой и прибегают к экстерриториальному применению национального законодательства в той мере, в какой это допускается международным правом⁹⁷⁶, Комиссия не сочла необходимым рассматривать этот вопрос для целей настоящего проекта руководящих положений⁹⁷⁷. Комиссия сочла, что вопрос экстерриториального применения национального законодательства государством порождает целый ряд сложных проблем, имеющих далеко идущие последствия для других государств и их отношений друг с другом.

Руководящее положение 11 **Соблюдение**

1. Государствам необходимо добросовестно выполнять свои обязательства по международному праву, касающемуся охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации, в том числе путем соблюдения норм и процедур в соответствующих соглашениях, участниками которых они являются.

2. Для обеспечения соблюдения, когда это уместно, могут применяться стимулирующие или правоприменительные процедуры в соответствии с такими соглашениями:

а) стимулирующие процедуры могут включать в себя оказание в случаях несоблюдения помощи государствам транспарентным, невраждебным и не предполагающим наказание образом для обеспечения того, чтобы соответствующие государства соблюдали свои обязательства по международному праву с учетом своих возможностей и особых условий;

б) правоприменительные процедуры могут включать в себя вынесение предупреждения о несоблюдении, прекращение действия прав и привилегий по соответствующим соглашениям и другие формы правоприменительных мер.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 11, дополняющий проект руководящего положения 10 об имплементации на национальном уровне, относится к соблюдению на уровне международного права. Термин «соблюдение» не всегда употребляется единообразно – как в литературе, так и в соглашениях. В настоящем проекте руководящего положения термин «соблюдение» употребляется для обозначения действующих на уровне международного права механизмов или процедур, предназначенных для проверки того, действительно ли государства выполняют свои обязательства, вытекающие из соглашений или других норм международного права. Пункт 1 отражает, в частности, принцип *pacta sunt servanda*. Словосочетание

⁹⁷⁶ Соответствующие прецеденты экстерриториального применения национального законодательства включают в себя: а) дела *О тунце-дельфинах* в рамках Генерального соглашения по тарифам и торговле («внеюрисдикционное применение» Закона Соединенных Штатов о защите морских млекопитающих не согласовывалось со статьей XX Генерального соглашения), Panel report, *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, DS21/R-39S/155, 3 September 1991 (Tuna-Dolphin-I, not adopted), paras. 5.27–5.29; General Agreement on Tariffs and Trade, Panel report, *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, DS29/R, 16 June 1994 (Tuna-Dolphin II, not adopted), para. 5.32.; б) дело *О бензине ВТО* (Об экстерриториальном применении Закона Соединенных Штатов о чистом воздухе), WTO, Appellate Body report, *United States – Standards of Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 22 April 1996; в) постановление Европейского суда по делу *Американская ассоциация воздушного транспорта и др. против министра энергетики и климата*, 21 декабря 2011 года (об экстерриториальном применении Директивы Европейского союза по авиации 2008/101/EC); д) Закон Сингапура о трансграничном задымлении 2014 года, предусматривающий экстерриториальную юрисдикцию на основе «принципа объективной территориальности» (Parliament of Singapore, *Official Reports*, № 12, Session 2, 4 August 2014, paras. 5–6). См. Murase, «Perspectives from international economic law on transnational environmental issues» (сноска 938 выше), at pp. 349–372.

⁹⁷⁷ См. пятый доклад Специального докладчика (A/CN.4/711), п. 31.

«обязательств по международному праву» в отношении охраны атмосферы призвано согласовать формулировку пункта 1 со сквозной формулировкой, которая используется во всем тексте проектов руководящих положений. Кроме того, было сочтено, что широкий смысл словосочетания «обязательства по международному праву» лучше отражает тот факт, что в некоторых случаях одни договорные нормы, составляющие обязательства, могут иметь обязательную силу только для участников соответствующих соглашений, тогда как другие могут отражать нормы обычного международного права или со временем трансформироваться в них – со всеми вытекающими правовыми последствиями для государств, не являющихся участниками таких соглашений. Выбор словосочетания «соответствующие соглашения» для обозначения соглашений, участниками которых являются государства, направлен на то, чтобы охват данного положения не ограничивался лишь многосторонними природоохранными соглашениями, поскольку фактически эти обязательства могут содержаться и в других соглашениях⁹⁷⁸. Помимо этого, общий характер пункта 1 весьма уместен, если рассматривать его как введение к пункту 2.

2) Пункт 2 касается стимулирующих или правоприменительных процедур, которые могут применяться механизмами обеспечения соблюдения⁹⁷⁹. Во вводной фразе, начинающейся со слов «Для обеспечения соблюдения», целенаправленно задается позитивный подход, а ее формулировка согласуется с формулировками существующих соглашений, касающихся механизмов обеспечения соблюдения. Выражение «когда это уместно, могут применяться» подчеркивает различные обстоятельства и условия, в которых для содействия соблюдению могут применяться стимулирующие или правоприменительные процедуры. Разделитель «или» подразумевает, что компетентный орган, учрежденный в соответствии с соответствующим соглашением, должен рассматривать стимулирующие или правоприменительные процедуры в качестве альтернативных вариантов. Употребленное в конце вводной фразы словосочетание «в соответствии с такими соглашениями» подчеркивает, что стимулирующими или правоприменительными процедурами являются процедуры, предусмотренные в рамках существующих соглашений, участниками которых являются государства, и что эти процедуры будут действовать в соответствии с такими существующими соглашениями.

⁹⁷⁸ В частности, практика государств может быть отражена в многосторонних, региональных или иных торговых соглашениях, которые могут также содержать и природоохранные положения, в том числе исключения (например, исключения по статье XX Генерального соглашения по тарифам и торговле), или даже в так называемых «дополнительных соглашениях» – например, Североамериканском соглашении о сотрудничестве в области окружающей среды.

⁹⁷⁹ Процедуры, касающиеся несоблюдения, широко применяются в многосторонних природоохранных соглашениях, относящихся к охране атмосферы, в том числе в следующих документах: а) Конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния и последующие протоколы к ней (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1302, № 21623, p. 217); см. E. Milano, «Procedures and mechanisms for review of compliance under the 1979 Long-Range Transboundary Air Pollution Convention and its Protocols», in *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, T. Treves et al., eds. (The Hague, T.M.C. Asser Press, 2009), pp. 169–180; б) Монреальский протокол по веществам, разрушающих озоновый слой (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1522, № 26369, p. 3, и UNEP/OzL.Pro.4/15); F. Lesniewska, «Filling the holes: the Montreal Protocol's non-compliance mechanisms», in *Research Handbook on International Environmental Law*, Fitzmaurice, Ong and Merkouris, eds. (сноска 957 выше), pp. 471–489; в) Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте; д) Киотский протокол к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата и решение 24/СР.7 (FCCC/CP/2001/13/Add.3); J. Brunnée, «Climate change and compliance and enforcement processes», in R. Rayfuse and S.V. Scott, eds., *International Law in the Era of Climate Change* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012), pp. 290–320; е) Парижское соглашение, принятое в контексте Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (FCCC/CP/2015/10/Add.1, приложение); D. Bodansky, «The Paris Climate Change Agreement: a new hope?», *American Journal of International Law*, vol. 110 (2016), pp. 288–319.

3) Помимо вводной части, пункт 2 состоит из двух подпунктов – а) и б). В обоих подпунктах перед словосочетанием «включать в себя» употреблено слово «могут», подразумевающее, что и государства, и компетентный орган, учрежденный согласно соответствующему соглашению, обладают определенной гибкостью в применении существующих стимулирующих или правоприменительных процедур.

4) В подпункте а) употребляется выражение «в случаях несоблюдения»⁹⁸⁰, а далее, во избежание употребления словосочетания «не соблюдающие обязательства государства», упоминаются «соответствующие государства». Стимулирующие процедуры могут включать в себя оказание «помощи» тем государствам, которые желают соблюсти свои обязательства, но не могут этого делать по причине отсутствия возможностей. Поэтому стимулирующие меры принимаются транспарентным, невраждебным и ненаказательным образом для обеспечения того, чтобы соответствующие государства соблюдали свои обязательства по международному праву⁹⁸¹. Последняя часть этого предложения, содержащая слова «с учетом своих возможностей и особых условий» была сочтена необходимой в знак признания конкретных проблем, с которыми при выполнении природоохранных обязательств часто сталкиваются развивающиеся и наименее развитые страны. Главным образом они связаны с общим отсутствием возможностей – ситуацией, которую в некоторых случаях можно смягчить путем предоставления внешней поддержки для наращивания потенциала в целях содействия соблюдению обязательств таких государств по международному праву.

5) Подпункт б) посвящен правоприменительным процедурам, которые могут включать в себя вынесение предупреждения о несоблюдении, прекращение действия прав и привилегий по соответствующим соглашениям и другие формы правоприменительных мер⁹⁸². Задача правоприменительных процедур, в отличие от стимулирующих процедур, – добиться соблюдения обязательств путем наложения санкций на соответствующее государство в случае несоблюдения. В конце предложения вместо термина «санкции» используется термин «правоприменительные меры» во избежание путаницы, связанной с возможной негативной коннотацией термина «санкции». Правоприменительные процедуры, указанные в подпункте б), следует отличать от любого призыва государств к международной ответственности, поэтому эти процедуры должны применяться исключительно для обеспечения того, чтобы соответствующие государства вновь начали соблюдать обязательства в соответствии с упомянутыми во вводной части соглашениями⁹⁸³.

⁹⁸⁰ Эти формулировки основаны на Монреальском протоколе по веществам, разрушающим озоновый слой, в ст. 8 которого употребляется выражение «Стороны, не соблюдающие Протокол» (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1522, № 26369, p. 40).

⁹⁸¹ M. Koskeniemi, «Breach of treaty or non-compliance? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), pp. 123–162; D.G. Victor, «The operation and effectiveness of the Montreal Protocol's non-compliance procedure», in Victor, K. Raustiala and E.B. Skolnikoff, eds., *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments: Theory and Practice* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998), pp. 137–176; O. Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer* (The Hague, Kluwer Law International, 2001), pp. 178–179; Dupuy and Viñuales, *International Environmental Law* (сноска 958 выше), p. 285 *et seq.*

⁹⁸² G. Ulfstein and J. Werksman, «The Kyoto compliance system: towards hard enforcement», in O. Schram Stokke, J. Hovi and G. Ulfstein, eds., *Implementing the Climate Change Regime: International Compliance* (London, Earthscan, 2005), pp. 39–62; S. Urbinati, «Procedures and mechanisms relating to compliance under the 1997 Kyoto Protocol to the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change», in *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, Treves *et al.* (сноска 979 выше), pp. 63–84; S. Murase, «International lawmaking for the future framework on climate change: a WTO/GATT Model», in *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Murase (сноска 938 выше), pp. 173–174.

⁹⁸³ G. Loibl, «Compliance procedures and mechanisms», in *Research Handbook on International Environmental Law*, Fitzmaurice, Ong and Merkouris, eds. (сноска 957 выше), pp. 426–449, at pp. 437–439.

Руководящее положение 12 Разрешение споров

1. Споры между государствами, касающиеся охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации, подлежат разрешению мирными средствами.
2. Поскольку такие споры могут потребовать изучения большого объема фактологических данных и проведения научного анализа, должное внимание следует уделять привлечению технических и научных экспертов.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 12 касается разрешения споров. В пункте 1 приводится общее обязательство государств разрешать свои споры мирными средствами. Словосочетание «между государствами» поясняет, что споры, обозначенные в этом пункте, носят межгосударственный характер. В этом пункте не упоминается пункт 1 статьи 33 Устава Организации Объединенных Наций, однако это не умаляет значение перечисленных в нем мирных средств разрешения споров, таких как переговоры, обследование, посредничество, примирение, арбитраж, судебное разбирательство или обращение к другим мирным средствам, которым могут отдавать предпочтение соответствующие государства, либо значение принципа выбора средств⁹⁸⁴. Пункт 1 никоим образом не затрагивает и не изменяет существующие положения об урегулировании споров в договорных режимах, которые будут продолжать применяться на прежних условиях. Основная цель настоящего пункта – закрепить принцип мирного урегулирования споров⁹⁸⁵ и предварить пункт 2.

2) В первой части предложения, составляющего пункт 2, утверждается, что споры, касающиеся охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации, вероятно, будут требовать «изучения большого объема фактологических данных» и «проведения научного анализа». На фоне увеличения роли науки в процессе прогрессивного развития международного права, касающегося охраны атмосферы⁹⁸⁶, в последние годы в ходе разрешения международных споров стали затрагиваться все более и более сложные научные и технические вопросы. Соответственно, на рассмотрение международных судов и трибуналов передается все больше дел, имеющих сложную техническую и научную подоплеку⁹⁸⁷. Как показывает опыт урегулирования межгосударственных экологических споров, для контекстуализации или полного понимания этой информации обычно требуются специализированные знания.

⁹⁸⁴ C. Tomuschat, «Article 33», in in *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd ed., vol. 1, B. Simma, ed. (Munich, Verlag C.H. Beck, 2002), pp. 583–594.

⁹⁸⁵ N. Klein, «Settlement of international environmental law disputes», in *Research Handbook of International Environmental Law*, Fitzmaurice, Ong and Merkouris, eds. (сноска 957 выше), pp. 379–400; C.P.R. Romano, «International dispute settlement», in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky et al. (сноска 821 выше), at pp. 1039–1042.

⁹⁸⁶ См. S. Murase, «Scientific knowledge and progressive development of international law: with reference to the ILC topic on the protection of the atmosphere», in *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses: Essays in Honour of Djamchid Momtaz J. Crawford et al.*, eds., (Leiden: Brill Nijhoff, 2017), pp. 41–52.

⁹⁸⁷ См. выступление Председателя Международного Суда Ронни Абраама в Шестом комитете 28 октября 2016 года (информация о рассмотрении Международным Судом дел, касающихся международного экологического права, URL: www.icj-cij.org/files/press-releases/0/19280.pdf); и President Peter Tomka, «The ICJ in the service of peace and justice – words of welcome by President Tomka», 27 September 2013 (URL: www.icj-cij.org/files/press-releases/8/17538.pdf). См. также E. Valencia-Ospina, «Evidence before the International Court of Justice», *International Law Forum du droit international*, vol. 1 (1999), pp. 202–207; A. Riddell, «Scientific evidence in the International Court of Justice – problems and possibilities», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 20 (2009), pp. 229–258; B. Simma, «The International Court of Justice and scientific expertise», *American Society of International Law Proceedings*, vol. 106 (2012), pp. 230–233; A. Riddell and B. Plant, *Evidence Before the International Court of Justice* (London, British Institute of International and Comparative Law, 2009), chap. 9.

3) При рассмотрении недавних дел, затрагивающих нуждающиеся в научном анализе вопросы международного экологического права, позиция государств и Международного Суда претерпела заметные изменения, в которых прямо или косвенно отразились специфические черты разрешения споров, касающихся охраны атмосферы⁹⁸⁸. По этой причине, как подчеркивается в пункте 2, необходимо уделять «должное внимание» привлечению технических и научных экспертов⁹⁸⁹. Главная задача этого пункта – подчеркнуть важность привлечения технических и научных экспертов к разрешению межгосударственных споров как судебными, так и иными средствами⁹⁹⁰.

4) В контексте судебного или арбитражного процесса разрешения споров, касающихся охраны атмосферы, могут быть актуальны принципы *iusa novit curia* (суд знает законы) и *non ultra petita* (не выходить за пределы требований сторон), поскольку в отношении научных данных крайне важен вопрос взаимосвязи между правом и

⁹⁸⁸ В деле 1997 года *О проекте «Габчиково–Надьмарош»* (сноска 881 выше) и деле 2010 года *О целлюлозных заводах* (см. сноску 877 выше) стороны применили традиционный метод представления доказательств – при помощи экспертов-поверенных, которые были учеными, но не юристами. Научные выводы этих экспертов рассматривались в качестве заявлений сторон, однако такой подход вызвал определенную критику со стороны самих судей и комментаторов. Поэтому в деле *Об авиараспылении гербицидов* (производство прекращено в 2013 году) (*Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, Order of 13 September 2013, I.C.J. Reports 2013, p. 278), деле 2014 года *О китобойном промысле в водах Антарктики* (*Whaling in the Antarctica (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226) и деле 2015 года *О строительстве дороги* (сноска 887 выше) стороны назначили независимых экспертов, которые в ходе рассмотрения двух последних дел подверглись перекрестному допросу и мнениям которых придавался больший вес, чем заявлениям экспертов-поверенных. Во всех упомянутых делах Суд не назначал собственных экспертов согласно статье 50 своего Статута, однако впоследствии назначил их в деле *О делимитации морских пространств*, хотя само по себе оно и не было спором в области экологического права (*Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment (Merits), 2 February 2018, URL: www.icj-cij.org/files/case-related/157/157-20180202-JUD-01-00-EN.pdf).

⁹⁸⁹ См. D. Peat, «The use of court-appointed experts by the International Court of Justice», *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), pp. 271–303; J.G. Devaney, *Fact-finding before the International Court of Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2016); C.E. Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (Cambridge, Cambridge University Press, 2011), pp. 77–135; Special edition on courts and tribunals and the treatment of scientific issues, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3 (2012); C. Tams, «Article 50» and «Article 51», in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, A. Zimmermann *et al.*, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 1287–1311; C.E. Foster, «New clothes for the emperor? Consultation of experts by the International Court of Justice», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5 (2014), pp. 139–173; J.E. Viñuales, «Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2010), pp. 437–504, at pp. 476–480; G. Gaja, «Assessing expert evidence in the ICJ», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), pp. 409–418.

⁹⁹⁰ Следует напомнить, что между судебными и несудебными способами разрешения споров есть тесная взаимосвязь. В контексте экологических споров, особенно касающихся охраны атмосферы, государства нередко должны располагать большим объемом научных фактических данных в поддержку своих требований даже на стадии первоначальных переговоров, а значит, различия между переговорами и судебным разрешением спора могут быть не очень значительными.

фактом⁹⁹¹. Тем не менее Комиссия решила сохранить простую формулировку и не выносить эти вопросы в проект руководящего положения.

⁹⁹¹ Разграничение «факта» и «права» не всегда очевидно (M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals* (The Hague, Kluwer Law International, 1996), pp. 42–49). Научные вопросы описываются комментаторами как «смешанные вопросы права и факта» (C.F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005), p. 58), которые нелегко однозначно отнести к области права либо факта. В своем заявлении по делу *О целлюлозных заводах* судья А. Юсуф отметил, что роль экспертов состоит в том, чтобы выявить факты и прояснить научную обоснованность методов, которые были использованы для установления фактов или сбора данных, в то время как Суд должен определить доказательную ценность этих фактов (*Pulp Mills* (сноска 877 выше), Declaration of Judge Yusuf, para. 10). См. также Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (см. сноску 989 выше), pp. 145–147). На основании принципа *jura novit curia* Суд в принципе может применять любую норму права к любому факту, а также, теоретически, может оценивать фактические данные и делать выводы так, как считает нужным (при условии соблюдения правила *non ultra petita*): все это правовые вопросы. В рамках своей судебной функции и в соответствии с принципом *jura novit curia* Суд должен достаточно хорошо понимать значение каждого технического факта, содержащегося в рассматриваемом деле. См. пятый доклад Специального докладчика (A/CN.4/711), п. 104.

Глава VII Временное применение договоров

А. Введение

79. Комиссия решила включить тему «Временное применение договоров» в свою программу работы на своей шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) и назначила г-на Хуана Мануэля Гомес-Робледо Специальным докладчиком⁹⁹². Впоследствии в своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года Генеральная Ассамблея с признательностью приняла к сведению решение Комиссии о включении данной темы в ее программу работы.

80. В период с 2013 по 2016 год Специальный докладчик представил четыре доклада⁹⁹³, которые были рассмотрены Комиссией соответственно на ее шестьдесят пятой – шестьдесят восьмой сессиях (в 2013–2016 годах). Комиссия также получила три меморандума секретариата, которые были представлены соответственно на шестьдесят пятой (в 2013 году), шестьдесят седьмой (в 2015 году) и шестьдесят девятой (в 2017 году) сессиях⁹⁹⁴.

81. На основе проектов руководящих положений, предложенных Специальным докладчиком в третьем и четвертом докладах, на своей шестьдесят восьмой сессии (в 2016 году) Комиссия приняла к сведению проекты руководящих положений 1–4 и 6–9, в предварительном порядке принятые Редакционным комитетом. Проекты руководящих положений 5 и 10 было решено рассмотреть на следующей сессии из-за нехватки времени.

82. На своей шестьдесят девятой сессии (в 2017 году) Комиссия передала проекты руководящих принципов 1–4 и 6–9, в предварительном порядке принятые Редакционным комитетом в 2016 году, обратно в Комитет, с тем чтобы составить сводный проект руководящих положений. Впоследствии Комиссия приняла в предварительном порядке проекты руководящих положений 1–11, представленные Редакционным комитетом на той же сессии, вместе с комментариями к ним.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

83. На данной сессии Комиссия располагала пятым докладом Специального докладчика (A/CN.4/718) и добавлением к этому докладу с библиографией по данной теме (A/CN.4/718/Add.1). В своем пятом докладе Специальный докладчик проанализировал замечания государств и международных организаций в отношении 11 проектов руководящих положений, в предварительном порядке принятых Комиссией на ее шестьдесят девятой сессии, препроводил дополнительную информацию о практике международных организаций и представил два новых проекта руководящих положений 5 bis и 8 bis, касающиеся соответственно оговорок и прекращения или приостановления, а также восемь проектов типовых положений⁹⁹⁵. Комиссии был представлен также третий меморандум секретариата (A/CN.4/707) с анализом практики государств в отношении договоров (как двусторонних, так и многосторонних), находящихся на хранении или зарегистрированных за последние 20 лет у Генерального секретаря, которые содержат положения о временном применении, в том числе связанных с ними договорных действий.

⁹⁹² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, п. 267.

⁹⁹³ A/CN.4/664 (первый доклад), A/CN.4/675 (второй доклад), A/CN.4/687 (третий доклад) и A/CN.4/699 и Add.1 (четвертый доклад).

⁹⁹⁴ A/CN.4/658, A/CN.4/676 и A/CN.4/707. Рассмотрение документа A/CN.4/707 было отложено до нынешней сессии.

⁹⁹⁵ Текст проектов типовых положений, предложенных Специальным докладчиком в его пятом докладе (A/CN.4/718), см. в сноске 996 ниже.

84. Комиссия рассмотрела пятый доклад Специального докладчика и третий меморандум секретариата на своих 3402–3406-м и 3409-м заседаниях с 14 по 18 и 22 мая 2018 года. На своем 3409-м заседании 22 мая 2018 года Комиссия постановила передать проекты руководящих положений 5 bis и 8 bis и восемь проектов типовых положений в Редакционный комитет, поручив ему завершить первое чтение всего свода проектов руководящих положений, в том числе тех, которые были приняты в предварительном порядке на шестьдесят девятой сессии (в 2017 году), принимая во внимание замечания и соображения правительств и обсуждение на пленарных заседаниях доклада Специального докладчика.

85. Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета (A/CN.4/L.910) на своем 3415-м заседании, состоявшемся 31 мая 2018 года, и приняла проекты руководящих положений 6 [7], 7 [5 bis], 9, 10, 11 и 12. Затем Комиссия приступила к принятию в первом чтении всего свода проектов руководящих положений о временном применении договоров в качестве проекта руководства по временному применению договоров (см. раздел C.1 ниже). Комиссия далее приняла к сведению рекомендацию Редакционного комитета сделать ссылку в комментариях на возможность включения в ходе второго чтения ряда проекта типовых положений⁹⁹⁶ на

⁹⁹⁶ Текст проектов типовых положений, предложенный Специальным докладчиком в его пятом докладе (A/CN.4/718), за исключением сносок, гласит:

A. Определение сроков временного применения договора

1. Начало действия

Проект типового положения 1

Договаривающиеся [Участвующие в переговорах] государства [международные организации] соглашаются временно применять настоящий Договор с момента его подписания (или с любого последующего условленного момента).

Проект типового положения 2

Договаривающиеся [Участвующие в переговорах] государства [международные организации] соглашаются временно применять настоящий Договор с ... [указанной даты].

Проект типового положения 3

Договаривающиеся [Участвующие в переговорах] государства [международные организации] соглашаются временно применять настоящий Договор [статьи ... Договора], за исключением тех государств [международных организаций], которые в момент подписания уведомляют Депозитария в письменном виде о том, что они не дают согласия на временное применение.

Проект типового положения 4

Временное применение настоящего Договора начинается с даты, в которую государство [международная организация] уведомляет об этом остальные государства [международные организации] или представляет Депозитарию заявление об этом.

2. Прекращение

Проект типового положения 5

Временное применение настоящего Договора прекращается с его вступлением в силу для государства [международной организации], которое применяло [которая применяла] его временно.

Проект типового положения 6

Временное применение настоящего Договора государством [международной организацией] прекращается, если оно [она] уведомляет остальные государства [международные организации] (или Депозитария) о своем намерении не становиться участником Договора.

B. Сфера охвата временного применения

1. Договор в целом

Проект типового положения 7

Государство [Международная организация], заявившее [заявившая] остальным государствам [международным организациям] (или Депозитарию) о том, что оно [она] будет временно применять настоящий Договор, обязуется соблюдать все его

основе пересмотренного предложения, которое Специальный докладчик представит в надлежащее время с учетом замечаний и предложений, высказанных в ходе обсуждения на пленарных заседаниях и в Редакционном комитете.

86. На своих 3435, 3437, 3440 и 3441-м заседаниях 24, 27 и 31 июля и 2 августа 2018 года Комиссия приняла комментарии к вышеупомянутым проектам руководящих положений (раздел С.2 ниже).

87. На своем 3441-м заседании 2 августа 2018 года Комиссия выразила свои глубокую признательность Специальному докладчику г-ну Хуану Мануэлю Гомесу-Робледо за его выдающийся вклад, позволивший Комиссии довести до успешного завершения рассмотрение в первом чтении проектов руководящих положений, составляющих проект руководства по временному применению договоров.

88. На своем 3441-м заседании 2 августа 2018 года Комиссия постановила в соответствии со статьями 16–21 Положения о своей деятельности препроводить эти проекты руководящих положений (см. раздел С ниже) через Генерального секретаря правительствам и международным организациям для получения от них комментариев и замечаний с просьбой представить такие комментарии и замечания Генеральному секретарю к 15 декабря 2019 года.

С. Текст проекта руководства по временному применению договоров, принятый Комиссией в первом чтении

1. Текст проекта руководства по временному применению договоров

89. Текст проекта руководства по временному применению договоров, принятый Комиссией в первом чтении, приводится ниже.

Руководство по временному применению договоров

Руководящее положение 1

Сфера охвата

Настоящий проект руководящих положений касается временного применения договоров.

Руководящее положение 2

Цель

Цель настоящего проекта руководящих положений заключается в том, чтобы предоставить руководящие указания в отношении права и практики временного применения договоров на основе статьи 25 Венской конвенции о праве международных договоров и других норм международного права.

Руководящее положение 3

Общее правило

Договор или часть договора могут применяться временно до своего вступления в силу между соответствующими государствами или

положения на условиях, о которых оно договорилось [она договорилась] с этими государствами [международными организациями].

2. Только часть договора

Проект типового положения 8

Государство [Международная организация], уведомившее [уведомившая] остальные государства [международные организации] (или Депозитария) о том, что оно [она] будет временно применять статьи [...] настоящего Договора, обязуется соблюдать их положения на условиях, о которых оно договорилось [она договорилась] с этими государствами [международными организациями].

международными организациями, если это предусматривается самим договором или если об этом достигнуто соглашение каким-либо иным образом.

Руководящее положение 4 Форма соглашения

Помимо случая, когда договор это предусматривает, временное применение договора или части договора может быть согласовано посредством:

- a) отдельного договора; или
- b) любых других средств или договоренностей, включая резолюцию, принятую международной организацией или на межправительственной конференции, или заявление государства или международной организации, которое признается остальными соответствующими государствами или международными организациями.

Руководящее положение 5 Начало временного применения

Временное применение договора или части договора до его вступления в силу между соответствующими государствами или международными организациями начинается с такой даты и в соответствии с такими условиями и процедурами, которые установлены договором или согласованы иным образом.

Руководящее положение 6 Юридическое действие временного применения

Временное применение договора или части договора порождает юридически связывающее обязательство применять договор или его часть, как если бы договор находился в силе между соответствующими государствами или международными организациями, если только договор не предусматривает иное или не достигнуто соглашение об ином.

Руководящее положение 7 Оговорки

1. С соблюдением соответствующих норм Венской конвенции о праве международных договоров, применяемых *mutatis mutandis*, государство может, при выражении согласия на временное применение договора или части договора, сформулировать оговорку, посредством которой оно желает исключить или изменить юридическое действие, порождаемое временным применением определенных положений этого договора.

2. С соблюдением соответствующих норм международного права международная организация может при выражении согласия на временное применение договора или части договора сформулировать оговорку, посредством которой она желает исключить или изменить юридическое действие, порождаемое временным применением определенных положений этого договора.

Руководящее положение 8 Ответственность за нарушение

Нарушение обязательства, вытекающего из договора или части договора, которые применяются временно, влечет за собой международную ответственность в соответствии с применимыми нормами международного права.

Руководящее положение 9

Прекращение и приостановление временного применения

1. Временное применение договора или части договора прекращается с вступлением этого договора в силу в отношениях между соответствующими государствами или международными организациями.
2. Если в договоре не предусматривается иное или если не достигнуто соглашение об ином, временное применение договора или части договора в отношении государства или международной организации прекращается, если это государство или эта международная организация уведомят остальные государства или международные организации, между которыми временно применяется договор или часть договора, о своем намерении не становиться участником договора.
3. Настоящий проект руководящего положения не затрагивает применения *mutatis mutandis* соответствующих норм, изложенных в разделе 3 части V Венской конвенции о праве международных договоров, или других соответствующих норм международного права, касающихся прекращения или приостановления.

Руководящее положение 10

Внутреннее право государств и правила международных организаций и соблюдение временно применяемых договоров

1. Государство, которое согласилось с временным применением договора или части договора, не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им обязательства, возникающего в силу такого временного применения.
2. Международная организация, которая согласилась с временным применением договора или части договора, не может ссылаться на правила данной организации в качестве оправдания для невыполнения ею обязательства, возникающего в силу такого временного применения.

Руководящее положение 11

Положения внутреннего права государств и правила международных организаций в отношении компетенции соглашаться с временным применением договоров

1. Государство не вправе ссылаться на то обстоятельство, что его согласие с временным применением договора или части договора было выражено в нарушение того или иного положения его внутреннего права, касающегося компетенции соглашаться с временным применением договоров, как на основание недействительности его согласия, если только данное нарушение не было явным и не касалось нормы его внутреннего права особо важного значения.
2. Международная организация не вправе ссылаться на то обстоятельство, что ее согласие с временным применением договора или части договора было выражено в нарушение правил данной организации, касающихся компетенции соглашаться с временным применением договоров, как на основание недействительности ее согласия, если только данное нарушение не было явным и не касалось нормы особо важного значения.

Руководящее положение 12

Согласие с временным применением с ограничениями, вытекающими из внутреннего права государств или правил международных организаций

Настоящие проекты руководящих положений не затрагивают право государства или международной организации соглашаться в самом договоре или как бы то ни было иначе с временным применением договора или части

договора с ограничениями, вытекающими из внутреннего права данного государства или правил данной организации.

2. Текст проекта руководства по временному применению договоров и комментариев к нему

90. Текст проекта руководства по временному применению договоров, принятый Комиссией в первом чтении, вместе с комментариями к нему приводится ниже.

Руководство по временному применению договоров

Общий комментарий

1) Как это всегда имеет место в случае материалов, подготавливаемых Комиссией, проекты руководящих положений подлежат прочтению вместе с комментариями.

2) Цель Руководства по временному применению договоров состоит в том, чтобы служить подспорьем для государств, международных организаций и других пользователей по вопросам права и практики временного применения международных договоров. Дело в том, что государства, международные организации и другие пользователи могут столкнуться с трудностями, касающимися, в частности, формы соглашения о временном применении договора или его части, момента начала и окончания такого применения и его юридического действия. Задача Руководства – подсказать государствам, международным организациям и другим пользователям ответы, которые согласуются с действующими нормами и представляются наиболее подходящими с точки зрения современной практики.

3) Временное применение представляет собой механизм, с помощью которого государства и международные организации могут немедленно вводить в действие все или некоторые положения договора до завершения всех внутренних и международных процедур для его вступления в силу⁹⁹⁷. Временное применение служит практической и соответственно полезной цели, например когда предмет договора сопряжен с известной срочностью или когда участвовавшие в переговорах государства или международные организации желают наладить доверительные отношения накануне вступления договора в силу⁹⁹⁸ и т. д.⁹⁹⁹ В более общем плане временное применение служит общей цели подготовки вступления договора в силу или содействия его вступлению в силу. Однако следует подчеркнуть, что временное применение представляет собой добровольный механизм, который государства и международные организации могут использовать или не использовать по своему усмотрению и который может быть сопряжен с ограничениями, вытекающими из внутреннего права государств и правил международных организаций.

4) Не будучи юридически обязательными, проекты руководящих положений объясняют действующие нормы международного права в свете современной практики. Проекты руководящих положений главным образом основываются на статье 25 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (далее –

⁹⁹⁷ См. D. Mathy, «Article 25», в издании *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1, O. Corten and P. Klein, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 640; и A.Q. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature* (Leiden, Brill, 2012). Эта концепция определялась как «применение и обязательное соблюдение положений договора до его вступления в силу» (R. Lefeber, «Treaties, provisional application», in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 1), а также «упрощенная форма обеспечения применения договора или его части в течение определенного периода времени» (M.E. Villager, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden and Boston, Martinus Nijhoff, 2009), p. 354).

⁹⁹⁸ См. H. Krieger, «Article 25», в издании *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Dörr and K. Schmalenbach, eds. (Heidelberg and New York, Springer, 2012), p. 408.

⁹⁹⁹ См. A/CN.4/664, пп. 25–35.

«Венская конвенция 1969 года»¹⁰⁰⁰ и Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 года (далее – «Венская конвенция 1986 года»)¹⁰⁰¹, которую они пытаются прояснить и объяснить, а также на практике государств и международных организаций по этому вопросу, не затрагивая при этом других норм международного права.

5) Разумеется, невозможно дать ответ все вопросы, которые могут возникнуть на практике и касаться великого множества ситуаций, с которыми могут столкнуться государства и международные организации. Между тем, общий подход согласуется с одной из главных целей настоящих проектов руководящих положений, которая заключается в том, чтобы признать гибкий характер временного применения договоров¹⁰⁰², избегая при этом излишней назидательности. В соответствии с изначально добровольным характером временного применения, которое всегда остается факультативным, проекты руководящих положений отражают признание того, что государства и международные организации по договоренности между собой могут не пользоваться советами, предлагаемыми в проектах руководящих положений, если они примут такое решение.

б) Руководство призвано способствовать также последовательному употреблению терминов и, следовательно, избегать недоразумений. Широкое использование таких терминов, как «предварительное вступление в силу» в отличие от «окончательного вступления в силу», привело к путанице в отношении сферы охвата и юридического действия концепции временного применения договоров¹⁰⁰³. Аналогичным образом вместо «временного» («provisional») в договорах нередко говорится о «промежуточном» или «предварительном» («temporary» or «interim») применении¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁰ Статья 25 Венской конвенции 1969 года гласит:

Временное применение

1. Договор или часть договора применяются временно до вступления договора в силу, если:

- а) это предусматривается самим договором; или
- б) участвовавшие в переговорах государства договорились об этом каким-либо иным образом.

2. Если в договоре не предусматривается иное или участвовавшие в переговорах государства не договорились об ином, временное применение договора или части договора в отношении государства прекращается, если это государство уведомит другие государства, между которыми временно применяется договор, о своем намерении не становиться участником договора.

(United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, № 18232, p. 331, at pp. 338–339).

¹⁰⁰¹ Статья 25 Венской конвенции 1986 года гласит:

Временное применение

1. Договор или часть договора применяются временно до вступления договора в силу, если:

- а) это предусматривается самим договором; или
- б) участвующие в переговорах государства и участвующие в переговорах организации или, в зависимости от случая, участвующие в переговорах организации договорились об этом каким-либо иным образом.

2. Если в договоре не предусматривается иное или участвующие в переговорах государства и участвующие в переговорах организации или, в зависимости от случая, участвующие в переговорах организации не договорились об ином, временное применение договора или части договора в отношении государства или международной организации прекращается, если это государство или эта организация уведомит государства и организации, в отношении которых временно применяется договор, о своем намерении не стать участником договора. (A/CONF.129/15 (еще не вступила в силу)).

¹⁰⁰² См. A/CN.4/664, пп. 28–30.

¹⁰⁰³ В этой связи можно сослаться на анализ, содержащийся в *The Treaty, Protocols, Conventions and Supplementary Acts of the Economic Community of West African States (ECOWAS), 1975–2010* (Abuja, Ministry of Foreign Affairs of Nigeria, 2011), сборник, содержащий 59 договоров, заключенных под эгидой Сообщества. Можно отметить, что из этих 59 договоров лишь 11 не предусматривают временное применение (см. A/CN.4/699, пп. 168–174).

¹⁰⁰⁴ См. пункт 33 письма Союзной Республики Югославия в обмене письмами, образующем Соглашение между Организацией Объединенных Наций и Союзной Республикой Югославия

В связи с этим статью 25 Венских конвенций 1969 и 1986 годов, закладывающую основу регламентации в этой области¹⁰⁰⁵, критиковали за то, что она трудна для понимания¹⁰⁰⁶ и что ей не хватает юридической точности¹⁰⁰⁷. Назначение настоящих проектов руководящих положений – внести бóльшую ясность в этот вопрос.

7) Чтобы настоящее Руководство могло служить подспорьем для государств и международных организаций в их практике временного применения, в него предполагается включить также проекты типовых положений, которые должны быть воспроизведены в приложении¹⁰⁰⁸. Эти проекты типовых положений отражали бы наилучшую практику временного применения как двусторонних, так и многосторонних договоров. Они ни в коем случае не ограничивают гибкий и добровольный характер временного применения договоров и не претендуют на охват всего спектра возможных ситуаций.

Руководящее положение 1 **Сфера применения**

Настоящий проект руководящих положений касается временного применения договоров.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 1 касается сферы применения проектов руководящих положений. Это положение подлежит прочтению вместе с проектом руководящего положения 2, где излагается цель проектов руководящих положений.

2) Для текста, призванного предоставить руководящие указания для государств и международных организаций, слово «касается» было сочтено более подходящим, чем другие варианты, как, например, слово «применяется», которые чаще используются в нормоустановительных текстах, применимых к государствам и другим субъектам международного права.

3) Комиссия решила не включать дополнительных уточнений, ограничивающих сферу применения *ratione personae* проектов руководящих положений только государствами. Дело в том, что проекты руководящих положений также относятся к международным организациям, как на это указывает общий рефрен «государство/государства или международная организация/международные

относительно статуса Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека в Союзной Республике Югославия (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2042, № 35283, p. 23, и *Юридический ежегодник Организации Объединенных Наций, 1998 год* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.03.V.5), с. 119); статью 15 Соглашения между Республикой Беларусь и Ирландией об условиях оздоровления несовершеннолетних граждан Республики Беларусь в Ирландии (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2679, № 47597, p. 65, at p. 79); и статью 16 Соглашения между правительством Малайзии и Программой развития Организации Объединенных Наций о создании Глобального совместного центра обслуживания ПРООН (*ibid.*, vol. 2794, № 49154, p. 67). См. меморандумы секретариата об истоках статьи 25 Венских конвенций 1969 и 1986 годов (A/CN.4/658 и A/CN.4/676) и меморандум секретариата о практике государств и международных организаций в связи с договорами, которые содержат положения о временном применении (A/CN.4/707).

¹⁰⁰⁵ См. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties...* (см. сноску 997 выше), p. 22.

¹⁰⁰⁶ См. A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités* (Paris, Ed.s A. Pedone, 2005), p. 111.

¹⁰⁰⁷ См. M.A. Rogoff and B.E. Gauditz, «The provisional application of international agreements», *Maine Law Review*, vol. 39 (1987), № 1, p. 41.

¹⁰⁰⁸ Текст проектов типовых положений, предложенный Специальным докладчиком в пятом докладе, см в сноске 996 выше. Из-за нехватки времени Комиссия не смогла завершить рассмотрение проекта типовых положений. Поэтому она намерена возобновить рассмотрение этого вопроса на своей семьдесят первой сессии, с тем чтобы позволить государствам и международным организациям изучить приложение, содержащее такие проекты типовых положений, до рассмотрения проекта руководящих положений во втором чтении на семьдесят второй сессии.

организации» в проектах руководящих положений 5–7 и 9–12¹⁰⁰⁹. Это согласуется с тем, что временное применение договоров предусмотрено в статье 25 обеих Венских конвенций 1969 и 1986 годов.

Руководящее положение 2

Цель

Цель настоящего проекта руководящих положений заключается в том, чтобы предоставить руководящие указания в отношении права и практики временного применения договоров на основе статьи 25 Венской конвенции о праве международных договоров и других норм международного права.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 2 касается цели проектов руководящих положений и соответствует практике Комиссии, заключающейся во включении такого рода положений в разрабатываемые ею тексты с целью разъяснения цели данного текста. В настоящем случае цель проектов руководящих положений заключается в том, чтобы предоставить руководящие указания для государств и международных организаций в отношении права и практики временного применения договоров.

2) Проект руководящего положения 2 призван подчеркнуть, что руководящие положения основаны на Венской конвенции 1969 года и других нормах международного права, в том числе на Венской конвенции 1986 года. Слова «или других соответствующих норм международного права» прежде всего призваны распространить данное положение на временное применение договоров международными организациями. Они учитывают, что Венская конвенция 1986 года еще не вступила в силу и, соответственно, на нее нельзя ссылаться таким же образом, как и на Конвенцию 1969 года.

3) Проект руководящего положения 2 призван подтвердить основной подход, в духе которого составлены все проекты руководящих положений, а именно, что статья 25 Венских конвенций 1969 и 1986 годов не обязательно отражает все аспекты современной практики временного применения договоров. На это указывает решение одновременно сослаться на «право и практику» временного применения договоров. Такой подход также подразумевается ссылкой на «другие нормы международного права», которая отражает достигнутое Комиссией понимание, что другие нормы международного права, в том числе нормы обычного права, могут быть также применимы к временному применению договоров.

4) В то же время, несмотря на возможность существования других норм и практики, относящихся к временному применению договоров, в проектах руководящих положений признается центральное значение статьи 25 Венских конвенций 1969 и 1986 годов. Слова «на основе» и прямая ссылка на статью 25 имеют целью показать, что эта статья служит основным отправным пунктом проектов руководящих положений, даже если она должна дополняться другими нормами международного права, чтобы можно было получить полное представление о праве, применимом к временному применению договоров.

Руководящее положение 3

Общее правило

Договор или часть договора могут применяться временно до своего вступления в силу между соответствующими государствами или международными организациями, если это предусматривается самим договором или если об этом достигнуто соглашение каким-либо иным образом.

¹⁰⁰⁹ Вопрос о потенциальной роли международной организации или международной конференции в соглашении о временном применении договора или части договора рассматривается в проекте руководящего положения 4.

Комментарий

1) В проекте руководящего положения 3 излагается общее правило временного применения договоров. При этом Комиссия сознательно стремилась следовать формулировке статьи 25 Венской конвенции 1969 года, с тем чтобы подчеркнуть, что статья 25 служит отправным пунктом проектов руководящих положений. Однако при этом необходимо исходить из общего понимания, упомянутого в пункте 3) комментария к проекту руководящего положения 2, согласно которому Венские конвенции 1969 и 1986 годов не обязательно отражают все аспекты современной практики временного применения договоров.

2) Первая часть формулировки подтверждает общую возможность того, что договор или часть договора могут применяться временно. Она воспроизводит вводную часть пункта 1 статьи 25 Венских конвенций 1969 и 1986 годов с добавлением глагола «может», чтобы подчеркнуть факультативный характер временного применения.

3) Комиссия рассмотрела также вопрос о том, как наилучшим образом передать в тексте идею государств или международных организаций, которые могут применять договор временно, и государств или международных организаций, соглашение между которыми требуется для такого временного применения, и высказалась за более общую формулировку. В отличие от статьи 25, в пункте 1 b) которой речь идет о договоренности временно применять договор или часть договора между «участвовавшими/участвующими в переговорах государствами» или «участвовавшими/участвующими в переговорах государствами и участвовавшими/участвующими в переговорах организациями», в проекте руководящего положения 3 не сказано о том, какие государства или международные организации могут применять договор временно. В процессе рассмотрения вопроса о целесообразности согласования нынешней формулировки с той, которая содержится в статье 25, путем ограничения сферы применения общего правила конкретной группой государств или международных организаций, Комиссия признала вытекающую из современной практики возможность того, что к временному применению могут прибегать государства или международные организации, которые не входят в число участвовавших в переговорах по соответствующему договору государств или организаций. На основе исследованных многосторонних договоров не удалось дать четкий ответ на вопрос о том, может ли термин «участвовавшие в переговорах государства» из пункта 1 b) статьи 25 помешать не участвовавшим в переговорах государствам или международным организациям прийти к соглашению о временном применении¹⁰¹⁰. Кроме того, необходимость проведения различия между разными группами государств или международных организаций с точки зрения их связи с договором была сочтена менее актуальной в контексте двусторонних договоров, на которые приходится подавляющее большинство среди традиционно применяющихся на временной основе договоров. Вместе с тем относящаяся к делу практика была выявлена путем рассмотрения некоторых товарных соглашений, которые так и не вступили в силу, но временное применение которых продлевалось сверх сроков прекращения их действия¹⁰¹¹. В таких случаях продление также понималось как

¹⁰¹⁰ См. A/CN.4/707, п. 37.

¹⁰¹¹ См., например, Международное соглашение по тропической древесине, 1994 год (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1955, № 33484, p. 81), которое несколько раз продлевалось на основании статьи 46 Соглашения, за время чего некоторые государства (Гватемала, Мексика, Нигерия и Польша) присоединились к нему. См. также ситуацию Черногории в отношении Протокола № 14 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, вносящего изменения в контрольный механизм Конвенции (*ibid.*, vol. 2677, № 2889, p. 3, at p. 34). Черногория, которая обрела независимость в 2006 году и поэтому не являлась участвовавшим в переговорах государством, присоединилась к вышеупомянутому договору и имела возможность временно применять определенные положения в соответствии с Мадридским соглашением (Соглашение о временном применении некоторых положений Протокола № 14 до его вступления в силу). Заявления о временном применении, сделанные Албанией, Бельгией, Германией, Лихтенштейном, Люксембургом, Нидерландами, Испанией, Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии, Швейцарией и Эстонией, см., *ibid.*, pp. 30–37.

применяющееся к государствам, которые присоединились к товарному соглашению, что свидетельствует в пользу тезиса о том, что эти государства также применяли соглашение на временной основе.

4) Различие между временным применением всего договора и его «части» проистекает из статьи 25. В своей работе в области права международных договоров Комиссия конкретно предусмотрела возможность того, что стало называться временным применением лишь части договора. В пункте 2 проекта статьи 22 проектов статей 1966 года о праве международных договоров Комиссия подтвердила, что «то же самое правило» в отношении того, что она тогда называла «временным вступлением в силу», применяется к «части договора»¹⁰¹². В соответствующем комментарии было разъяснено: «сегодня довольно часто встречаются случаи временного вступления в силу лишь отдельной части договора для удовлетворения насущных потребностей ситуации»¹⁰¹³. Возможность временного применения только части договора помогает также преодолеть проблемы, обусловленные некоторыми специфическими положениями, такими как практические положения о создании механизмов по наблюдению за осуществлением договоров, которые могут в меньшей степени подходить для временного применения. В соответствии с этим временное применение части договора отражено в формуле «временное применение договора или части договора», которая используется на протяжении всего текста проектов руководящих положений¹⁰¹⁴.

5) Вторая часть формулировки, а именно «до своего вступления в силу между соответствующими государствами или международными организациями», основана на вводной части статьи 25. Комиссия рассмотрела вопрос о возможной неопределенности ссылки на «вступление в силу». С одной стороны, это выражение может обозначать вступление в силу самого договора¹⁰¹⁵, но, с другой стороны, есть примеры продолжения временного применения в отношении некоторых государств или международных организаций после вступления в силу самого договора, когда такой договор еще не вступил в силу для этих конкретных государств и международных организаций, как и в случае многосторонних договоров¹⁰¹⁶. Поэтому

¹⁰¹² *Ежегодник... 1966 год*, т. II, п. 38.

¹⁰¹³ Там же, пункт 3) комментария к проекту статьи 22.

¹⁰¹⁴ Один из примеров практики, касающейся временного применения части двустороннего договора, можно найти в Соглашении между Королевством Нидерландов и Княжеством Монако о выплатах в Монако причитающихся голландцам пособий по социальному страхованию (*ibid.*, vol. 2205, № 39160, p. 541, at p. 550, art. 13, para. 2); а примеры двусторонних договоров, прямо исключающих часть договора из режима временного применения договора, можно найти в Соглашении между федеральным правительством Австрии и правительством Федеративной Республики Германия о сотрудничестве органов полиции и таможенных управлений в пограничных районах (*ibid.*, vol. 2170, № 38115, p. 573, at p. 586) и Соглашении между правительством Федеративной Республики Германия и правительством Республики Хорватия по вопросам технического сотрудничества (*ibid.*, vol. 2306, № 41129, p. 439). В отношении многосторонних договоров практику можно найти в следующих источниках: Конвенции о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении (*ibid.*, vol. 2056, № 35597, p. 211, at p. 252); Конвенции по кассетным боеприпасам (*ibid.*, vol. 2688, № 47713, p. 39, at p. 112); Договоре о торговле оружием (A/CONF.217/2013/L.3, ст. 23); и в Документе, согласованном государствами – участниками Договора об обычных вооруженных силах в Европе (*International Legal Materials*, vol. 36, p. 866, sect. VI, para. 1). Кроме того, Протокол о временном применении Пересмотренного Чагуарамасского договора (*ibid.*, vol. 2259, № 40269, p. 440) прямо предусматривает, какие положения Пересмотренного договора не будут применяться на временной основе, в то время как Соглашение о транстихоокеанском стратегическом экономическом партнерстве (*ibid.*, vol. 2592, № 46151, p. 225) является примером временного применения части договора, который применяется только в отношении одной из сторон Соглашения.

¹⁰¹⁵ Как и в случае Соглашения об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года (*ibid.*, vol. 1836, № 31364, p. 3) и Соглашения о временном применении некоторых положений Протокола № 14 до его вступления в силу.

¹⁰¹⁶ Например, Договор о торговле оружием.

ссылку на «вступление в силу» в проекте руководящего положения 3 следует понимать в соответствии со статьей 24 Венских конвенций 1969 и 1986 годов по этому же вопросу. Она касается вступления в силу самого договора и его вступления в силу для каждого соответствующего государства или каждой соответствующей международной организации. Использование с самого начала выражения «до своего вступления в силу» призвано также подчеркнуть роль, которую выполняет временное применение в деле подготовки к вступлению договора в силу или содействия такому вступлению договора в силу, даже если оно может преследовать и иные цели.

б) Третья и четвертая части этой формулировки («если это предусматривается самим договором или если об этом достигнуто соглашение каким-либо иным образом») отражают два возможных основания для временного применения, признаваемые в подпунктах а) и б) пункта 1 статьи 25. Возможность временного применения на основе положения соответствующего договора широко признается¹⁰¹⁷, и поэтому данная формулировка воспроизводит текст Венских конвенций 1969 и 1986 годов.

7) Несколько более общая формулировка в измененном виде была принята для описания альтернативного сценария временного применения на основе отдельного соглашения. В отличие от Венских конвенций 1969 и 1986 годов здесь конкретно не упоминается какая-либо конкретная группа государств или международных организаций в знак признания того, что современная практика включает случаи временного применения по соглашению между либо только несколькими участвовавшими в переговорах государствами, либо не участвовавшими в переговорах государствами, которые подписали договор или присоединились к нему впоследствии. Кроме того, этот проект руководящего положения допускает возможность того, что какое-либо третье государство или международная организация, никак не связанные с договором, будут временно применять его после достижения соглашения каким-либо иным образом с одним или несколькими заинтересованными государствами или международными организациями. Это объясняет более нейтральную формулировку проекта руководящего положения 3 в пассивном залоге, которая просто повторяет основное правило.

8) Проект руководящего положения 3 подлежит прочтению вместе с проектом руководящего положения 4, который дополнительно поясняет вопрос о временном применении посредством отдельной договоренности, уточняя значение соглашения, достигнутого «каким-либо иным образом».

¹⁰¹⁷ Примеры из двусторонней сферы включают в себя: Соглашение между Европейским сообществом и Республикой Парагвай по некоторым аспектам воздушного сообщения (*Official Journal of the European Union* L 122, 11 May 2007), ст. 9; Соглашение между Аргентинской Республикой и Республикой Суринам о безвизовом въезде владельцев общегражданских паспортов (United Nations, *Treaty Series* [том еще не опубликован], № 51407), ст. 8; Договор между Швейцарской Конфедерацией и Княжеством Лихтенштейн, касающийся экологических налогов в Княжестве Лихтенштейн (*ibid.*, vol. 2761, № 48680, p. 23), ст. 5; Соглашение между Королевством Испания и Княжеством Андорра о передаче и удалении отходов (*ibid.* [том еще не опубликован], № 50313), ст. 13; Соглашение между правительством Королевства Испания и правительством Словацкой Республики о сотрудничестве в борьбе с организованной преступностью (*ibid.*, vol. 2098, № 36475, p. 341), ст. 14, п. 2; и Договор об образовании Сообщества России и Беларуси (*ibid.*, vol. 2120, № 36926, p. 595), ст. 19. Примеры в многосторонней сфере включают в себя: Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года, ст. 7; Соглашение о поправках к Рамочному соглашению по бассейну реки Сава и Протоколу о режиме судоходства к Рамочному соглашению по бассейну реки Сава (*ibid.*, vol. 2367, № 42662, p. 697), ст. 3, п. 5; Рамочное соглашение о многосторонней ядерно-экологической программе в Российской Федерации (*ibid.*, vol. 2265, № 40358, p. 5 at pp. 13–14), ст. 18, п. 7, и соответствующий Протокол по вопросам претензий, судебных разбирательств и освобождения от материальной ответственности (*ibid.*, p. 35), ст. 4, п. 8; Устав Сообщества португалоговорящих стран (*ibid.*, vol. 2233, № 39756, p. 207), ст. 21; и Соглашение об учреждении Фонда «Каранта» для поддержки политики в области неформального образования, в том числе приложение к Уставу Фонда (*ibid.*, vol. 2341, № 41941, p. 3) соответственно ст. 8 и 49.

Руководящее положение 4 Форма соглашения

Помимо случая, когда договор это предусматривает, соглашение о временном применении договора или части договора может быть достигнуто посредством:

- a) отдельного договора; или
- b) любых других средств или договоренностей, включая резолюцию, принятую международной организацией или на межправительственной конференции, или заявление государства или международной организации, которое признается остальными соответствующими государствами или международными организациями.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 4 касается форм соглашения, на основании которых договор или часть договора могут применяться временно, в дополнение к тем случаям, когда это предусматривается самим договором. Структура этого положения соответствует последовательности, установленной в статье 25 Венских конвенций 1969 и 1986 годов, в которой, во-первых, предусматривается возможность того, что соответствующий договор может прямо допускать временное применение, а во-вторых, предусматривается возможность альтернативного основания для временного применения, если государства или международные организации договорились «об этом каким-либо иным образом», что, как правило, имеет место в тех случаях, когда в договоре по этому поводу ничего не говорится.

2) Как указывалось ранее, проект руководящего положения 4 поясняет содержащееся в конце проекта руководящего положения 3 указание «об этом достигнуто соглашение каким-либо иным образом», предусмотренное в пункте 1 b) статьи 25. Это подтверждается вводными словами «[п]омимо случая, когда договор это предусматривает», которые являются прямой отсылкой к словам «если это предусмотрено самим договором» в проекте руководящего положения 3. Эти формулировки соответствуют формулировке статьи 25. В подпунктах определены две категории дополнительных методов согласования временного применения.

3) В подпункте a) предусматривается возможность временного применения посредством отдельного договора, который следует отличать от договора, который является объектом временного применения¹⁰¹⁸.

4) В подпункте b) признается возможность того, что, помимо отдельного договора, соглашение о временном применении может также быть достигнуто посредством «любых других средств или договоренностей», что расширяет диапазон вариантов для достижения соглашения о временном применении. Комиссия посчитала такую дополнительную ссылку подтверждением заведомо гибкого характера режима временного применения¹⁰¹⁹. В порядке дальнейших разъяснений приводятся два

¹⁰¹⁸ К примерам двусторонних договоров о временном применении, которые были заключены отдельно от договора, который является объектом временного применения, относятся: Соглашение о налогообложении дохода от накопления сбережений, заключенное между Нидерландами и Германией, и его временном применении (*ibid.* [том еще не опубликован], № 49430) и Поправка к Соглашению о воздушных перевозках между Королевством Нидерландов и Государством Катар (*ibid.*, vol. 2265, № 40360, p. 507, at p. 511). Нидерланды заключили целый ряд аналогичных договоров. Примеры многосторонних договоров о временном применении, которые были заключены отдельно от договора, который является объектом временного применения, включают: Протокол о временном применении Соглашения об учреждении Центра Карибского сообщества по климатическим изменениям (*ibid.* [том еще не опубликован], № 51181); Протокол о временном применении Пересмотренного Чагуарамасского договора и Мадридское соглашение (Соглашение о временном применении некоторых положений Протокола № 14 до его вступления в силу).

¹⁰¹⁹ На практике некоторые договоры были зарегистрированы в Организации Объединенных Наций как применяемые временно, но без указания на то, какие иные средства или договоренности использовались для достижения соглашения о временном применении. Ниже

примера таких «средств или договоренностей», а именно: достижение соглашения о временном применении посредством резолюции, принятой международной организацией или на межправительственной конференции, или заявление государства или международной организации, которое признается остальными соответствующими государствами или международными организациями¹⁰²⁰.

приводятся примеры таких договоров: Соглашение между Королевством Нидерландов и Соединенными Штатами Америки о статусе персонала Соединенных Штатов в карибской части Королевства (*ibid.*, [том еще не опубликован], № 51578); Соглашение между Правительством Латвии и Правительством Республики Азербайджан о сотрудничестве в борьбе с терроризмом, незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров и организованной преступностью (*ibid.*, vol. 2461, № 44230, p. 205); и Соглашение между Организацией Объединенных Наций и Правительством Республики Казахстан относительно учреждения Субрегионального отделения для Северной и Центральной Азии Экономической и социальной комиссии Организации Объединенных Наций для Азии и Тихого океана (*ibid.*, vol. 2761, № 48688, p. 339). См. R. Lefeber, «The provisional application of treaties», in *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, J. Klabbers and R. Lefeber, eds. (The Hague, Martinus Nijhoff, 1998), p. 81.

¹⁰²⁰ Речь идет не о соглашениях, в которых международная организация является стороной договора как такового. Речь идет о соглашениях между государствами, заключенных на совещаниях или конференциях, проводившихся под эгидой международной организации. В этой связи можно привести несколько примеров. Во-первых, поправки к Конвенции о Международной организации морской спутниковой связи (ИНМАРСАТ) и к Соглашению о деятельности этой организации (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1143, № 17948, p. 105). См. D. Sagar, «Provisional application in an international organization», *Journal of Space Law*, vol. 27 (1999), pp. 99–116. Во-вторых, существует ряд прецедентов, когда компетентные органы международных организаций временно применяли поправки, хотя в их учредительных документах такие полномочия им прямо не предоставлялись; примерами служат Конгресс Всемирного почтового союза, Комитет министров Совета Европы и практика Международного союза электросвязи. См. Sagar, «Provisional application in an international organization», pp. 104–106. В-третьих, поправка, принятая в 2012 году Конференцией Сторон, действующей в качестве совещания Сторон Киотского протокола к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2303, № 30822, p. 162), в которой Специальная рабочая группа по дальнейшим обязательствам для Сторон, включенных в приложение I, согласно Киотскому протоколу, при рассмотрении пробелов в функционировании механизма чистого развития, которые могут возникнуть в связи с вступлением в силу поправок к Киотскому протоколу, рекомендовала, чтобы эти поправки применялись временно. См. «Правовые соображения, касающиеся возможного разрыва между первым и последующими периодами действия обязательств» (FCCC/KP/AWG/2010/10), п. 18. В-четвертых, поправка к статье 14 Устава Всемирной туристской организации (United Nations, *Treaty Series* [том еще не опубликован], № 14403). Другие примеры случаев, когда правительствам предоставляется возможность временно ввести соглашение в действие на основе коллективного решения, включают: а) Международное соглашение по оливковому маслу и пищевым оливкам (*ibid.*, vol. 2684, № 47662, p. 63); б) Международное соглашение по тропической древесине; в) Международное соглашение 1993 года по какао (*ibid.*, vol. 1766, № 30692, p. 3); и Международное соглашение 2010 года по какао (*ibid.*, vol. 2871, № 50115, p. 3). Наконец, пример, который два академических источника называют примером временного применения, касается учреждения Подготовительной комиссии Организации по договору о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний посредством принятия резолюции Совещанием подписавших договор государств (CTBT/MSS/RES/1) от 19 ноября 1996 года. Хотя на переговорах, приведших к Договору о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний, предложение о временном применении было отклонено, хотя Договор о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний не предусматривает непосредственного положения о временном применении и хотя отдельного договора с этой целью заключено не было, эти авторы утверждают, что, поскольку решения Подготовительной комиссии направлены на осуществление ключевых положений Договора о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний до вступления договора в силу, резолюцию подписавших его государств можно истолковать как свидетельство соглашения, достигнутого «иным образом» или «подразумеваемого временного применения» на основе подпункта b) пункта 1 статьи 25 Венской конвенции 1969 года. A. Michie, «The provisional application of arms control treaties», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10, (2005), pp. 347–377, at pp. 369–370. См. также Y. Fukui, «CTBT: Legal questions arising from its non-entry into force revisited», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 22, pp. 183–200, at pp. 197–199. В отличие от этого в другом источнике,

5) Хотя такая практика все еще явно носит исключительный характер¹⁰²¹, Комиссия посчитала полезным включить ссылку на возможность того, что государство или международная организация могут сделать заявление о временном применении договора или части договора в случаях, когда в договоре об этом ничего не сказано и когда это не согласовано иным образом. Однако такое заявление должно верифицируемо признаваться другими государствами или международными организациями в отличие от простого отсутствия возражений с их стороны. Основная существующая практика имеет вид признания временного применения в письменной форме. Проект руководящего положения сохраняет определенную степень гибкости, допуская другие формы признания при условии, что они выражены. Комиссия решила избегать использования прилагательного «одностороннее» перед словом «заявление» во избежание путаницы между нормами, регулирующими временное применение договоров, и правовым режимом односторонних актов государств.

Руководящее положение 5 **Начало временного применения**

Временное применение договора или части договора до его вступления в силу между соответствующими государствами или международными организациями начинается с такой даты и в соответствии с такими условиями и процедурами, которые установлены договором или согласованы иным образом.

Комментарий

- 1) Проект руководящего положения 5 касается начала временного применения. Этот проект руководящего положения сформулирован по образцу пункта 1 статьи 24 Венских конвенций 1969 и 1986 годов о вступлении в силу.
- 2) Первая клаузула отражает подход, используемый в настоящих проектах руководящих положений и состоящий во включении ссылки на временное применение всего договора или части договора.

опубликованном под эгидой Института Организации Объединенных Наций по исследованию проблем разоружения и с предисловием Исполнительного секретаря Подготовительной комиссии, утверждается, что положения Договора о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний в настоящее время не применяются на временной основе. См. R. Johnson, *Unfinished Business: The Negotiation of the CTBT and the End of Nuclear Testing*, UNIDIR/2009/2 (2009), pp. 227–231.

¹⁰²¹ Есть случаи, когда договор не обязывает участвовавшие в переговорах государства или подписавшие его государства временно применять его, но дает каждому государству возможность решить, желает ли оно временно применять договор в любой момент процесса, начиная с принятия текста до вступления в силу и даже после него. В этих обстоятельствах способом волеизъявления государства, в силу которого возникают обязательства, вытекающие из временного применения договора, может быть одностороннее заявление. Примером служит временное применение Сирийской Арабской Республикой Конвенции о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1974, № 33757). Когда Сирия в одностороннем порядке заявила о том, что будет временно применять упомянутую Конвенцию, Генеральный директор Организации по запрещению химического оружия (ОЗХО) ответил в нейтральной форме, информировав Сирию о том, что ее «заявка», касающаяся временного применения, будет доведена до сведения государств-участников. Даже с учетом того, что в Конвенции не упоминается временное применение и что возможность такого применения не обсуждалась во время переговоров, ни государства-участники, ни Организация не воспротивились тому, чтобы Сирия применяла эту Конвенцию временно в соответствии со своим односторонним заявлением (см. второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/675), п. 35 с), и третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/687), п. 120. Другим примером согласия быть связанным временно применяемой частью договора на основании одностороннего заявления, но посредством параллельного по отношению к договору соглашения, служит Протокол о временном применении к Соглашению о едином патентном суде (см. www.unified-patent-court.org/sites/default/files/Protocol_to_the_Agreement_on_Unified_Patent_Court_on_provisional_application.pdf).

3) Вторая клаузула состоит из двух компонентов. Слова «до его вступления в силу» соответствуют формулировке, содержащейся в проекте руководящего положения 3, в соответствии с которым «вступление в силу» означает вступление в силу между соответствующими государствами или международными организациями. Как указывается в комментарии к проекту руководящего положения 3, такие соображения являются актуальными главным образом в контексте временного применения многосторонних договоров. Как уже отмечалось в комментарии к проекту руководящего положения 3¹⁰²², Комиссия решила сохранить общую ссылку на «вступление в силу».

4) Вторым компонентом является включение ссылки как на государства, так и на международные организации. Этот подход отражает позицию Комиссии, о которой говорится в пункте 3) комментария к проекту руководящего положения 1 и согласно которой в область применения проектов руководящих положений следует включить договоры между государствами и международными организациями или между международными организациями. Ссылка на вступление в силу «между» государствами или международными организациями сформулирована в общих выражениях, с тем чтобы охватить различные возможные сценарии, в том числе, например, временное применение в отношениях между государством или международной организацией, для которых договор вступил в силу, и другим государством или другой международной организацией, для которых этот договор в силу еще не вступил.

5) Слова «начинается с такой даты и в соответствии с такими условиями и процедурами» определяют начало временного применения. Эта формулировка основана на положении статьи 68 Венской конвенции 1969 года, в которой говорится о «вступлении в силу». Тем самым эта формулировка подтверждает, что речь идет о юридических последствиях для государства или международной организации, принявших решение о временном применении договора. Комиссия решила не включать в текст прямых ссылок на различные способы выражения согласия на обязательность договора, с тем чтобы это положение сохраняло более упорядоченный вид.

6) Заключительные слова «которые установлены договором или согласованы иным образом» подтверждают, что соглашение о временном применении договора или части договора основывается на положении временно применяемого договора, на отдельном договоре независимо от его конкретного наименования, или на других средствах или договоренностях, которые устанавливают наличие соглашения о временном применении, и регулируются условиями и процедурами, предусмотренными в таких документах.

Руководящее положение 6 **Юридическое действие временного применения**

Временное применение договора или части договора порождает юридически связывающее обязательство применять договор или его часть, как если бы договор находился в силе между соответствующими государствами или международными организациями, если только договор не предусматривает иное или не достигнуто соглашение об ином.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 6 касается юридического действия временного применения. Можно говорить о двух видах «юридического действия»: юридическом действии соглашения временно применять договор или его часть и юридическом действии договора или его части, которые применяются временно.

2) Сначала в этом проекте руководящего положения указывается, что юридическое действие временного применения договора или части договора заключается в создании юридически связывающего обязательства применять договор

¹⁰²² См. пункт 5) комментария к проекту руководящего положения 3 выше.

или его часть, как если бы этот договор находился в силе между соответствующими государствами или международными организациями. Другими словами, договор или часть договора, которые применяются временно, считаются обязательными для сторон, применяющих его временно, с того момента, когда началось временное применение. Такие юридические последствия вытекают из соглашения о временном применении договора, достигнутого соответствующими государствами или международными организациями, которое может быть выражено в формах, указанных в руководящем положении 4. Для тех случаев, когда в таком соглашении ничего не говорится о юридическом действии временного применения, что часто имеет место, проект руководящего положения предусматривает, что временное применение порождает юридически связывающее обязательство применять договор или его часть, как если бы договор находился в силе¹⁰²³.

3) Общая позиция сопровождается заключительной оговоркой «если только договор не предусматривает иное или не достигнуто соглашение об ином», которая подтверждает, что основная норма подпадает под действие договора или иного соглашения, которые могут предусматривать альтернативный юридический исход. Такое понимание, т. е. создание презумпции существования юридически связывающего обязательства применять договор, как если бы он находился в силе, с учетом возможности того, что стороны могут договориться об ином, находит свое отражение в существующей практике государств¹⁰²⁴.

4) Начальная формулировка «[в]ременное применение договора или части договора» соответствует проекту руководящего положения 5. Слова «юридически связывающее обязательство применять договор или его часть, как если бы договор находился в силе», которые занимают центральное место в проекте руководящего положения, указывают на эффект, который договор мог бы иметь, если бы он находился в силе для соответствующего государства или международной организации, и на поведение, которое ожидается от государств или международных организаций, которые решают прибегнуть к временному применению. Слова «между соответствующими государствами или международными организациями» были включены в текст в целях согласования проекта этого руководящего положения с проектом руководящего положения 5. Заключительная формулировка «если только договор не предусматривает иное или не достигнуто соглашение об ином» указывает на условие, на которое опирается основная норма и которое состоит в том, что договор не предусматривает иное.

5) Тем не менее необходимо провести важное различие. Как вопрос принципа временное применение не должно порождать весь спектр прав и обязательств, которые вытекают из согласия государства или международной организации на обязательность для них договора или его части. Временное применение договоров продолжает отличаться от их вступления в силу, поскольку оно регулируется не всеми нормами договорного права. Поэтому формула «порождает юридически связывающее обязательство применять договор или его часть, как если бы договор находился в силе» не подразумевает, что временное применение имеет тот же самый эффект, что и вступление договора в силу. Ссылка на «юридически связывающее обязательство» призвана конкретизировать описание юридического действия временного применения.

¹⁰²³ См. Mathy, «Article 25» (сноска 997 выше), p. 651.

¹⁰²⁴ В Меморандуме секретариата (A/CN.4/707) содержится анализ более 400 двусторонних и 40 многосторонних договоров и признается, что в действительности число как двусторонних, так и многосторонних договоров, применяемых временно, превышает число таких договоров в издании «Серия договоров Организации Объединенных Наций»; см. также примеры, содержащиеся в докладах, представленных Специальным докладчиком: A/CN.4/664, A/CN.4/675, A/CN.4/687 и A/CN.4/699 и Add.1. В приложении к последнему документу приведены примеры из недавней практики Европейского союза в отношении временного применения соглашений с третьими государствами. См. также примеры практики Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ) в пятом докладе Специального докладчика (A/CN.4/718).

б) Комиссия рассмотрела возможность включения в текст прямой гарантии, предусматривающей, что временное применение договора не может привести к изменению содержания договора. Однако принятая формулировка проекта руководящего положения 6 была сочтена в достаточной степени всеобъемлющей, чтобы охватить рассматриваемый вопрос, поскольку временное применение ограничивается созданием юридически связывающего обязательства применять договор или его часть временно, как если бы договор находился в силе. Таким образом, в проекте этого руководящего положения имплицитно заложено понимание того, что акт временного применения договора не затрагивает прав и обязанностей других государств или международных организаций¹⁰²⁵. Кроме того, проект руководящего положения 6 не следует истолковывать как ограничение свободы государств или международных организаций вносить поправки в договор, который применяется временно, или изменять его в соответствии с частью IV Венских конвенций 1969 и 1986 годов.

Руководящее положение 7 Оговорки

1. С соблюдением соответствующих норм Венской конвенции о праве международных договоров, применяемых *mutatis mutandis*, государство может, при выражении согласия на временное применение договора или части договора, сформулировать оговорку, посредством которой оно желает исключить или изменить юридическое действие, порождаемое временным применением определенных положений этого договора.

2. С соблюдением соответствующих норм международного права международная организация может, при выражении согласия на временное применение договора или части договора, сформулировать оговорку, посредством которой она желает исключить или изменить юридическое действие, порождаемое временным применением определенных положений этого договора.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 7 касается формулирования оговорок государством или международной организацией, посредством которых они желают исключить или изменить юридическое действие, порождаемое временным применением некоторых положений договора.

2) Ввиду относительно небольшой практики в этой области и того факта, что оговорки в ситуации временного применения не затрагивались принятым в 2011 году Руководством по практике в отношении оговорок к международным договорам¹⁰²⁶, Комиссия находится лишь на начальной стадии рассмотрения вопроса об оговорках в отношении временного применения договоров. В Комиссии высказывались различные и широко расходящиеся между собой мнения по поводу целесообразности или необходимости включения в Руководство положения об оговорках в контексте временного применения договора или его части, хотя, по общему убеждению, в принципе никаких запретов на формулирование оговорок, касающихся временного применения, нет.

3) Хотя государства делали заявления о толковании при выражении ими согласия на временное применение, такие заявления следует отличать от оговорок¹⁰²⁷.

¹⁰²⁵ Однако последующая практика одной или более сторон договора может служить средством толкования в соответствии со статьями 31 или 32 Венской конвенции 1969 года. См. главу IV выше о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров.

¹⁰²⁶ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10 и Add.1).*

¹⁰²⁷ См., в частности, проект руководящего положения 1.3 Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам (там же (A/66/10 и Add.1)).

Не являются оговорками по смыслу права международных договоров и заявления об отказе от временного применения¹⁰²⁸.

4) Пункт 1 начинается со слов «[с] соблюдением соответствующих норм Венской конвенции о праве международных договоров, применяемых *mutatis mutandis*». Эта формулировка должна служить указанием на применение некоторых, но не обязательно всех норм Венской конвенции 1969 года, применимых к оговоркам в случае временного применения. Она была включена в начало пункта, чтобы ясно указать, что речь идет о соответствующих нормах Венской конвенции, которые касаются правил формулирования оговорок, а не о тех нормах, которые касаются временного применения некоторых положений соответствующего договора.

5) Выражение «государство может, при выражении согласия на временное применение договора или части договора, сформулировать оговорку, посредством которой оно желает исключить или изменить юридическое действие, порождаемое временным применением определенных положений этого договора», основывается на положениях статей 2, пункт 1 d), и 19 Венской конвенции. Ссылка на юридическое действие, «порождаемое временным применением», подчеркивает неразрывную связь между проектом руководящего положения 6 и проектом руководящего положения 7. Эта формулировка считается нейтральной по отношению к вопросу о том, исключают или изменяют оговорки юридическое действие, вытекающее из временного применения договора или из соглашения сторон о временном применении договора как такового.

6) В пункте 2 говорится о формулировании оговорок международными организациями в такой же ситуации, как и ситуация государств, предусмотренная в пункте 1. В пункте 2 воспроизводится текст пункта 1 с необходимыми изменениями. Начальную формулировку «[с] соблюдением соответствующих норм международного права» следует понимать в широком смысле как распространяющуюся в первую очередь на нормы права международных договоров, но также и на нормы, которые относятся к правилам международных организаций.

Руководящее положение 8 Ответственность за нарушение

Нарушение обязательства, вытекающего из договора или части договора, которые применяются временно, влечет за собой международную ответственность в соответствии с применимыми нормами международного права.

Комментарий

1) В проекте руководящего положения 8 рассматривается вопрос об ответственности за нарушение обязательства, вытекающего из договора или части договора, которые применяются временно. Он отражает юридические последствия проекта руководящего положения 6. Поскольку временно применяемый договор или часть договора порождают юридически связывающие обязательства, то нарушение обязательства, вытекающего из договора или части договора, которые применяются временно, неизбежно представляет собой противоправное деяние, влекущее за собой международную ответственность. Комиссия рассмотрела вопрос о необходимости наличия положения об ответственности в целом. Включение данного проекта руководящего положения было сочтено необходимым, поскольку он касается ключевого юридического последствия временного применения договора или части договора. Поскольку статья 73 Венской конвенции 1969 года гласит, что ее положения не предрешают ни одного из вопросов, которые могут возникнуть в отношении договора из международной ответственности государства, а статья 74 Венской конвенции 1986 года содержит аналогичное положение, сфера охвата проектов

¹⁰²⁸ См., например, п. 2 а) ст. 45 Договора к Энергетической хартии (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2080, № 36116, p. 95); и п. 1 а) ст. 7 Соглашения об осуществлении части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года.

руководящих принципов не ограничивается областью применения этих двух Венских конвенций, как это указано в проекте руководящего положения 2.

2) Комиссия решила сохранить ссылку на «часть» договора, с тем чтобы уточнить, что в тех случаях, когда временно применяется часть договора, нарушение лишь этой части договора может повлечь за собой международную.

3) Этот проект руководящего положения был разработан в соответствии со статьями об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 года¹⁰²⁹ и проектами статей об ответственности международных организаций 2011 года¹⁰³⁰ в той мере, в какой они отражают международное обычное право. Соответственно, слова «обязательство, вытекающее» и «влечет за собой» были сознательно взяты из этих статей. Аналогичным образом заключительная формулировка «в соответствии с применимыми нормами международного права» призвана служить в том числе отсылкой к этим статьям.

Руководящее положение 9

Прекращение и приостановление временного применения

1. Временное применение договора или части договора прекращается с вступлением этого договора в силу в отношениях между соответствующими государствами или международными организациями.

2. Если в договоре не предусматривается иное или если не достигнуто соглашение об ином, временное применение договора или части договора в отношении государства или международной организации прекращается, если это государство или эта международная организация уведомят остальные государства или международные организации, между которыми временно применяется договор или часть договора, о своем намерении не становиться участником договора.

3. Настоящий проект руководящего положения не затрагивает применения *mutatis mutandis* соответствующих норм, изложенных в разделе 3 части V Венской конвенции о праве международных договоров, или других соответствующих норм международного права, касающихся прекращения или приостановления.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 9 касается прекращения или приостановления временного применения. Временное применение договора или части договора государством или международной организацией, как правило, прекращается в одном из двух случаев: во-первых, когда договор вступает в силу для соответствующего государства или международной организации, а во-вторых, когда государство или международная организация, которые временно применяют договор или часть договора, сообщают другим государствам или международным организациям, между которыми временно применяется договор или часть договора, о своем намерении не становиться участником договора. Не исключается и возможность прекращения временного применения иным, менее распространенным способом.

2) Пункт 1 касается прекращения временного применения по вступлении договора в силу. Вступление договора в силу является самым распространенным способом прекращения временного применения¹⁰³¹. Тот факт, что временное применение договора или части договора может быть прекращено путем вступления в силу самого договора, подразумевается выражением «до его вступления в силу»¹⁰³² в проектах

¹⁰²⁹ *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, пункт 76; впоследствии включены в приложение к резолюции 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года.

¹⁰³⁰ *Ежегодник... 2011 год*, т. II (часть вторая), п. 87.

¹⁰³¹ См. A/CN.4/707, п. 88.

¹⁰³² В большинстве двусторонних договоров указывается, что договор применяется временно «до его вступления в силу», «до его ратификации», «до выполнения формальных требований для его вступления в силу», «до завершения этих внутренних процедур и вступления в силу»

руководящих положений 3 и 5, которое основано на статье 25 Венских конвенций 1969 и 1986 годов. В соответствии с проектом руководящего положения 5 временное применение продолжается до тех пор, пока договор не вступит в силу для государства или международной организации, которые временно применяют договор или часть договора в отношении других государств или международных организаций, которые временно применяют такой договор или часть такого договора¹⁰³³.

3) Слова «в отношениях между соответствующими государствами или международными организациями» были включены в текст, чтобы провести различие между вступлением договора в силу и его временным применением одним или несколькими участниками. Это было сочтено особенно актуальным в отношениях между участниками многостороннего договора, который может вступать в силу для нескольких участников, но по-прежнему лишь временно применяться другими участниками. Поэтому данная формулировка предназначена для учета всех возможных юридических ситуаций, которые могут существовать в этой связи.

4) Пункт 2 отражает второй случай, упомянутый в пункте 1) комментария к настоящему проекту руководящего положения, а именно случай, когда государство или международная организация уведомляют о своем намерении не становиться участником договора. Это положение близко к тексту воспроизводит формулировку пункта 2 статьи 25 венских конвенций 1969 и 1986 годов.

5) В начальной формулировке пункта 2 «[е]сли в договоре не предусматривается иное или если не достигнуто соглашение об ином» отсутствует ссылка на заключение такого альтернативного соглашения только между «участвующими в переговорах» государствами и международными организациями, которая содержится в венских конвенциях 1969 и 1986 годов. Формула «если не достигнуто соглашение об ином» по-прежнему распространяется на участвовавшие в переговорах государства и международные организации, однако она может охватывать также государства и международные организации, которые не участвовали в переговорах по договору. Учитывая сложность процессов заключения современных многосторонних договоров, современная практика поддерживает широкую трактовку венских конвенций, закрепляя одинаковый правовой статус за всеми участвовавшими в переговорах государствами и международными организациями в связи с временным применением, с учетом признания существования других групп государств или международных организаций, чье согласие по вопросам, касающимся прекращения временного применения, может также запрашиваться¹⁰³⁴.

6) Комиссия стремилась также определить круг государств и международных организаций, которых следует уведомлять о намерении другого государства или международной организации прекратить временное применение договора или части договора. Этот вопрос прояснен в заключительных словах проекта данного

настоящей Конвенции», «до того момента, пока правительства не уведомят друг друга в письменном виде о том, что формальности, требуемые согласно Конституции их соответствующих стран, были соблюдены», «до выполнения всех процедур, упомянутых в пункте 1 настоящей статьи» или «до того момента, пока он не вступит в силу» (см. [A/CN.4/707](#), п. 90). Это относится также к многосторонним договорам; например, в пункте d) Мадридского соглашения (Соглашение о временном применении некоторых положений Протокола № 14 до его вступления в силу) предусматривается, что «такое заявление [о временном применении] теряет свою силу после вступления в силу Протокола № 14-бис к Конвенции в отношении соответствующей Высокой Договаривающейся Стороны».

¹⁰³³ См., например, Соглашение между Федеративной Республикой Германия и Правительством Республики Словения о включении в запасы Словенского бюро по минимальным нефтяным запасам и нефтепродуктам нефтяных запасов и нефтепродуктов, хранящихся в Германии от имени Словении (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2169, № 38039, p. 287, at p. 302); и Соглашение, заключенное между Правительством Испании и Правительством Колумбии в форме обмена нотами, о бесплатной выдаче виз (*ibid.*, vol. 2253, № 20662, p. 328, at pp. 333–334).

¹⁰³⁴ Такой подход согласуется с подходом в отношении статуса участвовавших в переговорах государств, обозначенным в проекте руководящего принципа 3. См. пункты 2) и 5) комментария к проекту руководящего принципа 3 выше.

руководящего положения «уведомит другие государства и международные организации, между которыми временно применяется договор или часть договора»¹⁰³⁵.

7) Комиссия решила не включать гарантию в отношении одностороннего прекращения временного применения, например путем применения *mutatis mutandis* правила, содержащегося в пункте 2 статьи 56 Венских конвенций 1969 и 1986 годов, которое устанавливает срок уведомления для денонсации договора или выхода из договора, не содержащего положений о его прекращении, денонсации или выходе из него. Комиссия отказалась сделать это, стремясь сохранить гибкость, заложенную в статье 25, и с учетом недостаточности практики в этом отношении.

8) В пункте 3 подтверждается, что проект руководящего положения 9 не затрагивает применения *mutatis mutandis* соответствующих норм, изложенных в разделе 3 части V Венской конвенции 1969 года, или других соответствующих норм международного права, касающихся прекращения или приостановления. Несмотря на представляющееся отсутствие соответствующей практики и несмотря на то, что в пункте 2 статьи 25 Венской конвенции предусматривается гибкий способ прекращения временного применения, Комиссия сочла целесообразным включить в Руководство положение о прекращении или приостановлении действия в стремлении учесть ряд возможных сценариев, которые не охватываются пунктами 1 и 2. Например, государство или международная организация могут пожелать прекратить временное применение, но по-прежнему намереваться стать участниками договора. Другой допустимый сценарий заключается в том, что в ситуациях существенного нарушения государство или международная организация могут добиваться прекращения или приостановления временного применения только по отношению к государству или международной организации, которые совершили существенное нарушение, но при этом могут продолжать применять договор временно в отношении других участников. Государство или международная организация, затронутые существенным нарушением, могут пожелать возобновить приостановленное временное применение договора после того, как существенное нарушение было должным образом устранено.

9) Формулировка пункта 3 в виде положения о «ненанесении ущерба» преследует цель сохранить возможность того, что положения, касающиеся прекращения и приостановления, предусмотренные в Венской конвенции 1969 года, могут быть применимы к временно применяемому договору. Однако перед этим положением не ставится цель окончательно определить, какие основания в разделе 3 могут стать

¹⁰³⁵ Четкие положения о прекращении временного применения и в некоторых случаях также о соответствующем уведомлении содержатся в небольшом числе двусторонних договоров. Примером может служить Соглашение между правительством Соединенных Штатов Америки и правительством Республики Маршалловы Острова о сотрудничестве в борьбе с распространением оружия массового уничтожения, систем их доставки и соответствующих материалов по морю (United Nations, *Treaty Series* [том еще не опубликован], № 51490, p. 14), ст. 17. К другим примерам относятся: Договор между Федеративной Республикой Германия и Королевством Нидерландов об управлении воздушным движением Федеративной Республики Германия над территорией Нидерландов и о последствиях гражданских операций аэропорта Нижнего Рейна на территории Королевства Нидерландов (*ibid.*, vol. 2389, № 43165, p. 117, at p. 173); Соглашение между Испанией и Международным фондом для компенсации ущерба от загрязнения нефтью (*ibid.*, vol. 2161, № 37756, p. 45, at p. 50); и Договор между Королевством Испания и Организацией Североатлантического договора, представленной Штабом Верховного главнокомандующего Объединенными вооруженными силами НАТО в Европе, об особых условиях, применимых к учреждению и функционированию на территории Испании международного военного штаба (*ibid.*, vol. 2156, № 37662, p. 139, at p. 155). Что касается прекращения многосторонних договоров, то Соглашение об осуществлении положений Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими (*ibid.*, vol. 2167, № 37924, p. 3, at p. 126), содержит клаузулу (ст. 41), которая допускает прекращение путем уведомления и отражает формулировку пункта 2 статьи 25 Венской конвенции 1969 года. Кроме того, практика осуществления товарных соглашений свидетельствует о том, что временное применение может быть прекращено путем выхода из соглашения, как в случае Международного соглашения по оливковому маслу и пищевым оливкам.

дополнительной причиной для прекращения временного применения или какие сценарии и в какой степени эти основания будут применяться. Вместо этого здесь должны «применяться *mutatis mutandis*» нормы Венской конвенции в зависимости от обстоятельств.

10) Слова «или других соответствующих норм международного права» прежде всего призваны распространить данное положение на временное применение договоров международными организациями, но при этом данная ссылка также ясно дает понять, что данное положение применяется без ущерба для других методов прекращения временного применения в целом¹⁰³⁶.

11) Сфера охвата данного положения ограничивается разделом 3 части V Венской конвенции 1969 года, с тем чтобы избежать любой правовой неопределенности, которая могла бы быть следствием общей ссылки на часть V. Аналогичным образом конкретная ссылка на раздел 3 исключает применение раздела 2 части V Венской конвенции о недействительности. Вопрос о недействительности рассматривается в Руководстве в проекте руководящего положения 11.

Руководящее положение 10 Внутреннее право государств и правила международных организаций и соблюдение временно применяемых договоров

1. Государство, которое согласилось с временным применением договора или части договора, не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им обязательства, возникающего в силу такого временного применения.

2. Международная организация, которая согласилась с временным применением договора или части договора, не может ссылаться на правила данной организации в качестве оправдания для невыполнения ею обязательства, возникающего в силу такого временного применения.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 10 касается соблюдения временно применяемых договоров и их связи с внутренним правом государств и правилами международных организаций. Конкретно он касается вопроса о ссылках на внутреннее право государств или, в случае международных организаций, правила организации в качестве оправдания для невыполнения обязательств, вытекающих из временного применения договора или части договора. В первом пункте речь идет о норме, применяющейся к государствам, а во втором – о норме, применяемой к международным организациям.

2) Это положение сформулировано по образцу статьи 27 Венских конвенций 1969¹⁰³⁷ и 1986 годов¹⁰³⁸. Поэтому оно должно рассматриваться вместе с этими статьями и другими применимыми нормами международного права.

¹⁰³⁶ См., например, ст. 29 Венской конвенции 1978 года о правопреемстве государств в отношении договоров (*ibid.*, vol. 1946, № 33356, р. 3), которая предусматривает дополнительные средства прекращения временного применения многосторонних договоров, которые имеют силу в отношении территории, являющейся объектом правопреемства государств.

¹⁰³⁷ Ст. 27 Венской конвенции 1969 года гласит:

Внутреннее право и соблюдение договоров

Участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора. Это правило действует без ущерба для статьи 46.

¹⁰³⁸ Ст. 27 Венской конвенции 1986 года гласит:

Внутреннее право государств, правила международных организаций и соблюдение договоров

1. Государство – участник договора не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им этого договора.

2. Международная организация – участник договора не может ссылаться на правила данной организации в качестве оправдания для невыполнения этого договора.

3) Временное применение договора или его части регулируется международным правом. Аналогично статье 27¹⁰³⁹ в проекте руководящего положения 10 сказано, что, как общее правило, государство или международная организация не могут ссылаться на свое внутреннее законодательство или внутренние правила в оправдание невыполнения обязательства, вытекающего из временного применения. Аналогичным образом на внутреннее право или правила нельзя ссылаться для снятия с себя возможной ответственности за нарушение таких обязательств¹⁰⁴⁰. Однако, как указано в проекте руководящего положения 12, соответствующие государства и международные организации могут договориться об ограничениях, вытекающих из такого внутреннего законодательства или внутренних правил в рамках заключенного ими соглашения о временном применении.

4) Хотя в соответствии со своим внутренним правом или внутренними правилами каждое государство или международная организация действительно могут решать, стоит ли им соглашаться на временное применение договора или части договора¹⁰⁴¹, после начала временного применения договора или части договора расхождение с внутренним правом государства или правилами международной организации не может оправдать отказ от временного применения такого договора или его части. Таким образом, ссылки на эти внутренние положения в попытке оправдать отказ временно применять договор или его часть будут неправомерны по международному праву.

5) Несоблюдение обязательств, вытекающих из временного применения договора или части договора, со ссылкой на внутреннее право государства или правила международной организации повлечет за собой международную ответственность этого государства или международной организации¹⁰⁴². Любой иной подход не будет соответствовать праву ответственности государств, согласно которому квалификация деяния государства или международной организации как международно-противоправного определяется международным правом и не зависит от признания его правомерным в соответствии с внутренним правом¹⁰⁴³.

6) Ссылка в проекте этого руководящего положения на «внутреннее право государств или правила международных организаций» означает любые положения этого рода, а не только внутреннее право или правила, конкретно касающиеся вопроса о временном применении договоров.

7) Формулировка «обязательства, возникающего в силу такого временного применения» в обоих пунктах проекта этого руководящего положения достаточно широкая и включает ситуации, когда обязательство вытекает из самого договора или из отдельного соглашения относительно временного применения договора или части договора. Это соответствует общему правилу в проекте руководящего положения 6, где сказано, что временное применение договора или части договора порождает юридически связывающее обязательство применять договор или его часть, как если бы этот договор находился в силе между соответствующими государствами или международными организациями.

3. Нормы, содержащиеся в предыдущих пунктах, действуют без ущерба для статьи 46.

¹⁰³⁹ См. A. Schaus, «1969 Vienna Convention. Article 27: internal law and observance of treaties», в *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I (см. сноску 997 выше), pp. 688–701, at p. 689.

¹⁰⁴⁰ См. статью 7 «Обязательный характер международных договоров: принцип верховенства международного права над внутренним правом» в четвертом докладе Специального докладчика сэра Джеральда Фитцмориса (*Yearbook... 1959*, vol. II, document A/CN.4/120, p. 43).

¹⁰⁴¹ См. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties...* (см. сноску 997 выше), p. 64.

¹⁰⁴² См. Mathy, «Article 25», (см. сноску 997 выше), p. 646.

¹⁰⁴³ См. статью 3 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 года (*Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, п. 76, впоследствии приложенного к резолюции 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года); и проект статьи 5 проекта статей об ответственности международных организаций 2011 года (*Ежегодник... 2011 год*, т. II (часть вторая), п. 87, впоследствии приложенного к резолюции 66/100 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 2011 года).

Руководящее положение 11
Положения внутреннего права государств и правила международных организаций в отношении компетенции соглашаться с временным применением договоров

1. Государство не вправе ссылаться на то обстоятельство, что его согласие с временным применением договора или части договора было выражено в нарушение того или иного положения его внутреннего права, касающегося компетенции соглашаться с временным применением договоров, как на основании недействительности его согласия, если только данное нарушение не было явным и не касалось нормы его внутреннего права особо важного значения.

2. Международная организация не вправе ссылаться на то обстоятельство, что ее согласие с временным применением договора или части договора было выражено в нарушение правил данной организации, касающихся компетенции соглашаться с временным применением договоров, как на основании недействительности ее согласия, если только данное нарушение не было явным и не касалось нормы особо важного значения.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 11 посвящен воздействию положений внутреннего права государств и правил международных организаций, касающихся их компетенции давать согласие на временное применение договоров. В первом пункте речь идет о внутреннем праве государств, а во втором – о правилах международных организаций.

2) Проект руководящего положения 11 сформулирован по образцу статьи 46 Венских конвенций 1969 и 1986 годов. В частности, в первом пункте проекта руководящего положения воспроизводится пункт 1 статьи 46 Венской конвенции 1969 года¹⁰⁴⁴, а во втором – пункт 2 статьи 46 Венской конвенции 1986 года¹⁰⁴⁵. Поэтому проект этого руководящего положения должен толковаться в соответствии с содержанием этих статей и другими применимыми нормами международного права.

¹⁰⁴⁴ Статья 46 Венской конвенции 1969 года гласит:

Положения внутреннего права, касающиеся компетенции заключать договоры

1. Государство не вправе ссылаться на то обстоятельство, что его согласие на обязательность для него договора было выражено в нарушении того или иного положения его внутреннего права, касающегося компетенции заключать договоры, как на основании недействительности его согласия, если только данное нарушение не было явным и не касалось нормы его внутреннего права особо важного значения.

2. Нарушение является явным, если оно будет объективно очевидным для любого государства, действующего в этом вопросе добросовестно и в соответствии с обычной практикой.

¹⁰⁴⁵ Статья 46 Венской конвенции 1986 года гласит:

Положения внутреннего права государства и правила международной организации, касающиеся компетенции заключать договоры

1. Государство не вправе ссылаться на то обстоятельство, что его согласие на обязательность для него договора было выражено в нарушение того или иного положения его внутреннего права, касающегося компетенции заключать договоры, как на основании недействительности его согласия, если только данное нарушение не было явным и не касалось нормы его внутреннего права особо важного значения.

2. Международная организация не вправе ссылаться на то обстоятельство, что ее согласие на обязательность для нее договора было выражено в нарушение правил этой организации, касающихся компетенции заключать договоры, как на основании недействительности ее согласия, если только данное нарушение не было явным и не касалось правила особо важного значения.

3. Нарушение является явным, если оно будет объективно очевидным для любого государства или любой международной организации, ведущего/ведущей себя в этом вопросе в соответствии с обычной практикой государств и, в надлежащих случаях, международных организаций и добросовестно.

3) В проекте руководящего положения 11 предусмотрено, что любое заявление о недействительности согласия на временное применение должно быть основано на явном нарушении внутреннего права государства или правил организации в отношении их компетенции соглашаться на такое временное применение и, кроме того, должно касаться правила особо важного значения.

4) Нарушение такого рода является «явным», если оно будет объективно очевидным для любого государства или любой международной организации, ведущего/ведущей себя в этом вопросе в соответствии с обычной практикой государств и, в надлежащих случаях, международных организаций и добросовестно¹⁰⁴⁶.

Руководящее положение 12

Согласие с временным применением с ограничениями, вытекающими из внутреннего права государств и правил международных организаций

Настоящие проекты руководящих принципов не затрагивают право государства или международной организации соглашаться в самом договоре или как бы то ни было иначе с временным применением договора или части договора с ограничениями, вытекающими из внутреннего права данного государства или правил данной организации.

Комментарий

1) Проект руководящего положения 12 касается ограничений для государств и международных организаций, которые могут проистекать из их внутреннего права и правил, когда они дают согласие на временное применение договора или части договора. В нем признается, что такие ограничения могут существовать и, следовательно, подтверждается право государств и международных организаций давать согласие на временное применение с учетом ограничений, вытекающих из международного права или правил организаций, и отражать их в своем согласии на временное применение договора или части договора.

2) Невзирая на то, что временное применение договора или части договора может подлежать ограничениям, в проекте данного руководящего положения признается способность государства или международной организации гибко соглашаться на временное применение договора или части договора таким образом, чтобы гарантировать соответствие такого согласия ограничениям, вытекающим из их соответствующих внутренних требований. Так, проект данного руководящего положения предусматривает возможность включения в договор прямой ссылки на внутреннее право государства или правила международной организации и постановку такого временного применения в зависимость от отсутствия нарушений внутреннего права государства или правил организации¹⁰⁴⁷.

3) Слово «согласие» в заголовке проекта руководящего положения отражает консенсуальную основу временного применения договоров, а также тот факт, что временное применение вообще может быть невозможно на основании внутреннего права государств или правил международных организаций¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ Согласно ст. 46, п. 2, Венской конвенции 1969 года и ст. 46, п. 3, Венской конвенции 1986 года.

¹⁰⁴⁷ См., например, статью 45 Договора к Энергетической хартии.

¹⁰⁴⁸ См. также несколько примеров Соглашений о свободной торговле между государствами ЕАСТ и многими другими государствами (т. е. Албанией, Боснией и Герцеговиной, бывшей югославской Республикой Македонией, Грузией, Египтом, Канадой, Ливаном, Мексикой, Перу, Тунисом, Филиппинами, Республикой Корея, Сербией, Сингапуром, Черногорией, Чили, центральноамериканскими государствами, государствами – членами Совета сотрудничества государств Залива, государствами – членами Таможенного союза стран юга Африки), в которых в связи с этим использовались разные положения, такие как «если это допускается конституционными требованиями государства», «если это допускается соответствующими правовыми требованиями государства» или «если это допускается внутренними требованиями государства» (<http://www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements>). Например, пункт 2 статьи 43

4) Проект руководящего положения не следует толковать как подразумевающую необходимость отдельного соглашения о применимости ограничений, вытекающих из внутреннего права государства или правил международной организации. О существовании таких ограничений, вытекающих из внутреннего права, необходимо лишь достаточно четко указать в самом договоре, отдельном договоре либо в любой иной форме соглашения о временном применении договора или части договора.

Соглашения о свободной торговле между государствами ЕАСТ и государствами – членами Таможенного союза стран юга Африки гласит:

«Статья 43. Вступление в силу

[...]

2. Если это допускается конституционными требованиями государства, любое государство ЕАСТ или государство – член САКУ может применять настоящее Соглашение временно. В случае временного применения настоящего Соглашения в соответствии с положениями настоящего пункта об этом необходимо уведомить Депозитария».

Глава VIII

Императивные нормы общего международного права (jus cogens)

A. Введение

91. На своей шестьдесят седьмой сессии (2015 год) Комиссия решила включить в свою программу работы тему «Jus cogens» и назначила г-на Дире Тлади Специальным докладчиком по этой теме¹⁰⁴⁹. Впоследствии Генеральная Ассамблея в своей резолюции 70/236 от 23 декабря 2015 года приняла к сведению решение Комиссии включить эту тему в свою программу работы.

92. На своей шестьдесят восьмой (2016 год) и шестьдесят девятой (2017 год) сессиях Комиссия рассмотрела соответственно первый и второй доклады Специального докладчика¹⁰⁵⁰. После обсуждения этих докладов Комиссия решила передать проекты выводов, содержащиеся в докладах, в Редакционный комитет. Комиссия заслушала промежуточные доклады председателей Редакционного комитета об императивных нормах общего международного права (jus cogens), содержавшие проекты выводов, принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом, соответственно на шестьдесят восьмой и шестьдесят девятой сессиях.

93. На своей шестьдесят девятой сессии по предложению Специального докладчика в его втором докладе¹⁰⁵¹ Комиссия решила изменить название темы с «Jus cogens» на «Императивные нормы общего международного права (jus cogens)»¹⁰⁵².

B. Рассмотрение темы на данной сессии

94. На данной сессии Комиссия располагала третьим докладом Специального докладчика (A/CN.4/714 и Corr. 1), в котором рассматривались последствия и правовое воздействие императивных норм общего международного (jus cogens). На основе своего анализа Специальный докладчик предложил 13 проектов выводов¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁹ На своем 3257-м заседании 27 мая 2015 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/70/10)*, п. 286). Эта тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестьдесят шестой сессии (2014 год) на основе предложения, которое воспроизводится в приложении к докладу Комиссии (там же, *шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, п. 23).

¹⁰⁵⁰ A/CN.4/693 и A/CN.4/706.

¹⁰⁵¹ A/CN.4/706, п. 90.

¹⁰⁵² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10)*, п. 146.

¹⁰⁵³ Текст проектов выводов 10–23, предложенный Специальным докладчиком в его третьем докладе, гласит:

Проект вывода 10

Недействительность договора, противоречащего императивной норме общего международного права (jus cogens)

1. Договор является ничтожным, если в момент его заключения он противоречит императивной норме общего международного права (jus cogens). Такой договор не создает каких-либо прав или обязательств.
2. Существующий договор становится ничтожным и прекращается, если он противоречит новой императивной норме общего международного права (jus cogens), которая возникает после заключения договора. Участники такого договора освобождаются от любых обязательств выполнять в дальнейшем условия договора.
3. Во избежание коллизии с императивной нормой общего международного права положение договора, насколько это возможно, следует толковать таким образом, который делает его совместимым с императивной нормой общего международного права (jus cogens).

Проект вывода 11**Делимость договорных положений, противоречащих императивной норме общего международного права (jus cogens)**

1. Договор, который в момент его заключения противоречит императивной норме общего международного права (jus cogens), является недействительным в целом, и никакая часть этого договора не может отделяться или обособливаться.
2. Договор, который становится недействительным вследствие возникновения новой императивной нормы общего международного права (jus cogens), прекращается в целом, за исключением случаев, когда:
 - а) положения, противоречащие императивной норме общего международного права (jus cogens), отделимы от остальной части договора в том, что касается их применения;
 - б) положения, противоречащие императивной норме общего международного права (jus cogens), не составляют существенно важную основу согласия на заключение договора; и
 - в) дальнейшее выполнение остальной части договора не было бы несправедливым.

Проект вывода 12**Устранение последствий любых деяний, совершенных на основании недействительного договора**

1. Участники договора, который является недействительным в результате того, что он противоречит императивной норме общего международного права (jus cogens) в момент заключения этого договора, несут юридическую обязанность устранить последствия любого деяния, совершенного на основании положения договора, которое противоречит императивной норме общего международного права (jus cogens).
2. Прекращение договора по причине возникновения новой императивной нормы общего международного права (jus cogens) не влияет на права, обязательства или юридическое положение, возникшие в результате исполнения договора до его прекращения, за исключением случаев, когда такие права, обязательства или юридическое положение сами по себе противоречат императивной норме общего международного права (jus cogens).

Проект вывода 13**Воздействие императивных норм общего международного права (jus cogens) на оговорки к договорам**

1. Оговорка к договорному положению, которое отражает императивную норму общего международного права (jus cogens), не затрагивает связывающего характера этой нормы, которая продолжает применяться.
2. Оговорка не может исключать или изменять юридическое действие договора вопреки императивной норме общего международного права (jus cogens).

Проект вывода 14**Рекомендованный порядок урегулирования споров, связанных с коллизией между договором и императивной нормой общего международного права (jus cogens)**

1. При условии соблюдения юрисдикционных норм Международного Суда любой спор относительно того, противоречит ли договор императивной норме общего международного права (jus cogens), следует передавать в Международный Суд для принятия по нему решения, если только стороны спора не соглашаются передать спор на арбитраж.
2. Вне зависимости от пункта 1 тот факт, что спор касается императивной нормы общего международного права (jus cogens), не является достаточным основанием для установления юрисдикции Суда без необходимого согласия на юрисдикцию в соответствии с международным правом.

Проект вывода 15**Последствия императивных норм общего международного права (jus cogens) для обычного международного права**

1. Норма обычного международного права не возникает, если она противоречит императивной норме общего международного права (jus cogens).
2. Норма обычного международного права, не имеющая характера jus cogens, перестает существовать, если возникает новая императивная норма общего международного права (jus cogens), которая ей противоречит.
3. Поскольку императивные нормы общего международного права (jus cogens) связывают всех субъектов международного права, правило о настойчиво возражающем государстве не применяется.

Проект вывода 16**Последствия императивных норм общего международного права (jus cogens) для односторонних актов**

Односторонний акт, который противоречит императивной норме общего международного права (jus cogens), является недействительным.

Проект вывода 17**Последствия императивных норм общего международного права (jus cogens) для обязательных резолюций международных организаций**

1. Обязательные резолюции международных организаций, включая резолюции Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, не устанавливают связывающих обязательств, если они противоречат императивной норме общего международного права (jus cogens).
2. Насколько возможно, резолюции международных организаций, включая резолюции Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, должны толковаться таким образом, чтобы соответствовать императивным нормам общего международного права (jus cogens).

Проект вывода 18**Связь между императивными нормами общего международного права (jus cogens) и обязательствами erga omnes**

Императивные нормы общего международного права (jus cogens) устанавливают обязательства erga omnes, нарушение которых касается всех государств.

Проект вывода 19**Воздействие императивных норм общего международного права (jus cogens) на обстоятельства, исключающие противоправность**

1. Никакие обстоятельства не могут выдвигаться в обоснование исключения противоправности деяния, которое не согласуется с обязательством, возникающим в соответствии с императивной нормой общего международного права (jus cogens).
2. Пункт 1 не применяется, когда императивная норма общего международного права (jus cogens) формируется после совершения деяния.

Проект вывода 20**Обязанность сотрудничать**

1. Государства сотрудничают с целью прекращения правомерными средствами любого серьезного нарушения императивной нормы общего международного права (jus cogens).
2. Под серьезным нарушением императивной нормы общего международного права (jus cogens) понимается нарушение, которое является либо грубым, либо систематическим.
3. Сотрудничество, которое предусматривается настоящим проектом вывода, может осуществляться посредством институционализированных механизмов сотрудничества или посредством договоренностей о взаимодействии на основе ad hoc.

Проект вывода 21**Обязанность не признавать и не оказывать содействия**

1. Государства обязаны не признавать правомерным положение, сложившееся в результате нарушения императивной нормы общего международного права (jus cogens).
2. Государства не оказывают помощи или содействия в сохранении положения, сложившегося в результате нарушения императивной нормы общего международного права (jus cogens).

Проект вывода 22**Обязанность осуществлять внутригосударственную юрисдикцию в отношении преступлений, запрещенных императивными нормами общего международного права (jus cogens)**

1. Государства обязаны осуществлять юрисдикцию в отношении правонарушений, запрещенных императивными нормами международного права (jus cogens), когда эти правонарушения совершаются лицами, имеющими гражданство данного государства, или на территории под его юрисдикцией.
2. Пункт 1 не исключает установления юрисдикции на любом другом основании, допускаемом его национальным законодательством.

Проект вывода 23**Недопустимость ссылки на официальную должность и неприменимость иммунитета ratione materiae**

1. Тот факт, что правонарушение, запрещенное императивной нормой общего международного права (jus cogens) было совершено лицом, занимающим официальную должность, не является основанием для исключения уголовной ответственности.
2. Иммуниет ratione materiae не применяется к любому правонарушению, запрещенному императивной нормой общего международного права (jus cogens).

95. Комиссия рассмотрела третий доклад на своих 3414–3421-м и 3425-м заседаниях 30 мая и 1 июня 2018 года и 2–4 и 9 июля 2018 года.

96. На своем 3425-м заседании 9 июля 2018 года Комиссия передала проекты выводов 10–23¹⁰⁵⁴, содержащиеся в третьем докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет при том понимании, что проекты выводов 22 и 23 будут оформлены в виде защитительной оговорки о ненанесении ущерба.

97. На 3402-м заседании Комиссии 14 мая 2018 года Председатель Редакционного комитета представил промежуточный доклад Редакционного комитета по теме «Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)», касающийся проектов выводов 8 и 9, которые были в предварительном порядке приняты им на семидесятой сессии. На 3434-м заседании Комиссии 20 июля 2018 года Председатель Редакционного комитета представил следующий промежуточный доклад, касающийся проектов выводов 10–14, которые были в предварительном порядке приняты им на семидесятой сессии. Оба доклада были представлены исключительно в информационных целях и размещены на веб-сайте Комиссии¹⁰⁵⁵.

1. Представление Специальным докладчиком третьего доклада

98. Представляя обзор прений в Шестом комитете, Специальный докладчик напомнил, что, хотя государства в целом согласны с критериями для выявления норм *jus cogens*, принятыми Редакционным комитетом в предварительном порядке, несколько государств рекомендовали включить дополнительные элементы, такие как недопустимость отклонений, основополагающие ценности международного сообщества и практика. Он отметил призыв к большей ясности в отношении понятия «принятие и признание». Многие государства согласились с тем, что должно существовать «очень широкое большинство» государств, которые принимают и признают императивный характер нормы. Некоторые государства высказывались в пользу более строгого идентификатора, который рассматривался бы не только с точки зрения количества, но и с точки зрения представительности группы государств. Он напомнил также о расхождениях во мнениях в отношении источников права, которые могут лежать в основе императивной нормы, однако отметил наличие практически всеобщего согласия с тем, что наиболее общей основой норм *jus cogens* служит обычное международное право.

99. Затем Специальный докладчик представил предлагаемые проекты выводов, содержащиеся в части IV третьего доклада. Он отметил, что проекты выводов 10, 11 и 12 основываются на положениях Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (далее – «Венская конвенция 1969 года»), за исключением пункта 3 проекта вывода 10, предусматривающего, что договор должен толковаться в соответствии с императивными нормами. По мнению Специального докладчика, это является неизбежным следствием пункта 3 с) статьи 31 Венской конвенции 1969 года, предусматривающего, что при толковании договоров должны приниматься во внимание соответствующие нормы международного права. Кроме того, он отметил существование значительного объема практики в поддержку содержания пункта 3 проекта вывода 10.

100. Проект вывода 13, касающийся воздействия императивных норм общего международного права (*jus cogens*) на оговорки к договорам, основывается главным образом на руководящем положении 4.4.3 Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам¹⁰⁵⁶, принятого Комиссией в 2011 году.

101. Проект вывода 14 содержит рекомендованный порядок урегулирования споров, связанных с коллизией между договором и нормой *jus cogens*. Специальный докладчик напомнил об основополагающем значении статьи 66 Венской конвенции 1969 года для

¹⁰⁵⁴ Там же.

¹⁰⁵⁵ С докладами можно ознакомиться в разделе «Analytical Guide to the Work of the International Law Commission»: <http://legal.un.org/ilc/guide/gfra/shtml>.

¹⁰⁵⁶ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, п. 75.

применения ее статей 53 и 64. Тем не менее, по его мнению, было бы трудно включить предусмотренную этой статьей процедуру в проекты выводов, не имеющие обязательной силы. Вместо этого он считает, что в случаях, когда статья 66 Венской конвенции 1969 года не применяется (например, когда заинтересованные государства не являются участниками Конвенции), предложенный им проект вывода 14 будет побуждать стороны передавать свои споры на судебное урегулирование, в том числе Международным Судом.

102. Говоря о проекте вывода 15, Специальный докладчик отметил, что пункт 1 основывается на ряде решений национальных судов, подтвердивших преимущественную силу норм *jus cogens* над нормами обычного международного права. По его мнению, неизбежное следствие таких решений заключается в том, что существующие нормы *jus cogens* будут инвалидировать нормы обычного международного права или предотвращать их появление. Второй пункт проекта вывода 15, касающийся коллизии нормы обычного международного права с новой нормой *jus cogens*, вытекает из статьи 64 Венской конвенции 1969 года и получил поддержку со стороны государств и в решениях Европейского суда. Специальный докладчик отметил далее, что пункт 3, касающийся неприменения к нормам *jus cogens* правила о настойчиво возражающем государстве, согласуется с универсальным характером *jus cogens* и был принят в практике государств, в том числе в решениях национальных и региональных судов.

103. В отношении проекта вывода 16 о недействительности одностороннего акта, противоречащего норме *jus cogens*, Специальный докладчик отметил, что использование слов «является недействительным» соответствует их употреблению в руководящем принципе 8 Руководящих принципов, применимых к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств¹⁰⁵⁷, которые были приняты Комиссией в 2006 году.

104. Проект вывода 17 касается обязательных резолюций международных организаций. Специальный докладчик отметил, что содержащееся в первом пункте утверждение, согласно которому обязательные резолюции международных организаций не устанавливают связывающих обязательств, если они вступают в противоречие с нормой *jus cogens*, поддерживается в значительном количестве научных трудов и в публичных заявлениях государств, утверждающих, что действие норм *jus cogens* распространяется на резолюции Совета Безопасности, а также в решениях национальных, региональных и международных судов. Он отметил также, что, по аналогии с пунктом 3 проекта вывода 10, в пункте 2 проекта вывода 17 изложена толковательная презумпция, в соответствии с которой резолюции международных организаций, насколько это возможно, надлежит толковать в соответствии с нормами *jus cogens*. Это утверждение поддерживается заявлениями государств в различных контекстах и решениями Европейского суда.

105. В отношении проекта вывода 18 Специальный докладчик отметил практически универсальное признание того, что нормы *jus cogens* создают обязательства *erga omnes*.

106. Проекты выводов 19, 20 и 21 касаются аспектов международной ответственности. Проект вывода 19, основанный на проекте статьи 26 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния¹⁰⁵⁸, принятого в 2001 году (далее «статьи об ответственности государств»), в пункте 1 подтверждает, что обстоятельства, исключающие противоправность согласно общему международному праву, не применяются к нарушениям обязательств, вытекающих из норм *jus cogens*. Второй пункт направлен на предотвращение ретроактивного возникновения ответственности в случаях, когда норма *jus cogens* появилась уже после совершения деяния, противоречащего такой норме.

107. Проект вывода 20 касается обязанности сотрудничать с целью прекращения правомерными средствами любого серьезного нарушения императивной нормы

¹⁰⁵⁷ *Ежегодник... 2006 год*, т. II (часть вторая), п. 176.

¹⁰⁵⁸ *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, п. 76.

общего международного права (*jus cogens*). Первый пункт основан на пункте 1 проекта статьи 41 статей об ответственности государств. Обязанность сотрудничать является одним из прочно утвердившихся принципов международного права. Она была кодифицирована Комиссией в проекте статей о защите людей в случае бедствий¹⁰⁵⁹, принятых в 2016 году, и нашла поддержку в консультативном заключении Международного Суда по делу *О стене*¹⁰⁶⁰ и в решении Межамериканского суда по правам человека по делу *Ла-Кантута*¹⁰⁶¹.

108. Проект вывода 21, предусматривающий обязанность не признавать правомерным положение, сложившееся в результате нарушения нормы *jus cogens*, и не оказывать помощи или содействия в сохранении такого положения, основана на пункте 2 проекта статьи 41 статей об ответственности государств. В 2001 году Комиссия признала, что эта обязанность имеет статус обычного международного права, как это было подтверждено Международным Судом в консультативных заключениях по делам *О Намибии*¹⁰⁶² и *О стене*, а также в резолюциях Совета Безопасности и Генеральной Ассамблеи. Специальный докладчик отметил также, что, в отличие от проекта вывода 20, проект вывода 21 не ограничивается «серьезными» нарушениями, поскольку обязанность непризнания и неоказания помощи основывается на императивности нормы, а не на серьезности нарушения. В этой связи он подчеркнул, что в консультативных заключениях по делам *О Намибии* и *О стене* не указывается на серьезность в качестве порогового требования для возникновения обязанности не признавать или не оказывать содействия. Кроме того, поскольку эта обязанность, в отличие от обязанности сотрудничать, не требует позитивных действий, и, таким образом, является менее обременительной, такое снижение порога представляется оправданным.

109. Проект вывода 22 об установлении юрисдикции в отношении преступлений, запрещенных нормами *jus cogens*, основан на проекте статьи 7 проектов статей о преступлениях против человечности¹⁰⁶³, принятых Комиссией в первом чтении в 2017 году, хотя и изложен более простым языком. В пункте 2 принят тот же подход к вопросу об универсальной юрисдикции, как и в пункте 3 проекта статьи 7, учитывая, что практика в этой области является менее определенной.

110. Проект вывода 23 касается недопустимости ссылки на официальную должность и неприменимости иммунитета *ratione materiae*. Пункт 1, в котором сказано, что официальная должность не является основанием для исключения ответственности, основан на пункте 3 проекта статьи 6 проектов статей о преступлениях против человечности, принятых в первом чтении в 2017 году, причем это положение широко признается как часть обычного международного права. Пункт 2, в котором говорится о неприменимости иммунитета *ratione materiae* в случае преступлений, которые запрещены нормами *jus cogens*, главным образом основан на статье 7 проектов статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции¹⁰⁶⁴, в предварительном порядке принятых Комиссией в 2017 году. Несмотря на критику этого проекта положения, в том числе исходя из существования практики государств, противоречащей такому изъятию из иммунитета, Специальный

¹⁰⁵⁹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10)*, п. 48.

¹⁰⁶⁰ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 200, para. 159.

¹⁰⁶¹ *La Cantuta v Perú (Merits, Reparations and Costs)*, Series C, № 162, Judgment, 29 November 2006, Inter-American Court of Human Rights, para. 160 («[как] неоднократно отмечалось, деяния, рассматриваемые в данном деле, нарушили императивные нормы международного права (*jus cogens*)... С учетом характера и серьезности событий ...необходимость искоренения безнаказанности проявляется по отношению к международному сообществу в качестве обязанности государств сотрудничать между собой»).

¹⁰⁶² *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 54, para. 119.

¹⁰⁶³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10)*, п. 45.

¹⁰⁶⁴ Там же, п. 140.

докладчик отметил, что такая противоположная практика, как правило, касается гражданского судопроизводства и судебных разбирательств в отношении государств, которые не предусматривались в качестве прецедента применительно к иммунитету в уголовном контексте, как об этом свидетельствует ряд судебных решений, в том числе решение Международного Суда по делу *О юрисдикционных иммунитетах государства (Германия против Италии, со вступлением в дело Греции)*¹⁰⁶⁵.

2. Краткое изложение прений

а) Общие замечания

111. Члены Комиссии в целом приветствовали третий доклад по теме «Императивные нормы общего международного права (jus cogens)». Некоторые члены поблагодарили Специального докладчика за попытку рассмотреть все возможные последствия jus cogens, в том числе за рамками права международных договоров и ответственности государств – двух основных областей, в которых Комиссия уже проделала большую работу по кодификации. Некоторые члены отметили, что последствия jus cogens порождают важные практические проблемы, например в контексте международного уголовного права, обычного международного права и резолюций Совета Безопасности, и вызывают дискуссии в академической литературе и что расхождения в прецедентном праве не должны мешать Комиссии в рассмотрении этих вопросов.

112. Несколько членов Комиссии поддержали практический подход Специального докладчика к рассмотрению темы, в отличие от концептуального или чрезмерно теоретического подхода. Были отмечены также проблемы недостаточности практики и относительная сложность политического и морального аспектов данной темы. Было подчеркнуто, что Комиссии следует действовать осмотрительно и проанализировать все аспекты последствий jus cogens на сбалансированной основе и исходя из действующего права и устоявшейся практики. Было отмечено, что характеристики норм jus cogens переплетаются с последствиями их нарушения и оба эти два аспекта следует рассматривать одновременно. Была выражена озабоченность по поводу того, что Специальный докладчик придает юридическое значение дескриптивным по своей сути элементам, например недопустимости отклонений, которая является критерием выявления норм jus cogens, а не их юридическим последствием. Было предложено изучить историю переговоров по статьям 53, 64, 66 а), а также по другим соответствующим положениям Венской конвенции 1969 года и Венской конвенции 1986 года о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями.

113. Было выражено удовлетворение в связи с тем, что большинство проектов выводов, предложенных Специальным докладчиком, основаны на соответствующих положениях Венской конвенции 1969 года и других документов, принятых Комиссией. Однако Специального докладчика просили объяснить, почему в проекте выводов отсутствуют параллельные положения о том, к каким последствиям приводит коллизия с jus cogens для различных источников международного права. Некоторые члены Комиссии предпочли бы применить структуру, предусмотренную в статьях 53 и 64 Венской конвенции 1969 года, к последствиям jus cogens не только для договоров, но и для других источников международного права. Они также подчеркнули необходимость определить порядок объявления недействительной той или иной нормы международного права по причине ее коллизии с jus cogens.

114. Ряд членов Комиссии согласился с тем, что проекты выводов могут быть сгруппированы в различные разделы в зависимости от их контекста и быть изложены на согласованной, четкой и эффективной основе, точно повторяя структуру уже существующих документов. Было высказано мнение о том, что Комиссии следует

¹⁰⁶⁵ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 130, para. 70 (national legislation), and p. 141, para. 96 (case law).

вновь рассмотреть вопрос о целесообразности выработки именно проектов «выводов» в качестве конечного результата работы над темой.

115. Было отмечено, что Специальный докладчик не предложил проекта вывода, касающегося общих принципов права, из чего можно заключить, что общий принцип права, противоречащий норме *jus cogens*, может, тем не менее, быть действительным. Ряд членов Комиссии поддержали невключение такого проекта вывода исходя из того, что такие коллизии с общими принципами права невозможны даже в теории. Было высказано мнение о том, что Комиссии следует стремиться к включению в эту тему новых элементов, выходящих за рамки ее предыдущей работы.

116. Было также высказано мнение, что употребление во всем тексте проектов выводов таких терминов, как «последствия», «юридическое воздействие», «ничтожный», «недействительный» и т. д., должно соответствовать их употреблению в уже существующих документах. Было предложено пояснить используемое в проектах выводов понятие «коллизия», чтобы предоставить государствам руководящие указания или критерии при решении вопроса о том, вступает ли тот или иной договор или акт в правовом смысле в коллизии с нормой *jus cogens*.

b) Конкретные замечания по проектам выводов

i) Проект вывода 10

117. Некоторые члены отметили, что первое предложение пункта 1 повторяет статью 53 Венской конвенции 1969 года, и предложили дополнительно прояснить в комментарии второе предложение, в котором предусматривается, что договоры, вступающие в коллизии с *jus cogens*, не создают каких-либо прав или обязательств. Было также высказано мнение, что второе предложение должно более точно следовать формулировке пункта 2 а) статьи 71 Конвенции. Кроме того, было выражено мнение, что второе предложение представляется излишним.

118. Признавая, что прямые коллизии договоров с *jus cogens* крайне редки, некоторые члены предложили добавить пункт 3, где говорилось бы о том, что договоры следует толковать в соответствии с нормами *jus cogens*, с тем чтобы государства могли руководствоваться этим положением при толковании. При этом в комментарии предлагалось разъяснить, что данное положение не отменяет правил толкования, изложенных в Венской конвенции 1969 года и принятых в обычном международном праве. Было высказано мнение о том, что вопрос о толковании, по-видимому, касается всех источников международного права и поэтому ему было бы лучше посвятить отдельный проект вывода. Было также внесено несколько редакционных предложений, направленных на повышение ясности этого положения.

ii) Проект вывода 11

119. Ряд членов Комиссии поддержали пункт 1, в котором подтверждается, что никакая часть договора, который в момент его заключения противоречил норме *jus cogens*, не может от него отделяться. Предпочтение было отдано структуре, при которой подход к делимости, изложенный в пункте 2, был бы оформлен в виде общего правила, а неделимость (в настоящее время пункт 1) представлена в качестве специальной нормы, применимой в случае статьи 53 Венской конвенции 1969 года. Члены Комиссии также призвали Специального докладчика подробнее рассмотреть основания для применения различных правовых последствий в таких ситуациях. Было также высказано мнение, что этот проект вывода может также охватывать акты международных организаций, создающие обязательства для государств. Было предложено также привести формулировку пункта 1 в соответствие с формулировкой пункта 1 проекта вывода 10 и подчеркнуть абсолютный характер принципа неделимости договорных положений, противоречащих существующим нормам *jus cogens*.

iii) *Проект вывода 12*

120. Было высказано мнение, что формулировка «любого деяния, совершенного на основании положения договора», в конце пункта 1 проекта вывода 12 слишком широка для описания взаимосвязи между договором и деянием и ее можно было бы заменить словами «любого деяния, совершенного в результате осуществления договора». Было также предложено включить в пункт 1 слова «насколько это возможно», которые присутствуют в статье 71 Венской конвенции 1969 года, с тем чтобы обеспечить практическую применимость этого положения, либо объяснить в комментарии, почему это положение несколько отличается от статьи 71. Было также высказано мнение, что между пунктами 1 и 2 следует включить новый пункт, повторяющий пункт 1 b) статьи 71 и гласящий, что государства также должны приводить свои взаимоотношения в соответствие с *jus cogens*. Кроме того, было предложено согласовать формулировку пункта 2 с пунктом 2 b) статьи 71, в частности путем включения ссылки на «сохранение» прав, обязательств или положения. Было высказано мнение, что в проект этого вывода следует также включить положения статей 69 и 70 Венской конвенции 1969 года, касающиеся недействительности или прекращения договоров во всех ситуациях, в том числе по причине несоответствия *jus cogens*.

121. Поскольку в проекте вывода 12 рассматриваются последствия недействительности или прекращения договора, было также предложено поместить это положение после проекта вывода 14.

iv) *Проект вывода 13*

122. Было высказано мнение, что пункт 2 проекта вывода 13 имеет отношение к сфере международных договоров по правам человека, и было упомянуто замечание общего порядка Комитета по правам человека относительно оговорки к Международному пакту о гражданских и политических правах¹⁰⁶⁶, согласно которому противоречащие императивным нормам оговорки к таким договорам не будут совместимы с их объектом и целью. Было высказано мнение, что само существование норм *jus cogens* в международном договоре не означает, что любая оговорка к нему, например оговорка к положению об урегулировании споров, будет недействительной. Было предложено также переместить это положение в проекте, чтобы избежать неправильного впечатления о том, будто бы споры в отношении оговорки к договору также подлежат рекомендуемым судебным процедурам урегулирования, описанным в проекте вывода 14.

v) *Проект вывода 14*

123. Члены Комиссии поддержали «рекомендованный порядок урегулирования споров», призванный облегчить принятие окончательного решения о недействительности договора на основании его коллизии с *jus cogens*. Если одни члены считали, что споры, выносимые на основании данных положений на рассмотрение Международного Суда, должны ограничиваться спорами о недействительности договора по причине его коллизии с нормами *jus cogens*, другие члены выступали за распространение этой процедуры на споры о существовании коллизии между договором и *jus cogens*, а также споры о последствиях недействительности. При этом отмечалось, что, хотя проект статей, который был принят Комиссией в 1966 году, содержал лишь общую ссылку на все средства урегулирования споров, государства, участвовавшие в работе Конференции Организации Объединенных Наций по праву международных договоров (Венская конференция), намеренно предусмотрели специальный механизм для споров, касающихся *jus cogens*, который конкретно прописан в подпункте а) статьи 66 Венской конвенции 1969 года. В то же время

¹⁰⁶⁶ См. принятое Комитетом по правам человека замечание общего порядка № 24 (1994 год) по вопросам, касающимся оговорки, которые делаются при ратификации Пакта или факультативных протоколов к нему или при присоединении к ним, или относительно заявлений, сделанных на основании статьи 41 Пакта, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 40*, т. I (A/50/40 (т. I)), приложение V, п. 8.

некоторые члены выразили сомнения в возможности преодолеть сильное нежелание государств соглашаться на судебное урегулирование в таких обстоятельствах, о чем свидетельствует значительное число оговорок к статье 66 Конвенции. Была также выражена озабоченность по поводу того, что обращение к арбитражу сопровождается повышенным риском принятия непоследовательных решений, что может идти вразрез с целью укрепления международно-правовой системы и достижения правовой определенности. Был также задан вопрос о том, может ли решение Международного Суда или какого-либо арбитражного суда привести к аннулированию или прекращению договора, или же оно будет иметь чисто декларативный характер.

124. Некоторые члены Комиссии сочли, что обозначение этого порядка в качестве «рекомендованного» приводит к размыванию юридически связывающего обязательства государств – участников Венской конвенции 1969 года передавать свои споры о недействительности договора по причине его коллизии с нормами *jus cogens* в Международный Суд. Это может вести к отсутствию окончательного порядка определения недействительности договора, противоречащего *jus cogens*, и появлению той же самой проблемы, которую государства стремились избежать путем включения в Венскую конвенцию 1969 года статьи 66. Вместо этого в случае односторонних заявлений государств о недействительности договора по причине его противоречия с *jus cogens* было предложено следовать другой процедуре, например описанной в статье 65 Венской конвенции 1969 года, даже если нарушение договором нормы *jus cogens* уже было констатировано национальным или региональным судом. В этой связи было отмечено, что, как констатировал Международный Суд, статьи 65–67 Венской конвенции 1969 года, «если не кодифицируют, то по меньшей мере в целом отражают обычное международное право и содержат определенные процедурные принципы, которые основаны на обязательстве действовать добросовестно»¹⁰⁶⁷. Было также высказано мнение о том, что согласие государства на юрисдикцию Международного Суда не является необходимым в тех случаях, когда речь идет о споре, связанном с *jus cogens*. Согласно другому предложению можно было бы добавить новый пункт, предусматривающий возможность применения консультативной юрисдикции Международного Суда или других процедур дружественного урегулирования споров.

125. Другие члены выразили сомнения относительно необходимости включения этого проекта вывода в целом, поскольку, в конечном счете, именно государства выбирают надлежащие процедуры урегулирования споров и какой-либо иерархии между различными методами, перечисленными в статье 33 Устава Организации Объединенных Наций, не существует. Было также выражено мнение о том, что это положение не согласуется с подходом Комиссии к разработке проектов выводов, а именно необходимостью отражать существующее международное право, поскольку сам Специальный докладчик признал, что данное положение не отражает существующих норм международного права и было включено лишь в качестве рекомендуемой процедуры.

vi) *Проект вывода 15*

126. Была выражена поддержка первых двух пунктов, касающихся последствий *jus cogens* для обычного международного права, в которых использован тот же подход, что и в случае права международных договоров. В то же время было высказано мнение, что Комиссии не следует обходить вопрос о том, что делает нормы *jus cogens* отличными от норм обычного международного права, поскольку согласие государства не является исключительной основой для *jus cogens*.

127. В отношении предложений о внесении изменений было отмечено, что проекты выводов 3 и 5, принятые Редакционным комитетом в предварительном порядке, соответственно подтверждают, что норма *jus cogens* может быть изменена последующей нормой, имеющей такой же характер, и что обычное международное право является наиболее общей основой для нормы *jus cogens*. Поэтому было

¹⁰⁶⁷ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 66, para. 109.

высказано мнение о том, что проект вывода 15, тем не менее, может допускать возможность появления нормы обычного международного права, вступающей в противоречие с нормой *jus cogens*, при условии, что новая обычная норма принимается и признается как норма, отклонение от которой недопустимо. Было предложено также включить слова «не имеющая характера *jus cogens*» в пункт 1, как это сделано в пункте 2, с тем чтобы сохранить возможность замены одной нормы *jus cogens* на другую. Было высказано мнение о том, что первый пункт следует изменить, указав, что практика и *opinio juris* не могут создавать норму обычного права, если они противоречат норме *jus cogens*, дабы не создавать впечатления, что в момент возникновения конфликта норма обычного права уже существует.

128. Несколько членов Комиссии выразили свое удовлетворение в связи с пунктом 3, который исключает применимость правила о настойчиво возражающем государстве в отношении норм *jus cogens*, что, по их мнению, соответствует клаузуле «без ущерба», включенной в проект выводов о выявлении обычного международного права, принятых Комиссией во втором чтении на нынешней сессии¹⁰⁶⁸. Было отмечено, что норма *jus cogens* предполагает ее принятие и признание очень широким большинством государств, представляющих все регионы и все правовые системы.

129. Тем не менее некоторые члены Комиссии сочли, что предлагаемый пункт 3 не в полной мере отражает сложность этого вопроса о соотношении между нормами *jus cogens*, имеющими более высокий статус, и принципом согласия государства. Был задан вопрос о том, следует ли отрицать статус настойчивого возражения, признаваемый в момент формирования нормы обычного международного права, если такая норма обычного права впоследствии приобретает статус *jus cogens*. Было также высказано мнение о необходимости дополнительно рассмотреть вопрос о различии между возражениями против существующей нормы *jus cogens* и возражениями, выдвигаемыми в процессе формирования нормы *jus cogens*. Согласно другому предложению вопрос о настойчивом возражении можно рассмотреть в комментариях.

vii) *Проект вывода 16*

130. Несколько членов Комиссии подчеркнули необходимость уточнить значение использованного в проекте вывода термина «односторонний акт», предложив вместо него, например, термин «односторонние обязательства», с тем чтобы подчеркнуть, что этот проект вывода касается только формальных односторонних актов, которые создают правовые обязательства. Было предложено разделить односторонние акты на три категории. Был задан вопрос о том, должен ли этот проект вывода также применяться к международным организациям. Было также высказано мнение, что в комментарии можно было бы разъяснить различие между односторонними актами и оговорками.

viii) *Проект вывода 17*

131. Несколько членов Комиссии согласились с позицией, выраженной в проекте вывода 17, что обязательства, вытекающие из обязательных резолюций международных организаций, включая резолюции Совета Безопасности, должны быть признаны недействительными, если они противоречат *jus cogens*. Было высказано мнение, что проект выводов должен затрагивать все резолюции международных организаций, включая резолюции Генеральной Ассамблеи, касающиеся поддержания мира и безопасности, в тех случаях, когда Совет Безопасности не смог принять решение. Было также отмечено, что другие акты международных организаций, такие как правила, директивы и решения Европейского союза или акты межправительственных конференций, могут также создавать правовые обязательства и должны рассматриваться в проекте выводов. Несмотря на малую вероятность прямой коллизии между резолюцией Совета Безопасности и нормой *jus cogens*, некоторые члены Комиссии, тем не менее, считали важным упомянуть о резолюциях Совета Безопасности. Они считали это необходимым, учитывая уникальный статус таких резолюций и их юридические последствия для государств в различных областях

¹⁰⁶⁸ См. гл. V выше.

международного права на основании Главы VII Устава Организации Объединенных Наций и применения Статьи 103 Устава Организации Объединенных Наций.

132. Другие члены не считали целесообразным конкретно упоминать резолюции Совета Безопасности в рамках настоящего проекта, направленного на разработку общих правил. Была выражена озабоченность в отношении потенциального негативного воздействия этого на эффективность резолюций Совета Безопасности и систему коллективной безопасности, созданную согласно Уставу Организации Объединенных Наций. Было высказано мнение, что в этом проекте вывода можно было бы вместо этого сосредоточить внимание на роли норм *jus cogens* в качестве ориентира для государств при принятии резолюций в рамках международных организаций.

133. Было предложено указать в этом положении, что резолюции, противоречащие норме *jus cogens*, не только перестают быть обязательными, но и становятся недействительными. Другие предложения включали в себя: уточнение, что последствия для международных организаций должны также охватывать обязанность непризнания и все другие правовые последствия, возникающие в результате конфликта с нормой *jus cogens*; и рассмотрение возможности делимости не только в случае недействительности договоров, но и в случае недействительности резолюций международных организаций.

ix) Проект вывода 18

134. Поддерживая тезис, согласно которому нормы *jus cogens* устанавливают обязательства *erga omnes*, некоторые члены Комиссии высказали мнение о том, что в комментариях следует разъяснить, что не все обязательства *erga omnes* вытекают из норм *jus cogens*. Было выражено сомнение относительно правильности утверждения о том, что нормы *jus cogens* «устанавливают» обязательства *erga omnes*. Некоторые члены Комиссии предложили изменить формулировку этого положения, с тем чтобы лучше отразить связь между нормами *jus cogens* и обязательствами *erga omnes*, а также последствия, вытекающие из них. Было также предложено следовать формулировке пункта 1 статьи 48 статей об ответственности государств. Согласно другому мнению, проект вывода должен ограничиваться серьезными нарушениями обязательств, вытекающих из нормы *jus cogens*, в соответствии со статьями 40 и 41 статей об ответственности государств. Было также высказано мнение, что взаимосвязь между *jus cogens* и обязательствами *erga omnes* является сложной проблемой и заслуживает более тщательного и углубленного изучения, отражающего более широкий подход к этой проблеме и учитывающего последние события, например обсуждение вопроса о том, могут ли обязательства *erga omnes* возникать из норм об охране окружающей среды.

x) Проект вывода 19

135. Было выражено общее согласие с проектом вывода 19, который основан на статье 26 статей об ответственности государств. В то же время было указано, что это положение должно более точно следовать формулировке статьи 26. Было также предложено распространить проекты выводов на обстоятельства, исключаящие противоправность, в контексте ответственности международных организаций. Было также высказано мнение, что проекты выводов могли бы также охватывать контрмеры.

xi) Проект вывода 20

136. Было предложено точнее воспроизвести в пункте 1 проекта вывода 20 формулировку консультативного заключения Международного Суда по делу *О Намибии*, где сказано, что государства «обязаны»¹⁰⁶⁹ сотрудничать с целью положить конец любому серьезному нарушению *jus cogens*. Было также выражено

¹⁰⁶⁹ См. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 54, paras. 117–119.

мнение, что вопрос о том, является ли обязанность сотрудничать отражением существующего права и какие конкретно обязательства будут вытекать из этой обязанности, остается неясным.

137. Было предложено привести формулировку пункта 2 в соответствие с пунктом 2 статьи 40 статей об ответственности государств следующим образом: «нарушение такого обязательства является серьезным, если оно сопряжено с грубым или систематическим невыполнением обязательства ответственным государством».

138. Некоторые члены Комиссии поставили под сомнение необходимость пункта 3 о формах сотрудничества, не в последнюю очередь потому, что это положение не содержит ссылки на механизм коллективной безопасности Организации Объединенных Наций, включая Совет Безопасности. Согласно другому мнению, пункт 3 относится к работе по прогрессивному развитию практического осуществления обязательства сотрудничать через учреждения или на специальной основе, что следует приветствовать и поддерживать.

xii) Проект вывода 21

139. Хотя проект вывода 21 был в целом поддержан, ряд членов обратили внимание на отсутствие прилагательного «серьезного» перед словом «нарушения», которое содержится в пункте 2 статьи 41 статей об ответственности государств, что приводит к расширению этого принципа сверх того, что предусмотрено в статьях об ответственности государств. В частности, было отмечено, что причины, выдвинутые Специальным докладчиком для исключения слова «серьезного», могут в равной степени применяться в отношении обязанности сотрудничать. Согласно другой точке зрения, несмотря на наличие прочной правовой и политической базы для ограничения обязанности сотрудничать случаями серьезных нарушений *jus cogens* (как указано в проекте вывода 20), то же самое нельзя сказать в отношении обязанности не признавать и не оказывать помощи в нарушении. В этой связи было отмечено, что здесь Комиссии следует идти по пути прогрессивного развития.

140. Было предложено добавить еще один пункт, сказав, что непризнание не должно негативно сказываться на затрагиваемом населении и что необходимо обеспечить признание соответствующих актов, таких как акты регистрации рождения, смерти и брака.

xiii) Проекты выводов 22 и 23

141. Были выражены различные мнения по поводу целесообразности рассмотрения в данных проектах выводов вопросов индивидуальной уголовной ответственности и иммунитета *ratione materiae* (проект вывода 23). Несколько членов поддержали рассмотрение обоих вопросов в контексте исследования последствий нарушения *jus cogens* и поэтому поддержали их включение в проекты выводов. Ряд других членов полагали, что проекты выводов 22 и 23 затрагивают первичные нормы международного уголовного права в отношении уголовного преследования в рамках национальной юрисдикции и последствия конкретной подгруппы норм *jus cogens*, а именно норм, запрещающих международные преступления. Утверждалось, что такой подход выходит за рамки этой темы, которая должна быть ограничена вторичными нормами международного права с уделением особого внимания общим последствиям всех норм *jus cogens*.

142. Что касается пункта 1 проекта вывода 22, то некоторые члены отметили, что третий доклад содержит достаточно примеров как договорного, так и прецедентного права, подтверждающих существование юридической обязанности государств по осуществлению юрисдикции в отношении преступлений, запрещенных нормами *jus cogens*, которые вытекают из запрета на международные преступления и обязательства государств сотрудничать с целью положить конец серьезному нарушению *jus cogens*. Некоторые члены выразили сожаление в связи с тем, что это положение не распространяется на принцип пассивного гражданства, и предложили рассмотреть вопрос о коллизии юрисдикций в комментариях.

143. Другие члены считали, что третий доклад не в полной мере свидетельствуют о том, что практика государств подтверждает существование в международном праве обязанности каждого государства осуществлять национальную уголовную юрисдикцию в отношении всех правонарушений, запрещенных нормами *jus cogens*, когда они совершаются на его территории или его гражданами. Напротив, тот факт, что в половине или даже в большинстве государств нет законодательства о преступлениях, запрещенных нормами *jus cogens*, таких как преступления против человечности, преступление апартеида и преступление агрессии, опровергает наличие общего убеждения в том, что такая обязанность предусматривается нормами международного права. Также утверждалось, что приведенные в третьем докладе примеры государств, осуществляющих национальную уголовную юрисдикцию в ходе осуществления договора, не обязательно подтверждают утверждение, содержащееся в пункте 1.

144. Многие члены высказались в поддержку сохранения пункта 2 в виде клаузулы «без ущерба», с тем чтобы обеспечить возможное расширение осуществления национальной юрисдикции на основе универсальной юрисдикции. Было предложено вставить слова «в соответствии с международным правом», чтобы указать на нынешнее неопределенное состояние международного права в отношении универсальной юрисдикции.

145. Что касается пункта 1 проекта вывода 23, то было выражено мнение о том, что норма о недопустимости ссылки на официальную должность является общепринятой.

146. В отношении пункта 2 некоторые члены сочли, что Специальный докладчик подошел к этому вопросу комплексно, изучив практику как в поддержку, так и против утверждения о неприменимости иммунитета *ratione materiae* в отношении преступлений, совершенных в нарушение нормы *jus cogens*, и правильно сделал вывод о том, что большинство источников поддерживают тезис о неприменимости иммунитета *ratione materiae* к преступлениям против *jus cogens*. Было также поддержано проведение различия между уголовной и гражданской юрисдикцией при рассмотрении вопроса об исключениях из иммунитета *ratione materiae*. Было предложено уточнить в проектах выводов или комментариях, к каким именно преступлениям применимы такие исключения.

147. Другие члены выразили мнение о том, что практика, упомянутая Специальным докладчиком в его третьем докладе, не поддерживает предложенных им проектов выводов. Было отмечено, что предложенная формулировка проекта вывода 23 потенциально является даже еще более широкой, чем проект статьи 7 проектов статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, принятых на шестьдесят девятой сессии в 2017 году¹⁰⁷⁰. Была выражена озабоченность в связи с тем, что проект вывода 23 может затруднить для Комиссии достижение договоренности по проектам статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, а также помешать преобразовать в конвенцию проекты статей о преступлениях против человечности¹⁰⁷¹.

148. Согласно другому мнению, обе позиции членов Комиссии могут быть согласованы путем сужения сферы охвата этого проекта вывода, в том числе посредством разработки перечня применимых преступлений и указания на исключительный характер неприменимости иммунитета *ratione materiae* в комментариях. Другие члены предложили отложить работу над этим положением до завершения работы по темам об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции и о преступлениях против человечности.

xiv) Будущая работа

149. Некоторые члены выразили сожаление по поводу применяемой процедуры, когда проекты выводов остаются в Редакционном комитете без ежегодного

¹⁰⁷⁰ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10)*, п. 140.

¹⁰⁷¹ Там же, п. 45.

рассмотрения вместе с комментариями на пленарных заседаниях вплоть до завершения первого чтения всего свода проектов выводов и без предоставления государствам возможности прокомментировать взвешенную позицию Комиссии. Согласно другой точке зрения, эта процедура не является реальным препятствием для работы, поскольку государства могут реагировать в Шестом комитете на доклады Специального докладчика и предлагаемые им проекты выводов, а также на устные промежуточные доклады соответствующих председателей Редакционного комитета.

150. Была выражена поддержка разработки иллюстративного перечня норм *jus cogens*. Было высказано мнение о том, что этот перечень может опираться на нормы *jus cogens*, выявленные в ходе предыдущей работы Комиссии. Было подчеркнуто, что важно учитывать, насколько это возможно, замечания, полученные от государств в отношении того, какие нормы должны быть включены в такой перечень. Другие члены призвали проявлять осторожность, поскольку согласование даже иллюстративного перечня в Комиссии может занять длительное время.

151. Было отмечено, что возможность существования региональных норм *jus cogens* получила некоторую поддержку государств в Шестом комитете, и было предложено изучить вопрос о существовании региональных норм *jus cogens* и их связи с универсально применяемыми нормами *jus cogens*. Другие члены поставили под сомнение существование региональных норм *jus cogens* и предупредили о том, что любое обсуждение региональных норм *jus cogens* может подорвать целостность и противоречить самому понятию норм *jus cogens*, которые по определению являются нормами, которые «принимаются и признаются международным сообществом государств в целом».

152. Хотя намерение Специального докладчика завершить первое чтение проектов выводов на следующей сессии Комиссии было поддержано, было также высказано мнение о том, что Комиссии не следует слишком торопиться завершить работу по этой теме.

3. Заключительные замечания Специального докладчика

153. Специальный докладчик отметил, что Комиссия в целом поддержала подход, принятый в его третьем докладе, а также предлагаемые проекты выводов. Он разделяет мнение членов Комиссии о важности надлежащего изложения последствий норм *jus cogens* для стабильности международной правовой системы. Он разделяет озабоченность по поводу потенциальной опасности невключения надежных и прочных гарантий. Он подтвердил, что цель данной темы заключается не в том, чтобы разработать новые правила, но в том, чтобы сделать существующие правила более доступными и понятными. Он признал, что относительная скудность практики государств является проблемой, но не считал, что это непреодолимое препятствие и что это должно оправдывать консервативный подход к данной теме. Напротив, он подчеркнул, что роль Комиссии должна состоять в том, чтобы точно оценить практику, наряду с другими источниками, на которые, как правило, полагается Комиссия, с тем чтобы достичь наиболее точного описания существующего международного права. Он отметил, что многие из предлагаемых им проектов выводов содержат формулировки, взятые из Венской конвенции 1969 года. В то же время следует напомнить, что структура Венской конвенции 1969 года и была разработана с учетом не только норм *jus cogens*.

154. Что касается предлагаемых проектов выводов, то Специальный докладчик поблагодарил членов Комиссии за их замечания и предложения по поправкам, которые можно было бы обсудить в Редакционном комитете или отразить в комментариях. Проекты выводов 10–13 были в целом сочтены приемлемыми членами Комиссии. Первые два пункта проекта вывода 10, взятые в совокупности, описывают принципиальные последствия договора, вступающего в коллизию с *jus cogens*, а именно, такой договор либо будет считаться недействительным в момент его заключения, либо станет недействительным в силу появления нормы *jus cogens* на более поздней стадии. Оба пункта были заимствованы из Венской конвенции 1969 года. Он поддерживает предложение о разработке одного проекта вывода, содержащего общее правило толкования, основанное на его предложении в отношении

пункта 3 проекта вывода 10, который будет применяться в отношении всех источников международного права. В комментарии будет уточнено, что такое правило должно соответствовать правилам толкования, изложенным в Венской конвенции 1969 года. Он также согласен с тем, что добросовестность является главным основанием для такой нормы толкования, что отражено в уточнении «насколько это возможно» и может быть далее разъяснено в комментариях. Принцип *pacta sunt servanda* является одной из существенных причин для применения комплексного и согласованного подхода к толкованию договоров, и, если это возможно в соответствии с *jus cogens*, такой подход всегда будет более предпочтительным, чем аннулирование договора.

155. Специальный докладчик разделяет обеспокоенность некоторых членов Комиссии по поводу абсолютного характера правила неделимости в случаях договоров, противоречащих существующей норме *jus cogens*, как это отражено в пункте 1 проекта вывода 11, но считает, что сложно отойти от положений Венской конвенции 1969 года без согласованной правовой основы, выведенной из практики государств. Он не поддерживает предложение о включении в проект вывода 12 ссылок на статьи 69 и 70 Венской конвенции 1969 года, поскольку они не касаются конкретных последствий *jus cogens*.

156. В связи с проектом вывода 14 о рекомендуемом порядке урегулирования споров Специальный докладчик не возражает против включения нового пункта, основанного на статье 65 Венской конвенции 1969 года, если это будет поддержано Комиссией в целом. Вместе с тем он сомневается в целесообразности установления связи между последствиями нарушений *jus cogens* с договоренностями, достигнутыми в ходе переговоров между двумя или более государствами. Он вновь подтвердил, что проект вывода 14 не направлен на то, чтобы навязать что-либо какому-либо государству или затрагивать вопросы юрисдикции или юридической позиции. Это также не умаляет юридические обязательства государств-участников в контексте Венской конвенции 1969 года. Он соглашается расширить круг вариантов урегулирования споров и изменить формулировку второго пункта, преобразовав его в клаузулу «без ущерба». Он далее пояснил, что помещение проекта вывода 14 в конце первой группы проектов не уменьшает значимость порядка урегулирования споров, а скорее призвано показать, что такой порядок связан с проектом выводов, касающихся коллизий между договорами и нормами *jus cogens*.

157. Чтобы снять обеспокоенность некоторых членов в отношении логики пункта 1 проекта вывода 15, Специальный докладчик предлагает изменить формулировку этого пункта следующим образом: «норма обычного международного права не возникает, если практика, на которой она основана, противоречит императивной норме общего международного права (*jus cogens*)». Он также соглашается с тем, что Редакционный комитет мог бы включить в пункт 1 слова «не имеют характера *jus cogens*», чтобы закрыть вопрос об изменении императивной нормы посредством последующей императивной нормы. Что касается пункта 3, то он не возражает против того, чтобы провести связь между эффектом настойчивого возражения в ходе формирования обычного международного права и неприменимостью настойчивого возражения после того, как норма уже приобрела статус *jus cogens*.

158. Специальный докладчик согласился с теми членами, которые утверждали, что в проекте вывода 17 целесообразно особо выделить резолюции Совета Безопасности, поскольку обсуждение последствий *jus cogens* для актов международных организаций часто происходит в контексте решений Совета Безопасности, учитывая уникальные полномочия Совета, а также статью 103 Устава Организации Объединенных Наций.

159. Специальный докладчик высказался против включения прилагательного «серьезный» в проект вывода 18, что, по его мнению, не находит поддержки в статьях об ответственности государств и не обеспечивает надлежащего учета связи между нормами *jus cogens* и обязательствами *erga omnes*. В то же время он не возражает против того, чтобы рассмотреть в Редакционном комитете вопрос о согласовании текста проекта вывода 18 с соответствующим положением решения по делу *Барселона*

*трэжш*¹⁰⁷². Он также попытался объяснить отсутствие этого прилагательного в проекте вывода 21, отметив, что было бы неправильно утверждать, что государства имеют законное право признавать нарушения или даже способствовать нарушениям *jus cogens*, которые «являются несерьезными».

160. Специальный докладчик также согласился с тем, что проекты выводов 18–21 должны применяться не только к государствам, но также и к международным организациям.

161. Специальный докладчик признал, что проекты выводов 22 и 23 отличаются от других проектов выводов тем, что они касаются первичных норм, в то время как остальные проекты выводов посвящены методологическим вопросам. Он заявил, что это можно было бы признать за убедительный довод в пользу исключения этих проектов выводов. Вместе с тем он отметил, что вопрос о последствиях норм *jus cogens* для иммунитета прямо упомянут в пункте 17 плана разработки данной темы, подготовленного на момент принятия решения о включении этой темы в долгосрочную программу работы Комиссии¹⁰⁷³. Этот вопрос не вызвал возражений при рассмотрении плана Комиссией, а исключение вопроса об иммунитете из темы не предлагалось в то время ни государствами, ни членами Комиссии. Он отметил, как также отметили некоторые члены, что существует обширная практика в поддержку обоих проектов выводов и что Комиссия ранее принимала важные проекты выводов, основанные на более скудной практике. Его не убеждает довод о том, что включение этих двух проектов выводов будет препятствовать договоренностям по другим темам, рассматриваемым Комиссией. Он также не согласился с тем, что нет достаточной практики в поддержку проекта вывода. Он напомнил, что по делам, касающимся гражданской процедуры, таким как дело *О юрисдикционных иммунитетах государства (Германия против Италии, со вступлением в дело Греции)*, которые часто упоминались для обоснования мнения об отсутствии исключений из иммунитета в связи с международными преступлениями против *jus cogens*, прямо заявлялось, что они не являются авторитетным основанием для исключений в рамках уголовного судопроизводства. Отмечая, что проекты этих двух выводов пользуются широкой поддержкой Комиссии, он подчеркнул, что для продолжения работы как по существу темы, так и в интересах достижения консенсуса Комиссия, возможно, пожелает решить эти вопросы с помощью клаузулы «без ущерба». В этой связи он предложил Редакционному комитету заменить два проекта выводов одной клаузулой «без ущерба» в следующей формулировке: «настоящие проекты выводов не наносят ущерба последствиям конкретных/индивидуальных/партикулярных императивных норм общего международного права (*jus cogens*)». В соответствующем комментарии будет указано, что иммунитет *ratione materiae* является одной из таких проблем, подразумеваемых в данном положении, и он будет сформулирован не преюдициальным образом.

162. Что касается замечаний по поводу метода работы, предполагающего нахождение текстов в Редакционном комитете без подготовки комментариев, то Специальный докладчик отметил, что такой метод работы был ранее одобрен Комиссией в качестве компромисса. Он напомнил, что эта тема рассматривается каждый год в ходе второй части сессии без достаточного времени для подготовки и принятия комментариев. Однако он обязался разработать полный свод комментариев для рассмотрения Комиссией при том понимании, что тема будет рассматриваться в первой половине сессии 2019 года.

163. В заключение Специальный докладчик заверил членов Комиссии в том, что он тщательно изучит все их замечания относительно будущей работы при подготовке своего четвертого доклада. Он разделяет различные предложения в этой связи, как, например, включение библиографии и необходимость обеспечить единообразие в употреблении терминов, а также предложение о том, что общие принципы должны быть также отражены в проекте.

¹⁰⁷² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 32, para. 33.

¹⁰⁷³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, приложение.

Глава IX

Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами

A. Введение

164. На своей шестьдесят пятой сессии (2013 год) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему «Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами» и назначила г-жу Мари Г. Якобссон Специальным докладчиком по данной теме¹⁰⁷⁴.

165. В период с шестьдесят шестой (2014 год) по шестьдесят восьмую (2016 год) сессию Комиссия получила и рассмотрела три доклада¹⁰⁷⁵. На своей шестьдесят шестой сессии (2014 год) Комиссия рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика¹⁰⁷⁶. На своей шестьдесят седьмой сессии (2015 год) Комиссия рассмотрела второй доклад Специального докладчика¹⁰⁷⁷ и приняла к сведению проекты вводных положений и проекты принципов, в предварительном порядке принятые Редакционным комитетом, которые затем были по техническим причинам перенумерованы и скорректированы Редакционным комитетом на шестьдесят восьмой сессии¹⁰⁷⁸. Соответственно, на той же сессии Комиссия в предварительном порядке приняла проекты принципов 1, 2, 5 и 9–13, а также комментарии к ним¹⁰⁷⁹. На той же сессии Комиссия рассмотрела третий доклад Специального докладчика¹⁰⁸⁰ и приняла к сведению проекты принципов 4, 6–8 и 14–18, принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом¹⁰⁸¹ без принятия в предварительном порядке комментариев.

166. На своей шестьдесят девятой сессии (2017 год) Комиссия учредила рабочую группу для рассмотрения вопроса о дальнейших действиях в связи с данной темой, поскольку г-жа Якобссон на тот момент уже покинула Комиссию¹⁰⁸². Рабочая группа, которую возглавил г-н Васкес-Бермудес, имела в своем распоряжении подготовленные Специальным докладчиком (хотя она уже и не входила в состав Комиссии) проекты комментариев к проектам принципов 4, 6–8 и 14–18, которые на шестьдесят восьмой сессии были в предварительном порядке приняты Редакционным комитетом и на той же сессии приняты к сведению Комиссией. Для содействия успешному завершению работы Комиссии по данной теме Рабочая группа порекомендовала ей назначить нового Специального докладчика по данной теме¹⁰⁸³. По итогам устного доклада Председателя Рабочей группы Комиссия решила назначить Специальным докладчиком г-жу Марию Лехто¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁷⁴ Решение было принято на 3171-м заседании Комиссии 28 мая 2013 года (см. *Yearbook ... 2013*, vol. II (Part Two), p. 78, para. 167). Общее описание темы см. *Yearbook... 2011*, vol. II (Part Two), annex V.

¹⁰⁷⁵ Документы [A/CN.4/674](#) и [Corr.1](#) (предварительный доклад), [A/CN.4/685](#) (второй доклад) и [A/CN.4/700](#) (третий доклад).

¹⁰⁷⁶ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, гл. XI.

¹⁰⁷⁷ Там же, *семидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/70/10)*, гл. IX.

¹⁰⁷⁸ Документы [A/CN.4/L.870](#) и [A/CN.4/L.870/Rev.1](#).

¹⁰⁷⁹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10)*, п. 188.

¹⁰⁸⁰ Там же, гл. X.

¹⁰⁸¹ Документ [A/CN.4/L.876](#).

¹⁰⁸² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10)*, п. 255.

¹⁰⁸³ Там же, п. 260.

¹⁰⁸⁴ Там же, п. 262.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

167. В ходе данной сессии Комиссия на своем 3390-м заседании учредила Рабочую группу под председательством г-на Вакеса-Бермудеса для оказания помощи Специальному докладчику в подготовке проекта комментариев к проектам принципов 4, 6–8 и 14–18. Рабочая группа провела два заседания – 3 и 4 мая 2018 года.

168. На своем 3426-м заседании, состоявшемся 10 июля 2018 года, Комиссия в предварительном порядке приняла проекты принципов 4, 6–8 и 14–18, которые были в предварительном порядке приняты Редакционным комитетом на шестьдесят восьмой сессии (см. раздел С.1 ниже).

169. На том же заседании Комиссия приступила к рассмотрению первого доклада Специального докладчика г-жи Марьи Лехто (A/CN.4/720 и Corr.1). Рассмотрение первого доклада Комиссия продолжила на своих 3427–3431-м заседаниях, прошедших с 11 по 17 июля 2018 года.

170. В своем первом докладе Специальный докладчик затронула вопрос защиты окружающей среды в условиях оккупации. В докладе предлагается общее введение в тему защиты окружающей среды с точки зрения правовых норм, регулирующих режим оккупации, и затрагивается вопрос комплементарности норм, регулирующих режим оккупации, норм международного права прав человека и международного экологического права. Специальный докладчик предложила включить три проекта принципов, касающихся защиты окружающей среды в условиях оккупации, в отдельный раздел (часть четвертая). Она также выдвинула несколько предложений в отношении будущей программы работы над этой темой.

171. На своем 3431-м заседании, состоявшемся 17 июля 2018 года, Комиссия передала Редакционному комитету проекты выводов 19–21 в том виде, в каком они содержались в первом докладе Специального докладчика¹⁰⁸⁵.

172. На 3436-м заседании, состоявшемся 26 июля 2018 года, Председатель Редакционного комитета представил доклад Редакционного комитета по теме «Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами», содержащий проекты принципов 19, 20 и 21, в предварительном порядке принятые Редакционным

¹⁰⁸⁵ Проекты принципов, предложенные Специальным докладчиком, гласили:

«Часть четвертая

Проект принципа 19

1. Оккупирующее государство принимает во внимание природоохранные соображения при осуществлении управления оккупированной территорией, включая любые прилегающие морские районы, в отношении которых государство территориальной юрисдикции уполномочено осуществлять суверенные права.

2. Оккупирующее государство обеспечивает соблюдение законодательства оккупированной территории, касающегося защиты окружающей среды, если только к этому нет непреодолимых препятствий.

Проект принципа 20

Оккупирующее государство осуществляет управление природными ресурсами оккупированной территории таким образом, чтобы это обеспечивало их устойчивое использование и сводило к минимуму ущерб окружающей среде.

Проект принципа 21

Оккупирующее государство использует все имеющиеся в его распоряжении средства для обеспечения того, чтобы деятельность на оккупированной территории не влекла за собой значительного ущерба для окружающей среды других государств, а также районов за пределами национальной юрисдикции».

комитетом на семидесятой сессии (A/CN.4/L.911)¹⁰⁸⁶, с которым можно ознакомиться на веб-сайте Комиссии¹⁰⁸⁷. Комиссия приняла к сведению проекты принципов, представленные Редакционным комитетом. Предполагается, что Комиссия примет решение в отношении проектов принципов и комментариев к ним на следующей сессии.

173. На своем 3451-м заседании, состоявшемся 9 августа 2018 года, Комиссия приняла комментарии к проектам принципов, в предварительном порядке принятым на данной сессии (см. раздел С.2 ниже).

1. Представление Специальным докладчиком ее первого доклада

174. Специальный докладчик напомнила историю вопроса, отметив, что он активно обсуждался Комиссией на основе трех докладов, представленных ее предшественницей. Она также подчеркнула неослабевающий интерес государств к этой теме и важность консультаций с Программой Организации Объединенных Наций по окружающей среде и Международным комитетом Красного Креста. В ее первом докладе, который проистекал из предыдущих докладов, не излагалась новая методология, но ставилась задача обеспечить согласованность с проделанной ранее работой. В докладе было предложено три новых проекта принципов по вопросу, который Комиссия определила для дальнейшего рассмотрения, а именно: защита окружающей среды в условиях оккупации. Специальный докладчик вновь подчеркнула временные рамки охвата темы, которые распространяются на весь цикл конфликта и тем самым предполагают критический обзор права вооруженных конфликтов, международного права прав человека и международного экологического права.

175. Нормы, регулирующие режим оккупации, составляют отдельный правовой режим, главным образом основанный на Гаагском положении 1907 года и Женевской конвенции 1949 года о защите гражданского населения во время войны (Конвенция IV). Хотя эти инструменты лишь косвенно регулируют защиту окружающей среды, соответствующие понятия, например «общественная жизнь» и «узуфрукт», поддаются эволютивному толкованию. Кроме того, нормы,

¹⁰⁸⁶ Текст, в предварительном порядке принятый Редакционным комитетом, гласит:

«Часть четвертая

Принципы, применимые в ситуациях оккупации

Проект принципа 19

Общие обязательства оккупирующей державы

1. Оккупирующая держава уважает и защищает окружающую среду оккупированной территории в соответствии с применимыми нормами международного права и принимает во внимание экологические соображения при управлении такой территорией.
2. Оккупирующая держава принимает надлежащие меры для предотвращения значительного вреда окружающей среде оккупированной территории, который способен нанести ущерб здоровью и благополучию населения оккупированной территории.
3. Оккупирующая держава уважает право и институты оккупированной территории, касающиеся защиты окружающей среды, и может вносить изменения только в пределах, предусмотренных правом вооруженных конфликтов.

Проект принципа 20

Устойчивое использование природных ресурсов

В той степени, в которой оккупирующей державе разрешается управлять и пользоваться природными ресурсами на оккупированной территории в интересах населения оккупированной территории и для других законных целей в соответствии с правом вооруженных конфликтов, она делает это таким образом, чтобы обеспечить их устойчивое использование и свести к минимуму экологический вред.

Проект принципа 21

Должная осмотрительность

Оккупирующая держава проявляет должную осмотрительность для обеспечения того, чтобы деятельность на оккупированной территории не причиняла значительного вреда окружающей среде районов за пределами оккупированной территории.

¹⁰⁸⁷ С докладом и соответствующим заявлением Председателя Редакционного комитета можно ознакомиться в разделе «Analytical Guide to the Work of the International Law Commission»: <http://legal.un.org/ilc/guide/gfra/shtml>.

регулирующие режим оккупации, должны толковаться в свете обстоятельств оккупации, в частности ее постоянства и продолжительности. Специальный докладчик напомнила, что, как это обычно подразумевается, управление оккупированной территорией должно осуществляться не в интересах оккупирующего государства, а в интересах населения оккупированной территории.

176. В докладе рассматривается взаимосвязь между международным правом прав человека, международным экологическим правом и нормами, регулирующими режим оккупации, в качестве *lex specialis*. Международная судебная практика подтверждает, что наряду с нормами, регулирующими режим оккупации, применяется также право прав человека, хотя точное содержание соответствующих обязательств зависит от характера и продолжительности оккупации. Основное внимание в докладе уделяется праву на здоровье в качестве примера того, как право прав человека может способствовать защите окружающей среды в случае оккупации. Также в условиях оккупации определенную роль играет обычное и договорное экологическое право, в частности касающееся трансграничных или глобальных вопросов. Специальный докладчик подчеркнула, что такие экологические обязательства служат защите коллективных интересов и относятся к более широкому кругу государств, нежели государства, имеющие отношение к тому или иному вооруженному конфликту или оккупации.

177. В докладе содержатся предложения по трем новым проектам принципов. Специальный докладчик предложила поместить их в новую, четвертую часть, поскольку, в зависимости от характера оккупации, они могут иметь отношение как к вооруженным конфликтам, так и к постконфликтному этапу.

178. В проекте принципа 19 обязательство оккупирующей державы защищать окружающую среду помещается в рамки общего обязательства заботиться о благополучии населения оккупированных территорий. Текст пункта 1, который Специальный докладчик в своем вступительном слове предложила переформулировать, находит поддержку в международном праве прав человека, а также в практике международных судов и трибуналов. Соответствующие обязательства относятся к сухопутной территории, а также прилегающим к ней морским пространствам и вышележащему воздушному пространству. В пункте 2 подтверждается обязательство оккупирующего государства соблюдать законодательство оккупированной территории, касающееся защиты окружающей среды, если только к этому нет непреодолимых препятствий.

179. В основе проекта принципа 20 лежит принцип узуфрукта, который фигурирует в статье 55 Гаагского положения 1907 года (по тексту положения – «пользовление»), хотя при этом учитывается и его современный эквивалент – принцип устойчивого использования. В проекте предусматривается, что при разработке невозобновляемых ресурсов оккупирующему государству следует проявлять осторожность, а при разработке возобновляемых ресурсов – обеспечивать их долговременное использование и возможности для их восстановления. Практическое применение этого принципа будет зависеть от характера и продолжительности оккупации. Формулировка проекта принципа 20 основана на пункте 1 статьи 54 Берлинских правил о водных ресурсах, принятых Ассоциацией международного права¹⁰⁸⁸.

180. В проекте принципа 21 закрепляется принцип недопущения причинения вреда окружающей среде другого государства. В условиях оккупации применяется один из главных принципов международного экологического права – принцип непричинения вреда, что подтверждается международной судебной практикой и предшествующей работой Комиссии. Формулировка проекта принципа разработана на основе решения Международного Суда по делу *О целлюлозных заводах на реке Уругвай*¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁸ Berlin Rules on Equitable Use and Sustainable Development of Waters (*International Law Association, Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 16–21 August 2004*, London, 2004, pp. 334 et seq., at p. 397).

¹⁰⁸⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2010*, p.14.

В частности, необходимую гибкость в зависимости от сложившихся обстоятельств обеспечивает словосочетание «имеющиеся в его распоряжении».

181. Специальный докладчик далее пояснила, что в условиях оккупации применяются принципы, изложенные в части первой и части второй, и предложила уточнить в комментарии к проектам принципов 15–18, содержащимся в части третьей, что эти проекты тоже имеют отношение к условиям оккупации.

182. Что касается будущей работы, то в своем следующем докладе Специальный докладчик намеревается рассмотреть некоторые вопросы, касающиеся защиты окружающей среды в ходе вооруженных конфликтов немеждународного характера, вопросы, касающиеся правовой и материальной ответственности за экологический вред в связи с вооруженными конфликтами, и вопросы сведения воедино всех проектов принципов.

2. Краткое изложение прений

а) Общие замечания

183. Члены Комиссии поддержали дальнейшее применение методологии, выбранной предыдущим Специальным докладчиком, в частности следование темпоральному подходу к теме. В то же время было подчеркнуто, что строгое разграничение временных этапов не всегда может быть целесообразным. Ряд членов согласился со Специальным докладчиком в том, что Комиссии не следует пытаться менять международное гуманитарное право, касающееся режима оккупации, а необходимо лишь попытаться заполнить пробелы, касающиеся защиты окружающей среды.

184. Некоторые члены поддержали добавление отдельной четвертой части, непосредственно касающейся оккупации. Другие считали, что оккупация относится исключительно к стадии вооруженного конфликта (часть вторая), тогда как еще некоторые члены полагали, что она касается постконфликтного этапа (часть третья). Несколько членов поддержали предложение Специального докладчика распространить действие некоторых уже принятых Комиссией в предварительном порядке проектов принципов на ситуацию оккупации и считали, что об этом нужно сказать в комментариях. Некоторые члены предложили указать в отдельном проекте принципа, что проекты принципов, содержащиеся в первой, второй и третьей частях, применяются *mutatis mutandis* к ситуации оккупации.

185. Некоторые члены полагали, что доклад содержит мало информации о практике государств для обоснования сделанных в нем выводов, в то время как другие призвали к включению государственной практики, касающейся более широкого круга регионов. Некоторые члены призвали дать определение понятию оккупации либо в комментариях, либо в самом тексте проектов принципов. Другие же утверждали, что такого определения не потребуются, признавая при этом, что ситуации оккупации могут отличаться по характеру и продолжительности. Ряд членов предложили также принимать во внимание законность или незаконность оккупации и исключить применение правовых норм об оккупации в случаях неправомерного применения силы.

186. Несколько членов предложили рассмотреть в проектах статей или в комментариях вопрос о применимости правовых норм об оккупации к международным организациям. Хотя некоторые члены полагали, что международные организации могут осуществлять функции, сходные с функциями оккупирующей державы, другие члены усомнились в обоснованности этой точки зрения. Некоторые члены отметили, что международное управление территорией, осуществляемое международной организацией, сильно отличается по своему характеру от военной оккупации территории.

187. Несколько членов предложили заменить термин «оккупирующее государство» более общим термином «оккупирующая держава», который используется в соответствующих договорах.

188. Некоторые члены отметили, что, хотя право вооруженных конфликтов появилось раньше международного экологического права, толкование первого должно осуществляться таким образом, чтобы включать элементы последнего. Другие члены не поддержали эту идею эволютивного толкования права вооруженных конфликтов.

189. Члены Комиссии отметили, что правовые нормы об оккупации являются подотраслью права вооруженных конфликтов, обеспечивающей лишь «косвенную» защиту окружающей среды. Члены в целом согласились с тем, что в ситуациях оккупации продолжают применяться нормы международного права прав человека и международного экологического права, но при этом должна приниматься во внимание специфика права вооруженных конфликтов. По мнению некоторых членов, международное гуманитарное право может превалировать над этими отраслями права как *lex specialis*, если этого требует ситуация оккупации. Другие члены утверждали, что военная необходимость в ситуациях оккупации не отменяет обязательства по международному праву прав человека и международному экологическому праву и, напротив, должна соотноситься с этими обязательствами.

190. Несколько членов Комиссии подчеркнули, что применение международного права прав человека и международного экологического права зависит от вида оккупации, ее характера и продолжительности. В этой связи некоторые члены предложили провести различие между разными формами оккупации, например оккупацией «воюющей стороной» или «военной» оккупацией и «мирной» и «долговременной» оккупацией, или же «колониальной» оккупацией. Другие члены отметили, что основное внимание в докладе уделяется военной оккупации и такое различие не является необходимым в этом контексте.

191. Некоторые члены поставили под сомнение связь, проводимую Специальным докладчиком между защитой имущественных прав в ситуации оккупации и охраной окружающей среды. Было отмечено, что ущерб государственной или частной собственности не всегда можно приравнять к ущербу окружающей среде. Другие полагали, что охрана окружающей среды стала одной из ключевых задач современного государства и в современном правовом контексте понятие «узуфрукт» может быть истолковано таким образом, чтобы учитывать экологические соображения.

192. Ряд членов отметили также, что Специальный докладчик посвятила значительную часть доклада международному праву прав человека, но при этом не предложила проект принципа на этой основе. Несколько членов предложили включить новый проект принципа или новый пункт, касающийся значения международного права прав человека, в то время как другие члены усомнились в обоснованности этого предложения, посчитав, что оно выходит за рамки рассматриваемой темы.

193. Согласившись с тем, что право на здоровье имеет отношение к охране окружающей среды, ряд членов призвали Специального докладчика расширить свой анализ и рассмотреть и другие права человека, такие как право на жизнь, право на воду и право на питание. Было предложено обратить особое внимание на положение особо уязвимых групп населения.

b) Замечания по проекту принципа 19

194. Члены Комиссии в целом поддержали устную поправку к пункту 1 проекта принципа 19, предложенную Специальным докладчиком при представлении доклада, но при этом некоторые члены попросили дополнительно разъяснить предложенную формулировку. В частности, несколько членов просили пояснить определенные термины, включая «общее обязательство», «природоохранные соображения» и «осуществление управления», либо пересмотреть использование выражений «государство территориальной юрисдикции» и «суверенные права».

195. Некоторые члены Комиссии поставили под сомнение ссылку на морские районы и воздушное пространство оккупированной территории. Другие члены утверждали, что полномочия распространяются только на пространства, над которыми оккупирующее государство установило свою власть и где оно осуществляет эффективный контроль.

196. В отношении пункта 2 члены Комиссии поддержали позицию Специального докладчика, согласно которой оккупирующее государство несет общее обязательство соблюдать законодательство оккупированной территории об охране окружающей среды. Ряд членов высказали мнение о том, что у оккупирующей державы имеются более широкие возможности менять законодательство об охране окружающей среды, чем это допускается формулировкой пункта 2, в частности в плане усиления защиты населения. Было высказано мнение, что в таких случаях необходимо консультироваться с местным населением.

197. Было высказано мнение, что, помимо внутреннего законодательства, оккупирующие государства должны соблюдать международные обязательства по охране окружающей среды, действие которых распространяется на оккупированную территорию. Было также отмечено, что оккупирующее государство обязано выполнять свои собственные обязательства по международному праву.

198. По тексту принципа 19 было внесено несколько редакционных предложений, в том числе предложение добавить еще один пункт в проект этого принципа, чтобы отразить роль международного права прав человека.

c) Замечания по проекту принципа 20

199. Что касается проекта принципа 20, то некоторые члены поддержали термин «устойчивое использование», в то время как было высказано мнение о необходимости уточнить его значение. Другие члены считали, что принцип устойчивого использования отражает политическую цель, а не юридическое обязательство, и поставили под сомнение его применимость к ситуациям оккупации. Некоторые члены также поставили под вопрос связь с концепцией узуфрукта и то, каким образом эта концепция применяется к разным категориям имущества, в том числе частной собственности, общественным благам и природным ресурсам. Другие члены подчеркнули, что при управлении природными ресурсами и их эксплуатации оккупирующим государствам необходимо учитывать соображения устойчивости.

200. В этой связи ряд членов Комиссии подчеркнули важность принципов неотъемлемого суверенитета над природными ресурсами и самоопределения народов для проекта принципов по этой теме, в то время как другие члены поставили под сомнение релевантность этих принципов.

201. Члены подчеркнули, что оккупирующая держава должна действовать на благо людей, живущих под оккупацией, а не в своих собственных интересах. Было высказано предложение расширить этот принцип, распространив его в более общем плане на экономическое и социальное развитие оккупированного государства.

202. Некоторые члены также усомнились в оправданности термина «сведение к минимуму» ущерба окружающей среде, и было высказано мнение, что термин «предотвращение» представлялся бы более уместным. Было выражено мнение, что в ситуациях оккупации основное внимание следует уделять не управлению природными ресурсами, а ликвидации ущерба окружающей среде и восстановлению ее нарушенного состояния с учетом принципов, содержащихся в третьей части проекта.

203. По проекту принципа 20 было представлено несколько редакционных предложений.

d) Замечания по проекту принципа 21

204. Члены Комиссии в целом поддержали включение в проект принципа 21 принципа непричинения вреда или принципа должной осмотрительности, хотя было высказано мнение о том, что этот принцип в данном проекте неуместен. Было предложено включить в него обязательство сотрудничать в целях предотвращения, сокращения и сохранения под контролем трансграничного загрязнения окружающей среды.

205. Были предложены некоторые редакционные изменения или уточнения, в том числе касающиеся выражений «все имеющиеся в его распоряжении средства», «значительный ущерб» и «районы за пределами национальной юрисдикции». Было

предложено также распространить действие принципа непричинения ущерба на ситуации вооруженного конфликта, не ограничивающиеся оккупацией.

е) Будущая работа

206. Была выражена поддержка предложений Специального докладчика относительно будущей работы по этой теме. Специальному докладчику было предложено рассмотреть в своем следующем докладе вопрос о том, в какой степени проекты принципов применяются в отношении немеждународных вооруженных конфликтов; правоприменительных мер; гражданской ответственности и компенсации за экологический вред; и вопросов правовой и материальной ответственности. Специальному докладчику было предложено также уточнить роль и обязанности негосударственных акторов. Было выражено мнение о необходимости подробнее рассмотреть в связи с этой темой вопросы применимости принципа предосторожности и принципа «загрязнитель платит», однако против этого предложения были высказаны возражения.

207. Была также выражена поддержка завершения рассмотрения проекта по данной теме в первом чтении в 2019 году, хотя при этом подчеркивалась амбициозность данной цели.

3. Заключительные замечания Специального докладчика

208. Говоря о применимости правовых норм об оккупации к международным организациям, Специальный докладчик отметила, что такие нормы могут иметь отношение к управлению территорией, в частности к миссиям Организации Объединенных Наций, если это предполагает осуществление на такой территории функций и полномочий, которые сопоставимы с функциями оккупирующего государства в соответствии с правом вооруженных конфликтов. Специальный докладчик подчеркнула, что, даже с учетом того, что правовые нормы об оккупации могут дополнять мандат, предусмотренный соответствующими резолюциями Совета Безопасности, практика применения правовых норм об оккупации для этой цели крайне ограничена. Такая возможность остается теоретической, и этот вопрос пока еще не настолько актуален, чтобы его следовало затрагивать в проектах принципов. Специальный докладчик предложила заменить термин «оккупирующее государство» в проектах принципов на «оккупирующую державу», что оставит открытой возможность для дальнейших изменений в этой области.

209. Специальный докладчик привлекла внимание к тому, что различие между военной и мирной оккупацией во многом стерлось и что присутствие вооруженных сил на основе соглашения уже во многом покрывается проектами принципов 7 и 8. Она вновь заявила, что темой доклада и проектов принципов является военная оккупация, или оккупация воюющей стороной. Кроме того, Специальный докладчик не считала необходимым проводить различие между разными формами оккупации, поскольку такое различие не проводится в праве вооруженных конфликтов. В то же время Специальный докладчик отметила, что обязательства оккупирующего государства согласно правовым нормам об оккупации в известной степени зависят от сложившейся ситуации и поэтому при осуществлении таких норм допускается определенная гибкость.

210. Говоря о взаимосвязи между различными отраслями международного права, Специальный докладчик отметила, что на вопрос о том, в какой степени другие области международного права, такие как международное право прав человека и международное экологическое право, могут дополнять право вооруженных конфликтов, влияют требования норм об оккупации как *lex specialis*, а также специфика конкретной ситуации. Однако, как ясно следует из практики Международного Суда, это не означает, что при этом можно игнорировать гуманитарные принципы, права человека и экологические соображения. Поэтому вопрос стоит не о том, применяются ли определенные правила мирного времени к ситуациям вооруженного конфликта или оккупации, а о том, как они применяются.

211. В отношении общего вопроса о законности или незаконности оккупации Специальный докладчик отметила, что право вооруженных конфликтов применяется во всех случаях, когда соблюдены критерии вооруженного конфликта, независимо от причин конфликта. Она подчеркнула, что правовые нормы об оккупации с точки зрения международного гуманитарного права в равной мере применяются ко всем случаям оккупации вне зависимости от того, являются ли они результатом правомерного применения силы в соответствии с *jus ad bellum*.

212. Специальный докладчик указала, что, хотя в первом докладе основное внимание уделено праву на здоровье, с охраной окружающей среды непосредственно связаны и другие права человека. Она считала, что вопрос о таких правах можно было бы эффективно рассмотреть в комментарии. Специальный докладчик предложила осветить в комментарии связь между проектами принципов, предложенными в первом докладе, и проектами принципов, уже принятыми Комиссией.

213. Специальный докладчик отметила, что новая формулировка, предложенная ею при представлении доклада, получила общую поддержку. Она отметила также, что термин «общее обязательство» используется в контексте статьи 43 Гаагского положения, где изложено обязательство оккупирующего государства по восстановлению и поддержанию общественного порядка и общественной жизни. Такое обязательство необходимо толковать в свете нынешних обстоятельств, включая важность природоохранных соображений, относящихся к насущным интересам всех государств, и с учетом развития международного права прав человека. Она указала также, что термин «природоохранные соображения» зависит от контекста и находится в процессе эволюции, как об этом сказано в комментарии к проекту принципа 11. Специальный докладчик отметила далее, что вопрос о территориальной сфере охвата проекта принципа 19, который затрагивается в концовке пункта 1, можно было бы рассмотреть в комментарии. В отношении пункта 2 проекта принципа 19 Специальный докладчик признала полезность ссылки на международные обязательства оккупированного государства, помимо его законодательства. Наконец, Специальный докладчик выразила свое согласие с предложением некоторых членов Комиссии включить положение, касающееся правозащитных обязательств оккупирующего государства.

214. Переходя к проекту принципа 20, Специальный докладчик отметила, что первый вопрос касается пределов действия права оккупирующей державы управлять и пользоваться ресурсами оккупированной территории. В этой связи она отметила, что предложение добавить либо в сам проект принципа, либо в комментарий формулировку, подобную той, которая содержится в принятой в Брюгге декларации Института международного права в отношении применения силы¹⁰⁹⁰, может быть полезным. Она добавила, что также следует принять во внимание принцип неотъемлемого суверенитета над природными ресурсами. В отношении выражения «сведение к минимуму ущерба окружающей среде» Специальный докладчик подчеркнула, что цель проектов принципов, как сказано в проекте принципа 2, заключается в усилении «защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, в том числе посредством профилактических мер, направленных на минимизацию ущерба окружающей среде в ходе вооруженных конфликтов». Кроме того, Специальный докладчик напомнила, что проект принципа 20 основан на статье 55 Гаагского положения, которая носит обязательный характер в качестве нормы обычного международного права и должна толковаться с учетом экологических аспектов. Кроме того, концепция устойчивости, в частности в контексте устойчивого использования природных ресурсов, пользуется широким признанием, о чем свидетельствует принятие Повестки дня в области устойчивого развития на период до 2030 года и 17 целей в области устойчивого развития¹⁰⁹¹.

215. Специальный докладчик отметила широкую поддержку проекта принципа 21. Помимо нынешней формулировки, поддержку получили два альтернативных варианта

¹⁰⁹⁰ Institute of International Law, *Yearbook*, vol. 70, Part II, Session of Bruges (2003), pp. 285 *et seq.*;
URL: www.idi-iil.org, Declarations.

¹⁰⁹¹ Резолюция 70/1 Генеральной Ассамблеи от 25 сентября 2015 года.

на основе либо консультативного заключения Международного Суда по делу *О законности угрозы ядерным оружием или его применения*¹⁰⁹², либо статей Комиссии о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности¹⁰⁹³.

216. Говоря о будущей работе, Специальный докладчик пояснила, что она собирается рассмотреть немеждународные вооруженные конфликты и вопросы, касающиеся юридической и материальной ответственности, только в контексте данной теме без проведения всеобъемлющего исследования этих двух областей. Она отметила, что с учетом развития обычного международного права в сторону постепенного уменьшения важности различия между международными и немеждународными вооруженными конфликтами прямо ограничивать проекты принципов только одним типом вооруженных конфликтов было бы нецелесообразно. Это также согласуется с прежним подходом Комиссии к данной теме.

С. Текст проектов принципов о защите окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, в предварительном порядке принятый Комиссией к настоящему времени

1. Текст проектов принципов

217. Текст проектов принципов, в предварительном порядке принятый Комиссией к настоящему времени, воспроизводится ниже:

Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами

Принцип 1 Сфера применения

Настоящие проекты принципов применяются к защите окружающей среды* до, во время или после вооруженных конфликтов.

Принцип 2 Цель

Настоящие проекты принципов направлены на усиление защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, в том числе за счет превентивных мер для сведения к минимуму ущерба окружающей среде во время вооруженных конфликтов и за счет природовосстановительных мер.

[...]

Часть первая Общие принципы

Принцип 4 Меры по усилению защиты окружающей среды

1. Государства во исполнение своих обязательств по международному праву принимают эффективные законодательные, административные, судебные и другие меры для усиления защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами.

2. Помимо этого, государствам следует принимать в надлежащих случаях дальнейшие меры для усиления защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами.

¹⁰⁹² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226.

¹⁰⁹³ *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, с. 146 и далее.

* Вопрос о том, какой термин – «окружающая среда» или «природная среда» – следует использовать в тексте всех проектов принципов или некоторых из них, будет вновь рассмотрен на более позднем этапе.

**Принцип 5 [I-(x)]
Специальное обозначение охраняемых зон**

Государствам на основании соглашения или иным образом следует специально обозначить в качестве охраняемых зон районы, имеющие большое экологическое и культурное значение.

**Принцип 6
Защита окружающей среды на территориях проживания коренных народов**

1. В случае вооруженного конфликта государствам следует принимать надлежащие меры для защиты окружающей среды на территориях проживания коренных народов.
2. После вооруженного конфликта, отрицательно повлиявшего на окружающую среду на территориях проживания коренных народов, государствам следует проводить эффективные консультации и осуществлять эффективное сотрудничество с соответствующими коренными народами посредством надлежащих процедур, и в частности через их собственные представительные институты, с целью принятия восстановительных мер.

**Принцип 7
Соглашения относительно присутствия военных сил в связи с вооруженными конфликтами**

Государствам и международным организациям следует в надлежащих случаях включать положения о защите окружающей среды в соглашения относительно присутствия военных сил в связи с вооруженными конфликтами. Такие положения могут включать в себя превентивные меры, оценки воздействия и меры по восстановлению и очистке.

**Принцип 8
Операции по содействию миру**

Государства и международные организации, участвующие в операциях по содействию миру в связи с вооруженными конфликтами, учитывают воздействие таких операций на окружающую среду и принимают надлежащие меры для предотвращения, смягчения и устранения их негативных экологических последствий.

**Часть вторая
Принципы, применимые во время вооруженных конфликтов**

**Принцип 9 [II-1]
Общая защита природной среды во время вооруженных конфликтов**

1. Природная среда уважается и защищается в соответствии с применимым международным правом, и в частности правом вооруженных конфликтов.
2. Принимаются меры для защиты природной среды от обширного, долговременного и серьезного ущерба.
3. Никакой компонент природной среды не может подвергаться нападению, если только он не становится военным объектом.

**Принцип 10 [II-2]
Применение права вооруженных конфликтов к природной среде**

Право вооруженных конфликтов, в том числе принципы и нормы в отношении проведения различия, соразмерности, военной необходимости и мер предосторожности при нападении, применяется к природной среде с целью ее защиты.

**Принцип 11 [Ш-3]
Природоохранные соображения**

При применении принципа соразмерности и норм, касающихся военной необходимости, учитываются природоохранные соображения.

**Принцип 12 [Ш-4]
Запрет на репрессалии**

Нападения, направленные против природной среды, в качестве репрессалий запрещаются.

**Принцип 13 [Ш-5]
Охраняемые зоны**

Любой район с большим экологическим и культурным значением, специально обозначенный по соглашению в качестве охраняемой зоны, защищен от любого нападения, если он не содержит военного объекта.

**Часть третья
Принципы, применимые после вооруженных конфликтов****Принцип 14
Мирные процессы**

1. Сторонам вооруженного конфликта следует, как часть мирного процесса, в том числе в надлежащих случаях в соглашениях о мире, решать вопросы, относящиеся к восстановлению и защите окружающей среды, которой был нанесен ущерб в результате конфликтов.
2. В надлежащих случаях соответствующим международным организациям следует играть в этой связи посредническую роль.

**Принцип 15
Оценки состояния окружающей среды и восстановительные меры
после вооруженных конфликтов**

Между соответствующими акторами, включая международные организации, поощряется сотрудничество в отношении оценок состояния окружающей среды и восстановительных мер после вооруженных конфликтов.

**Принцип 16
Пережитки войны**

1. После вооруженного конфликта стороны конфликта стремятся устранить или обезвредить токсичные и опасные пережитки войны под их юрисдикцией или контролем, которые наносят ущерб или порождают риск нанесения ущерба окружающей среде. Такие меры принимаются в соответствии с применимыми нормами международного права.
2. Стороны также прилагают усилия к тому, чтобы достичь согласия между собой и, в надлежащих случаях, с другими государствами и с международными организациями о технической и материальной помощи, включая в соответствующих обстоятельствах проведение совместных операций для устранения или обезвреживания таких токсичных и опасных пережитков войны.
3. Пункты 1 и 2 не затрагивают каких-либо прав или обязательств по международному праву в отношении очистки, устранения, уничтожения или содержания минных полей, заминированных районов, мин, мин-ловушек, взрывоопасных боеприпасов и других устройств.

Принцип 17

Пережитки войны на море

Государствам и соответствующим международным организациям следует сотрудничать в обеспечении того, чтобы пережитки войны на море не представляли опасности для окружающей среды.

Принцип 18

Обмен информацией и предоставление к ней доступа

1. Для содействия восстановительным мерам после вооруженного конфликта государства и соответствующие международные организации обмениваются соответствующей информацией и предоставляют к ней доступ согласно своим обязательствам по международному праву.

2. Ничто в настоящем проекте принципа не обязывает государство или международную организацию обмениваться информацией, имеющей насущно важное значение для национальной обороны или безопасности, или предоставлять к ней доступ. Тем не менее это государство или международная организация добросовестно сотрудничают в целях предоставления как можно более полной в данных обстоятельствах информации.

2. Текст проектов принципов и комментариев к ним, в предварительном порядке принятый Комиссией на ее семидесятой сессии

218. Текст проектов принципов и комментариев к ним, в предварительном порядке принятый Комиссией на ее семидесятой сессии, воспроизводится ниже.

Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами

Принцип 4

Меры по усилению защиты окружающей среды

1. Государства во исполнение своих обязательств по международному праву принимают эффективные законодательные, административные, судебные и другие меры для усиления защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами.

2. Помимо этого, государствам следует принимать в надлежащих случаях дальнейшие меры для усиления защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами.

Комментарий

1) В проекте принципа 4 признается, что государства обязаны принимать эффективные меры для усиления защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами. Пункт 1 отсылает к обязательствам по международному праву, а пункт 2 побуждает государства добровольно принимать дальнейшие меры по такой защите. Выражение «для усиления защиты окружающей среды» в обоих пунктах согласуется с целью всего свода проектов принципов. Аналогичным образом выражение «в связи с вооруженными конфликтами», также содержащееся в обоих пунктах, призвано подчеркнуть связь защиты окружающей среды с вооруженным конфликтом.

2) В пункте 1 констатируется, что согласно международному праву государства обязаны усиливать защиту окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, и обозначаются меры, которые они должны для этого принимать. Обязательный характер этого требования вытекает из использования модального глагола «shall», который традиционно передается глаголом в настоящем времени в тексте на русском языке. Это требование оговаривается словами «во исполнение своих обязательств по международному праву», означающими, что от государств не ожидают принятия мер, которые выходят за рамки их существующих обязательств. Конкретные обязательства государства в соответствии с этим положением будут различаться в зависимости от того, каким именно обязательствами по международному праву оно связано.

3) Соответственно, пункт 1 сформулирован так, чтобы допускать широкую трактовку, охватывающую большой круг мер. В нем приводятся примеры мер, которые могут приниматься государствами, т. е. «законодательные, административные, судебные и другие меры». Этот перечень не является исчерпывающим, как на это указывает открытая категория «других мер». Напротив, они призваны привлечь внимание к наиболее важным видам мер, которые должны приниматься государствами.

4) Право вооруженных конфликтов налагает на государства ряд обязательств, которые прямо или косвенно направлены на усиление защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами. Тем не менее понятие «по международному праву» имеет более широкий характер и охватывает и другие соответствующие договорные или обычно правовые обязательства в отношении защиты окружающей среды до, во время или после вооруженного конфликта, вытекающие из международного природоохранного права, права прав человека и других отраслей права.

5) Если говорить о праве вооруженных конфликтов, то охране окружающей среды способствует обязательство знакомить с правом вооруженных конфликтов личный состав вооруженных сил и, по мере возможности, также гражданское население¹⁰⁹⁴. Соответствующее положение на этот счет содержится в статье 83 Дополнительного протокола I, согласно которой Высокие Договаривающиеся Стороны обязаны распространять информацию, в частности, о положениях статей 35 и 55¹⁰⁹⁵, среди своих сил. Это обязательство можно связать также с общей статьей 1 Женевских конвенций, в которой государства-участники обязуются при любых обстоятельствах

¹⁰⁹⁴ Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Конвенция I) (Женева, 12 августа 1949 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, № 970, с. 31, ст. 47; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (Конвенция II) (Женева, 12 августа 1949 года), *ibid.*, № 971, с. 85, ст. 48; Женевская конвенция об обращении с военнопленными (Конвенция III) (Женева, 12 августа 1949 года), *ibid.*, № 972, с. 135, ст. 127; Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (Конвенция IV) (Женева, 12 августа 1949 года), *ibid.*, № 973, с. 287, ст. 144; Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Дополнительный протокол I) (Женева, 8 июня 1977 года), *ibid.*, vol. 1125, № 17512, с. 3, ст. 83; Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Дополнительный протокол II) (Женева, 8 июня 1977 года), *ibid.*, № 17513, с. 609, ст. 19; Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся принятия дополнительной отличительной эмблемы (Дополнительный протокол III) (Женева, 8 декабря 2005 года), *ibid.*, vol. 2404, № 43425, с. 261, ст. 7; Конвенция о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие (Женева, 10 октября 1980 года), *ibid.*, vol. 1342, № 22495, с. 137, ст. 6. См. также J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law: Rules*, vol. I (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), rule 143, pp. 505–508.

¹⁰⁹⁵ Статья 35 Дополнительного протокола I гласит:

- «1. В случае любого вооруженного конфликта право сторон, находящихся в конфликте, выбирать методы или средства ведения войны не является неограниченным.
2. Запрещается применять оружие, снаряды, вещества и методы ведения военных действий, способные причинить излишние повреждения или излишние страдания.
3. Запрещается применять методы или средства ведения военных действий, которые имеют своей целью причинить или, как можно ожидать, причинят обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде».

Статья 55 гласит:

- «1. При ведении военных действий проявляется забота о защите природной среды от обширного, долговременного и серьезного ущерба. Такая защита включает запрещенное использование методов или средств ведения войны, которые имеют целью причинить или, как можно ожидать, причинят такой ущерб природной среде и тем самым нанесут ущерб здоровью или выживанию населения.
2. Причинение ущерба природной среде в качестве репрессалий запрещается».

соблюдать и заставлять соблюдать эти конвенции¹⁰⁹⁶. Такое ознакомление может осуществляться, например, путем включения соответствующей информации в военные наставления¹⁰⁹⁷, как это рекомендовано в подготовленных Международным комитетом Красного Креста (МККК) Руководящих принципах для военных уставов и инструкций по охране окружающей среды во время вооруженного конфликта¹⁰⁹⁸.

б) Кроме того, согласно толкованию общей статьи 1, она требует от государств, когда они в состоянии сделать это, использовать свое влияние для предотвращения и пресечения нарушений Женевских конвенций сторонами вооруженного конфликта¹⁰⁹⁹. Применительно к защите окружающей среды это могло бы предполагать, среди прочего, обмен научной информацией о характере ущерба, причиненного природной среде определенными видами оружия, или предоставление технических рекомендаций в отношении того, как обеспечить охрану зон особого экологического значения или уязвимости.

7) Статьей 36 Дополнительного протокола I предусматривается еще одно обязательство, а именно обязательство проводить «обзор вооружений». Согласно этому положению Высокая Договаривающаяся Сторона должна определить, подпадает ли применение нового вида оружия, при некоторых или при всех обстоятельствах, под запреты, содержащиеся в Дополнительном протоколе I или в любых других применимых нормах международного права¹¹⁰⁰. Следует отметить, что это обязательство распространяется на изучение, разработку, приобретение или принятие на вооружение всех средств или методов ведения войны: как самого оружия, так способа его возможного применения¹¹⁰¹. Согласно комментарию МККК к дополнительным протоколам, статья 36 «подразумевает обязательство установить внутренние процедуры в целях прояснения вопроса о законности». Известно, что ряд государств, включая государства, которые не являются участниками Дополнительного протокола I, создали такие процедуры¹¹⁰².

¹⁰⁹⁶ Женевская конвенция I, ст. 1; Женевская конвенция II, ст. 1; Женевская конвенция III, ст. 1; Женевская конвенция IV, ст. 1.

¹⁰⁹⁷ Примеры государств, поместивших такие положения в свои военные уставы и наставления, включают в себя Австралию, Аргентину, Бельгию, Бенин, Бурунди, Германию, Испанию, Италию, Канаду, Кению, Колумбию, Кот-д'Ивуар, Нидерланды, Новую Зеландию, Перу, Российскую Федерацию, Соединенное Королевство, Соединенные Штаты Америки, Того, Украину, Францию, Центральноафриканскую Республику, Чад, Швейцарию, Швецию и Южную Африку. Информация имеется по адресу https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule45 (дата обращения 7 мая 2018 года).

¹⁰⁹⁸ В Руководящих принципах для военных уставов и инструкций по охране окружающей среды во время вооруженных конфликтов (A/49/323, приложение) сказано (руководящий принцип 17), что: «государства распространяют знания об этих нормах, доводят их до сведения населения своих стран как можно шире и включают их в свои программы обучения военнослужащих и гражданского населения».

¹⁰⁹⁹ См. комментарий МККК (2016 года) к статье 1 Женевской конвенции I. В проведенном МККК исследовании обычного международного права дано более широкое толкование, согласно которому обязательство уважать и обеспечивать уважение не сводится к Женевским конвенциям, а касается всего свода международного гуманитарного права, которое обязательно для соблюдения данным конкретным государством (J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, eds., *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), p. 495, rule 139).

¹¹⁰⁰ Дополнительный протокол I, ст. 36.

¹¹⁰¹ C. Pilloud and J. Pictet, «Article 35: Basic rules», *ICRC Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Y. Sandoz, C. Swinarski and V. Zimmerman, eds. (Geneva, Martinus Nijhoff, 1987), p. 398, para. 1402. Комментарий к части «Статья 36. Новые виды оружия» содержит ссылку на этот раздел для получения дополнительных разъяснений относительно средств и методов на p. 425, para. 1472.

¹¹⁰² В число государств, которые располагают национальными механизмами для рассмотрения законности вооружений и которые предоставили в распоряжение МККК тексты законодательных положений о создании таких механизмов, входят Австралия, Бельгия, Германия, Дания, Канада, Нидерланды, Норвегия, Соединенное Королевство, Соединенные Штаты и Швеция. Другие государства сообщили МККК, что они проводят обзоры в

8) Обязательство по организации «обзора вооружений» связывает все Высокие Договаривающиеся Стороны Дополнительного протокола I. Ссылка на «какие-либо другие нормы международного права» ясно дает понять, что обязательство не ограничивается простым изучением вопроса о том, будет ли применение оружия определенного вида противоречить праву вооруженных конфликтов. Оно предполагает, во-первых, проверку того, будет ли применение нового оружия, средства или метода ведения войны, при некоторых или при всех обстоятельствах, подпадать под запрещения в Дополнительном протоколе I, включая его статьи 35 и 55, которые имеют непосредственное отношение к защите окружающей среды. Во-вторых, не ограничиваясь Дополнительным протоколом I, необходимо проанализировать, не могут ли какие-либо другие нормы договорного или обычного права вооруженных конфликтов или каких-либо других областей международного права запрещать применение нового оружия, средства или метода ведения войны. В ходе такого рассмотрения необходимо учитывать, в частности, любое применимое международное право охраны окружающей среды и обязательства в области прав человека¹¹⁰³.

9) Хотя Дополнительный протокол I применяется только к международным вооруженным конфликтам, обзор вооружений, предусмотренный в статье 36, также поощряет соблюдение права в ходе вооруженных конфликтов немеждународного характера. Кроме того, применение оружия неизбирательного действия и средств или методов ведения войны, способных причинить чрезмерные повреждения или ненужные страдания, запрещается обычным международным правом¹¹⁰⁴. Сфера действия этих норм не ограничивается только международными вооруженными конфликтами¹¹⁰⁵. Из этого следует, что новое оружие, а также методы ведения войны должны рассматриваться на предмет соответствия всему применимому международному праву, включая право, регулирующее вооруженные конфликты немеждународного характера, в частности в том, что касается защиты гражданского населения и принципа избирательности. Обязательство не применять вооружения, средства или методы ведения войны заведомо неизбирательного характера косвенно затрагивает защиту окружающей среды в ситуациях немеждународного вооруженного конфликта. Кроме того, должны соблюдаться предусмотренные специальными договорами запреты определенных видов оружия (например, биологического и химического), которые могут причинить серьезный экологический ущерб.

10) Государства несут также обязательство по эффективному осуществлению своей юрисдикции и преследованию в судебном порядке лиц, подозреваемых в совершении определенных военных преступлений, которые имеют отношение к защите окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, если такие преступления

соответствии с инструкциями министерства обороны, однако тексты этих инструкций не были предоставлены. Информация, полученная от МККК 31 декабря 2017 года.

¹¹⁰³ Некоторые государства, такие как Соединенное Королевство, Швейцария и Швеция считают уместным рассмотрение международного права прав человека в ходе обзора вооружений, поскольку личный состав в некоторых ситуациях (например, в рамках операций по поддержанию мира) может использовать это оружие для выполнения функций по охране порядка. См. также S. Casey-Maslen, N. Corney and A. Dymond-Bass, «The review of weapons under international humanitarian law and human rights law», *Weapons under International Human Rights Law*, Casey-Maslen, ed. (Cambridge University Press, Cambridge, 2014).

¹¹⁰⁴ Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, rules 70 and 71, pp. 237–250.

¹¹⁰⁵ В соответствии с обычной нормой, согласно которой гражданские лица не должны являться объектом нападения, вооружения, которые по своему характеру являются неизбирательными, также запрещены в ходе вооруженных конфликтов немеждународного характера. Запрещение неизбирательного по своему характеру оружия также содержится в ряде военных наставлений, применимых к немеждународным вооруженным конфликтам, например в Австралии, Германии, Колумбии, Нигерии, Республике Корея и Эквадоре. Информация имеется по адресу https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule71#Fn_1_19 (дата обращения 8 мая 2018 года).

подпадают под категорию серьезных нарушений Женевских конвенций¹¹⁰⁶. Примеры серьезных нарушений, пресечение которых обеспечивает косвенную защиту некоторых компонентов природной среды, включают в себя преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья людям, нанесение ущерба их здоровью и крупномасштабное уничтожение и присвоение имущества, не оправданные военной необходимостью и осуществляемые произвольно и незаконно.

11) Еще одно договорное обязательство государств состоит в их обязанности составлять карты создаваемых ими минных заграждений для облегчения в будущем работ по обезвреживанию наземных мин¹¹⁰⁷.

12) Пункт 2 этого проекта принципа посвящен добровольным мерам, которые способны дополнительно усилить защиту окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами. По этой причине данный пункт имеет менее строгую формулировку, и это различие выражается с помощью слова «следует». Слова «[п]омимо этого» и «дальнейшие меры» указывают на то, что данное положение выходит за рамки мер, которые государства принимают в соответствии со своими обязательствами по международному праву, которым посвящен пункт 1. Как и меры, упомянутые в пункте 1, меры, принимаемые государствами, могут быть законодательного, судебного, административного или другого характера. Кроме того, они могли бы включать в себя специальные соглашения, предусматривающие дополнительную защиту окружающей среды в ситуациях вооруженных конфликтов¹¹⁰⁸.

13) Помимо того, чтобы побуждать государства принимать добровольные меры для усиления защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами сверх их текущих обязательств по международному праву, данный пункт отражает последние тенденции в практике государств в этой области¹¹⁰⁹. Одним из примеров того, как государства могут содействовать дальнейшему прогрессу в этом направлении, служит включение более четких указаний по поводу защиты окружающей среды в их воинские наставления¹¹¹⁰. Такие указания, например, могут касаться подготовки военнослужащих, участвующих в миротворческих операциях, по экологическим аспектам конкретной операции, а также проведения оценок состояния окружающей среды¹¹¹¹. К числу других мер, которые следует принимать государствам, могут

¹¹⁰⁶ Женевская конвенция I, ст. 49; Женевская конвенция II, ст. 50; Женевская конвенция III, ст. 129; Женевская конвенция IV, ст. 146.

¹¹⁰⁷ См., например, пересмотренный Протокол II о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств с поправками от 3 мая 1996 года (Протокол II с поправками, внесенными 3 мая 1996 года), прилагаемый к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие (Женева, 3 мая 1996 года) (далее – «измененный Протокол II к Конвенции о конкретных видах обычного оружия»), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2048, № 22495, p. 93.

¹¹⁰⁸ Относительно специальных соглашений см. Женевскую конвенцию I, ст. 6; Женевскую конвенцию II, ст. 6; Женевскую конвенцию III, ст. 6; Женевскую конвенцию IV, ст. 7. См. также общую ст. 3 Женевских конвенций.

¹¹⁰⁹ См., например, Словения, Правила службы в вооруженных силах Словении, положение 210; Парагвай, Национальный совет по делам обороны, *Национальная оборонная политика Республики Парагвай*, 7 октября 1999 года, п. I (A); и Нидерланды, вербальная нота Постоянного представительства Нидерландов при Организации Объединенных Наций от 20 апреля 2016 года в адрес Секретариата, п. 5. См. также материалы, представленные в Шестой комитет Хорватией (A/C.6/70/SR.24, п. 89), Кубой (там же, п. 10), Чешской Республикой (там же, п. 45), Новой Зеландией (A/C.6/70/SR.25, п. 102) и Палау (там же, п. 27).

¹¹¹⁰ Государства, которые пошли по этому пути, включают в себя Австралию, Бурунди, Камерун, Кот-д'Ивуар, Нидерланды, Республику Корея, Соединенное Королевство, Соединенные Штаты, Украину и Швейцарию. Информация имеется по адресу https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule44 (дата обращения 8 мая 2018 года). Дополнительные примеры см. A/CN.4/685, pp. 69–76, и A/CN.4/700, п. 52.

¹¹¹¹ См. на веб-сайте Программы Организации Объединенных Наций по окружающей среде (ЮНЕП) информацию относительно посткризисного восстановления окружающей среды по адресу www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/recovery.

относиться меры по укреплению сотрудничества с другими государствами или, в зависимости от обстоятельств, международными организациями.

14) Общая тенденция, стремление закрепить и развить которую отражено в пункте 2, также прослеживается в практике международных организаций. Одним из примеров такой практики служит инициатива Организации Объединенных Наций под названием «Экологизация деятельности миротворцев», которая задумана как программа надлежащего и устойчивого природопользования¹¹¹². Другой пример этой тенденции – это совместный программный документ по экологической политике, разработанный Департаментом операций по поддержанию мира и Департаментом полевой поддержки. Данный документ предусматривает обязательства по проведению исследований исходного состояния окружающей среды и соблюдению ряда многосторонних природоохранных соглашений. Внимание обращается на такие договоры и декларации, как Декларация Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды (Стокгольмская декларация)¹¹¹³, Всемирная хартия природы¹¹¹⁴, Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения¹¹¹⁵, Конвенция о биологическом разнообразии¹¹¹⁶ и Конвенция о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местобитаний водоплавающих птиц (Рамсарская конвенция)¹¹¹⁷, в качестве стандартов, на которые необходимо ориентироваться при постановке перед миссией экологических целей и разработке соответствующих процедур¹¹¹⁸.

Принцип 6

Защита окружающей среды на территориях проживания коренных народов

1. В случае вооруженного конфликта государствам следует принимать надлежащие меры для защиты окружающей среды на территориях проживания коренных народов.
2. После вооруженного конфликта, отрицательно повлиявшего на окружающую среду на территориях проживания коренных народов, государствам следует проводить эффективные консультации и осуществлять эффективное сотрудничество с соответствующими коренными народами посредством надлежащих процедур, и в частности через их собственные представительные институты, с целью принятия восстановительных мер.

Комментарий

1) В проекте принципа 6 признается, что государствам в силу существования особой связи между коренными народами и окружающей их средой следует принимать соответствующие меры по защите такой среды в связи с вооруженными конфликтами. В нем признается также, что в тех случаях, когда вооруженный конфликт оказывает отрицательное воздействие на окружающую среду на территориях проживания коренных народов, государствам следует стремиться к

¹¹¹² UNEP, *Greening the Blue Helmets Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations* (Nairobi, 2012).

¹¹¹³ *Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды (A/CONF.48/14/Rev.1)*; Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.73.П.А.14), гл. I.

¹¹¹⁴ Резолюция 37/7 Генеральной Ассамблеи от 28 октября 1982 года, приложение.

¹¹¹⁵ Открыта для подписания, Вашингтон, 3 марта 1975 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, № 14537, p. 243.

¹¹¹⁶ Конвенция о биологическом разнообразии (Рио-де-Жанейро, 5 июня 1992 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1760, № 30619, p. 79.

¹¹¹⁷ Рамсар, 2 февраля 1971 года. United Nations, *Treaty Series*, vol. 994, № 14583, p. 245.

¹¹¹⁸ Организация Объединенных Наций, Департамент операций по поддержанию мира и Департамент полевой поддержки, «Руководящие принципы в области окружающей среды для полевых миссий Организации Объединенных Наций», 24 июля 2009 года. См. также веб-сайт Департамента полевой поддержки <https://fieldsupport.un.org/en/environment>.

принятию восстановительных мер. В свете наличия особой связи между коренными народами и окружающей их средой эти шаги должны предприниматься таким образом, чтобы предусматривать консультации и сотрудничество с такими народами при уважении такой их связи и привлечении к этим процессам их собственных лидеров и их представительных структур.

2) Особая связь между коренными народами и окружающей их средой признается, защищается и закрепляется в таких международных инструментах, как Конвенция о коренных и племенных народах, 1989 (№ 169) Международной организации труда и Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов¹¹¹⁹, а также в практике государств и в решениях международных судов и трибуналов. Исходя из этого было признано, что земли коренных народов имеют «основополагающее значение для их коллективного физического и культурного выживания как народов»¹¹²⁰.

3) Пункт 1 основан, в частности, на пункте 1 статьи 29 Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, в которой провозглашается право коренных народов «на сохранение и охрану окружающей среды и производительной способности их земель или территорий и ресурсов»¹¹²¹, и пункте 4 статьи 7 Конвенции МОТ о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, 1989 (№ 169), в котором признается, что «в сотрудничестве с соответствующими народами правительства осуществляют меры по защите и сохранению окружающей среды территорий, которые они заселяют».

4) В разных государствах конкретные права коренных народов на некоторые земли или территории могут регулироваться разными правовыми режимами. Кроме того, в международных инструментах, касающихся прав коренных народов, используются разные формулировки для указания на земли или территории, которые связаны с коренными народами и в отношении которых они имеют различные права и защищаемый статус¹¹²².

¹¹¹⁹ См. Международную организацию труда (МОТ), Конвенция о коренных и других народах, ведущих племенной образ жизни, в независимых странах (Женева, 27 июня 1989 года) (Конвенция о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, 1989 (№ 169)), которая заменила Конвенцию о коренном и племенном населении, 1957 (№ 107); Декларацию Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, резолюция 61/295 Генеральной Ассамблеи от 13 сентября 2007 года, приложение, ст. 26. Подробная информация об осуществлении прав коренных народов в связи с окружающей средой и природными ресурсами содержится в докладах Специального докладчика по вопросу о правах коренных народов и Специального докладчика по вопросу о правах человека и окружающей среде (ранее Независимый эксперт по вопросу о правах человека и окружающей среде) (см., например, [A/HRC/15/37](#) и [A/HRC/4/32](#) соответственно).

¹¹²⁰ См., например, дело *Rio Negro Massacres v. Guatemala* (дело о массовых убийствах, *Деревня Рио-Негро против Гватемалы*), по которому Суд заявил, что «культура членов общин коренного населения соотносится со спецификой их бытия, взглядов и действий в мире, построенном на базе их тесной связи с их традиционными землями и природными ресурсами, не только потому, что они являются их главными источниками существования, но и потому, что они служат неотъемлемыми составляющими их мировоззрения, религиозных верований и, следовательно, их культурной самобытности». *Rio Negro Massacres v. Guatemala*, Judgment (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), Series C, Case № 250, 4 September 2012, para. 177, footnote 266. С.ф. *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment (Merits, Reparations and Costs), Series C, Case № 125, 17 June 2005, para. 135, and *Case of Chitay Nech et al. v. Guatemala*, Judgment (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Series C, Case № 212, 25 May 2010, para. 147, footnote 160.

¹¹²¹ См. также Американскую декларацию о правах коренных народов, принятую 15 июня 2016 года Генеральной ассамблеей Организации американских государств, *Report of the Forty-Sixth Regular Session, Santo Domingo, Dominican Republic, June 13-15, 2016*, XLVI-O.2, *Proceedings*, vol. I, resolution AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), art. XIX, para. 4.

¹¹²² См., напр.: «землями или территориями – или с тем и другим, в зависимости от обстоятельств, – которые они занимают или используют иным образом» в пункте 1 статьи 13 Конвенции МОТ о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни,

5) Вооруженный конфликт может сделать соответствующие территории более уязвимыми для экологического ущерба или причинить таким территориям экологический ущерб нового типа, повлияв, таким образом, на выживание и благополучие связанных с ними народов. В соответствии с пунктом 1 в случае вооруженного конфликта государствам следует принимать надлежащие меры по содействию сохранению связи коренных народов с их исконными землями. Надлежащие защитные меры, о которых говорится в пункте 1, могут быть приняты, в частности, до или во время вооруженного конфликта. Формулировка пункта оставляет достаточно места для интерпретации, чтобы ее можно было распространять на меры, корректируемые с учетом обстоятельств.

6) Например, соответствующему государству следует принимать меры для обеспечения того, чтобы военные действия не велись на землях или территориях коренных народов, если это не оправдывается соответствующими государственными интересами или иным образом не делается на основании свободного волеизъявления или по просьбе соответствующих коренных народов¹¹²³. Это может быть достигнуто путем запрета на размещение военных сооружений на землях или территориях коренных народов или объявления их территорий охраняемыми районами, как это предусмотрено в проекте принципа 5. Как правило, соответствующему государству следует проводить эффективные консультации с соответствующими коренными народами перед использованием их земель или территорий для военной деятельности¹¹²⁴. Во время вооруженного конфликта права, земли и территории коренных народов также находятся под защитой, предусмотренной правом вооруженных конфликтов и применимым правом прав человека¹¹²⁵.

7) Пункт 2 касается этапа, когда вооруженный конфликт уже завершился. Цель этого положения – содействовать принятию восстановительных мер в случае вооруженного конфликта, отрицательно повлиявшего на окружающую среду на территориях проживания коренных народов¹¹²⁶. Он направлен на обеспечение права

1989 год (№ 169), или «земли, территории и ресурсы» в преамбуле к Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов.

¹¹²³ См. Декларацию Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, ст. 30:

- «1. Военная деятельность на землях или территориях коренных народов не проводится, за исключением случаев, когда ее проведение оправдано наличием соответствующих государственных интересов или в ее отношении имеются иным образом свободно выраженное согласие или просьба со стороны соответствующих коренных народов.
2. Перед использованием земель или территорий коренных народов для военной деятельности государства проводят эффективные консультации с заинтересованными коренными народами посредством надлежащих процедур, и в частности через их представительные институты».

¹¹²⁴ Там же.

¹¹²⁵ См. Американскую декларацию о правах коренных народов, ст. XXX, пп. 3 и 4 которой гласят:

- «3. Коренные народы имеют право на защиту и безопасность в ситуациях или в периоды внутренних или международных вооруженных конфликтов в соответствии с нормами международного гуманитарного права.
4. Государства, в соответствии с международными соглашениями, участниками которых они являются, в частности международным гуманитарным правом и международным правом прав человека, включая Женевскую конвенцию о защите гражданского населения во время войны и Протокол II к ней, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера, в случае вооруженных конфликтов принимают адекватные меры для защиты прав человека, институтов, земель, территорий и ресурсов коренных народов и их общин [...]».

¹¹²⁶ Согласно ст. 28 Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов «коренные народы имеют право на возмещение при помощи средств, которые могут включать в себя реституцию или, когда это не представляется возможным, в виде справедливой и сбалансированной компенсации за земли, территории и ресурсы, которыми они традиционно владели или которые они иным образом занимали или использовали и которые были конфискованы, отчуждены, заняты, использованы или которым был нанесен ущерб без их свободного, предварительного и осознанного согласия». Аналогичным образом в ст. XXXIII Американской декларации о правах коренных народов сказано: «коренные народы и жители имеют право на эффективные и надлежащие средства правовой защиты, включая оперативные

коренных народов на участие в решении вопросов, связанных с их территориями, в постконфликтном контексте с упором на государства как субъектов, о которых идет речь в этом пункте.

8) В таком случае соответствующим государствам следует проводить эффективные консультации и сотрудничать с заинтересованными коренными народами посредством надлежащих процедур, и в частности через их представительные институты. Государствам следует учитывать особый характер связи между коренными народами и их территориями – в ее социальных, политических, духовных, культурных и других аспектах. Кроме того, государствам следует учитывать, что эта связь зачастую носит «коллективный» характер¹¹²⁷.

9) Необходимость действовать с использованием надлежащих процедур и представительных институтов коренных народов была включена для признания разнообразия в разных государствах процедур, которые предусматривают проведение эффективных консультаций и сотрудничество с коренными народами, и разнообразия форм их представительства, с тем чтобы заручиться их свободным, предварительным и информированным согласием до принятия мер, которые могут их затрагивать¹¹²⁸.

Принцип 7

Соглашения относительно присутствия военных сил в связи с вооруженными конфликтами

Государствам и международным организациям следует в надлежащих случаях включать положения о защите окружающей среды в соглашения относительно присутствия военных сил в связи с вооруженными конфликтами. Такие положения могут включать в себя превентивные меры, оценки воздействия и меры по восстановлению и очистке.

Комментарий

1) Проект принципа 7 касается соглашений относительно присутствия военных сил в связи с вооруженными конфликтами, заключаемых между государствами, а также между государствами и международными организациями. Выражение «в связи с вооруженными конфликтами» подчеркивает цель проекта принципов, заключающуюся в усилении защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами. Таким образом, это положение не распространяется на ситуации, когда развертывание военных сил происходит без какой-либо связи с вооруженным конфликтом, поскольку такие ситуации не входят в сферу охвата данной темы.

2) В проекте принципа выражение «соглашения относительно присутствия военных сил в связи с вооруженными конфликтами» используется в качестве родового понятия. Конкретное название и цель таких соглашений могут различаться и могут, в зависимости от конкретных обстоятельств, включать в себя соглашения о статусе сил и соглашения о статусе миссии (ССС и ССМ). Этот проект принципа призван отразить

средства судебной защиты, для устранения последствий любых нарушений их коллективных и индивидуальных прав. Государства, при полном и эффективном участии коренных народов, предоставляют необходимые механизмы для осуществления этого права».

¹¹²⁷ Например, см. ст. 13 Конвенции МОТ о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, 1989 (№ 169), где сказано, что «при применении положений данного раздела Конвенции правительства учитывают особую важность для культуры и духовных ценностей соответствующих народов их связи с землями или территориями, – или с тем и другим, в зависимости от обстоятельств, – которые они занимают или используют иным образом, и в особенности важность коллективных аспектов этой связи». Несмотря на то, что это положение конкретно касается применения данной Конвенции, в нем прямо отмечается важность коллективных аспектов этой связи коренных народов с их землями или территориями.

¹¹²⁸ См., напр.: Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, ст. 19. Межамериканский суд по правам человека предусмотрел гарантии, требующие от государств получения «свободного, предварительного и осознанного согласия [коренных народов] в соответствии с их обычаями и традициями». См. *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Judgment (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Series C, № 172, 28 November 2007, para. 134.

недавнюю тенденцию, когда государства и международные организации начинают включать вопросы защиты окружающей среды в соглашения о присутствии военных сил, заключаемые ими с принимающими государствами¹¹²⁹. Слово «следует» указывает на то, что это положение, не будучи обязательным, направлено на признание и поощрение такой тенденции.

3) Примером соглашений о присутствии военных сил в связи с вооруженными конфликтами, которые включают в себя положения о защите окружающей среды, служит, в частности, соглашение между Соединенными Штатами и Ираком о выводе сил Соединенных Штатов из Ирака, которое содержит конкретное положение о защите окружающей среды¹¹³⁰. Другой пример – это соглашение о статусе сил между Организацией Североатлантического договора (НАТО) и Афганистаном, в котором стороны договорились применять превентивный подход к защите окружающей среды¹¹³¹. Ряд ссылок на обязательства по защите окружающей среды содержится в соглашении о статусе миссий в рамках Европейской политики в области безопасности и обороны¹¹³². Соответствующая договорная практика также включает в себя соглашение между Германией и другими государствами НАТО, в котором говорится о необходимости выявлять, анализировать и оценивать потенциальные экологические последствия во избежание нагрузки на окружающую среду¹¹³³. Кроме того, несколько положений о защите окружающей среды содержатся в меморандуме о специальной договоренности между Соединенными Штатами и Республикой Корея¹¹³⁴. Можно сослаться также на договоренности о кратковременном присутствии иностранных вооруженных сил в странах для учений, транзита по суше или прохождения подготовки¹¹³⁵.

- ¹¹²⁹ Соглашение между Европейским союзом и бывшей югославской Республикой Македония о статусе сил под руководством Европейского союза в бывшей югославской Республике Македония (*Official Journal* L 082, 29/03/2003 P. 0046 – 0051, annex; далее – «Соглашение о статусе сил "Конкордия"») предусматривает в ст. 9 обязанность соблюдать международные нормы, касающиеся, в частности, устойчивого использования природных ресурсов. См. Agreement between the European Union and the Former Yugoslav Republic of Macedonia on the status of the European Union-led forces in the Former Yugoslav Republic of Macedonia, URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22003A0329\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22003A0329(01)) (дата обращения 7 мая 2018 года).
- ¹¹³⁰ Agreement between the United States of America and the Republic of Iraq on the Withdrawal of United States Forces from Iraq and the Organization of Their Activities during their Temporary Presence in Iraq (Baghdad, 17 November 2008), art. 8 (далее – «Соглашение между Соединенными Штатами и Ираком»). URL: www.state.gov/documents/organization/122074.pdf.
- ¹¹³¹ Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO personnel conducting mutually agreed NATO-led activities in Afghanistan (Kabul, 30 September 2014), *International Legal Materials*, vol. 54, pp. 272–305, art. 5, para. 6, art. 6, para. 1, and art. 7, para. 2.
- ¹¹³² Agreement between the Member States of the European Union concerning the status of military and civilian staff seconded to the institutions of the European Union, of the headquarters and forces which may be made available to the European Union in the context of the preparation and execution of the tasks referred to in Article 17(2) of the Treaty on European Union, including exercises, and of the military and civilian staff of the Member States put at the disposal of the European Union to act in this context (EU SOFA) (Brussels, 17 November 2003). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A42003A1231%2801%29> (дата обращения 7 мая 2018 года).
- ¹¹³³ Agreement to Supplement the Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces with respect to Foreign Forces stationed in the Federal Republic of Germany (Bonn, 3 August 1959), United Nations, *Treaty Series*, vol. 481, № 6986, p. 329, amended by the Agreements of 21 October 1971 and 18 March 1993 (далее – «Соглашение между НАТО и Германией»), art. 54A. См. также Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces of 19 June 1951, art. XV.
- ¹¹³⁴ Memorandum of Special Understandings on Environmental Protection, concluded between the United States and the Republic of Korea (Seoul, 18 January 2001) (далее – «Меморандум между Соединенными Штатами и Республикой Корея»). URL: www.usfk.mil/Portals/105/Documents/SOFA/A12_MOSU.Environmental.Protection.pdf.
- ¹¹³⁵ См., напр.: Memorandum of Understanding between Finland and NATO regarding the provision of host nation support for the execution of NATO operations/exercises/similar military activity (4 September 2014), URL: www.defmin.fi/files/2898/HNS_MOU_FINLAND.pdf,

4) Можно сослаться и на другие соглашения, в том числе о присутствии военных сил, которые не связаны напрямую с вооруженными конфликтами, включая соглашение о статусе сил между Соединенными Штатами и Австралией, где содержится соответствующее положение в отношении требований о возмещении ущерба¹¹³⁶, а также расширенное соглашение о сотрудничестве в области обороны между Соединенными Штатами и Филиппинами, где содержатся положения, направленные на предотвращение ущерба окружающей среде, и предусматривается процесс обзора¹¹³⁷.

5) Этот проект принципа также содержит неисчерпывающий перечень положений об охране окружающей среды, которые могут включаться в соглашения о присутствии военных сил в связи с вооруженными конфликтами. Так, во втором предложении этого проекта принципа упоминаются «превентивные меры, оценки воздействия и меры по восстановлению и очистке» в качестве примеров того, чего могут касаться положения о защите окружающей среды. Присутствие военных сил может создавать риск отрицательного воздействия на окружающую среду¹¹³⁸. Чтобы избежать, насколько это возможно, такого отрицательного воздействия, большое значение имеют меры превентивного характера. Оценки воздействия необходимы для определения того, какого типа меры по восстановлению и очистке могут понадобиться по завершении присутствия военных сил.

6) Меры, упомянутые в проекте принципа, могут затрагивать целый ряд соответствующих аспектов. Некоторые конкретные примеры, которые заслуживают особого упоминания, поскольку они отражены в договорной практике, включают в себя: признание важности защиты окружающей среды, включая предотвращение загрязнения на объектах и территориях, предоставленных направляющему войска государству¹¹³⁹, договоренность о том, что при осуществлении соглашения будет обеспечиваться защита окружающей среды¹¹⁴⁰, сотрудничество и обмен информацией между принимающим войска государством и направляющим государством по вопросам, которые могут повлиять на здоровье и условия жизни граждан¹¹⁴¹, меры по предотвращению экологического ущерба¹¹⁴², периодические оценки результативности экологической деятельности¹¹⁴³, проведение обзоров¹¹⁴⁴, применение природоохранного законодательства принимающего государства¹¹⁴⁵ или, аналогично этому, обязательство посылающего войска государства соблюдать природоохранные законы, правила и стандарты принимающего государства¹¹⁴⁶, обязанность соблюдать

reference HE 82/2014. Согласно ст. 5.3 g) направляющие войска государства должны соблюдать экологическое законодательство принимающей страны, а также любые положения принимающей страны о хранении, перевозке или удалении опасных материалов.

¹¹³⁶ Agreement concerning the Status of United States Forces in Australia (Canberra, 9 May 1963), United Nations, *Treaty Series*, vol. 469, № 6784, p. 55 (далее – «Соглашение между Соединенными Штатами и Австралией»), art. 12, para. 7 (e) (i).

¹¹³⁷ Agreement between the Philippines and the United States on enhanced defense cooperation (Quezon City, 28 April 2014) (далее – «Соглашение между Соединенными Штатами и Филиппинами»). URL: www.officialgazette.gov.ph/2014/04/29/document-enhanced-defense-cooperation-agreement/.

¹¹³⁸ См., напр.: D.L. Shelton and I. Cutting, «If you break it, do you own it?», *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 6 (2015), pp. 201–246, at pp. 210–211, and J. Taylor, «Environment and security conflicts: The U.S. Military in Okinawa», *The Geographical Bulletin*, vol. 48 (2007), pp. 6–7.

¹¹³⁹ См. Меморандум между Соединенными Штатами и Республикой Корея.

¹¹⁴⁰ См. Соглашение между Соединенными Штатами и Ираком, ст. 8.

¹¹⁴¹ См. Меморандум между Соединенными Штатами и Республикой Корея.

¹¹⁴² См. Соглашение между Соединенными Штатами и Филиппинами, ст. IX, п. 3, и Соглашение между НАТО и Германией, ст. 54А.

¹¹⁴³ Эти оценки могут содействовать выявлению и оценке экологических аспектов операции и могут сопровождаться обязательствами относительно планирования, программирования и финансирования соответствующей деятельности, как это имеет место в случае Меморандума между Соединенными Штатами и Республикой Корея.

¹¹⁴⁴ См. Соглашение между Соединенными Штатами и Филиппинами, ст. IX, п. 2.

¹¹⁴⁵ См. Соглашение между НАТО и Германией, ст. 54А, и Соглашение между Соединенными Штатами и Австралией, ст. 12, п. 7 e) i).

¹¹⁴⁶ См. Соглашение между Соединенными Штатами и Ираком, ст. 8.

международные нормы, касающиеся устойчивого использования природных ресурсов¹¹⁴⁷, принятие восстановительных мер в тех случаях, когда негативные последствия неизбежны¹¹⁴⁸, и определение порядка урегулирования требований о возмещении экологического ущерба¹¹⁴⁹.

7) Выражение «в надлежащих случаях» включено в текст по двум различным соображениям. Во-первых, соглашения относительно присутствия военных сил в связи с вооруженными конфликтами иногда заключаются в ситуациях повышенной срочности, когда рассмотрение вопросов, связанных с защитой окружающей среды, может оказаться невозможным. Во-вторых, включение в такое соглашение положений о защите окружающей среды иногда может иметь особо важное значение. Например, может возникнуть ситуация, при которой присутствием вооруженных сил будет затронута какая-либо охраняемая зона. Таким образом, выражение «в надлежащих случаях» привносит в это положение элемент гибкости и позволяет учесть различные ситуации.

Принцип 8 **Операции по содействию миру**

Государства и международные организации, участвующие в операциях по содействию миру в связи с вооруженными конфликтами, учитывают воздействие таких операций на окружающую среду и принимают надлежащие меры для предотвращения, смягчения и устранения их негативных экологических последствий.

Комментарий

1) Операции по содействию миру могут быть связаны с вооруженными конфликтами самыми разными способами. В прошлом развертывание многих операций по содействию миру происходило после окончания военных действий и подписания мирного соглашения¹¹⁵⁰. Как отметила Независимая группа высокого уровня по миротворческим операциям, сегодня многие миссии действуют в условиях, когда такие политические соглашения отсутствуют или усилия по их заключению не увенчались успехом¹¹⁵¹. Кроме того, современные миссии Организации Объединенных Наций по поддержанию мира носят многоаспектный характер и охватывают целый комплекс мероприятий в области миростроительства от обеспечения безопасных условий до мониторинга соблюдения прав человека или восстановления потенциала государственного управления¹¹⁵². Их мандаты распространяются также на защиту гражданского населения¹¹⁵³. Проект принципа 8 призван охватить все такие операции

¹¹⁴⁷ Как это сделано в статье 9 соглашения о статусе сил «Конкордия».

¹¹⁴⁸ См. Соглашение между НАТО и Германией, ст. 54А.

¹¹⁴⁹ См. Соглашение между НАТО и Германией, ст. 41, и Соглашение между Соединенными Штатами и Австралией, ст. 12, п. 7 е) i).

¹¹⁵⁰ Доклад Независимой группы высокого уровня по миротворческим операциям «Объединяя наши силы в интересах мира: политические решения, партнерские связи и люди» (в документе [A/70/95-S/2015/446](#)), п. 23.

¹¹⁵¹ Там же.

¹¹⁵² V. Holt and G. Taylor, *Protecting Civilians in the Context of UN Peacekeeping Operations: Successes, Setbacks and Remaining Challenges*, независимое исследование по заказу Департамента операций по поддержанию мира и Управления по координации гуманитарных вопросов (United Nations publication, Sales № E.10.III.M.1), pp. 2–3.

¹¹⁵³ См., например, мандаты следующих миссий под руководством Организации Объединенных Наций, содержащиеся в резолюциях Совета Безопасности: Миссия Организации Объединенных Наций в Сьерра-Леоне (МООНСЛ) (1289 (2000)); Миссия наблюдателей Организации Объединенных Наций в Демократической Республике Конго (МНООНДРК) (1291 (2000)); Миссия Организации Объединенных Наций в Либерии (1509 (2003) и 2215 (2015)); Операция Организации Объединенных Наций в Бурунди (ОНЮБ) (1545 (2004)); Миссия Организации Объединенных Наций по стабилизации в Гаити (МООНСГ) (1542 (2004)); Операция Организации Объединенных Наций в Кот-д'Ивуаре (ООНКИ) (1528 (2004) и 2226 (2015)); Миссия Организации Объединенных Наций в Судане (МООНВС) (1590 (2005)); Смешанная операция Африканского союза – Организации

по содействию миру, которые могут затрагивать самые разные стороны или аспекты вооруженного конфликта и различаться по своей продолжительности.

2) Слова «в связи с вооруженными конфликтами» очерчивают сферу охвата проекта принципа. Они ясно указывают на связь с вооруженным конфликтом, с тем чтобы избежать слишком широкого толкования обязательств (как, например, потенциально применяющихся в отношении всех действий международной организации, связанных с поощрением мира). Хотя этот термин следует понимать в широком значении в контексте этого проекта принципа, надо признать, что не все такие операции имеют прямую связь с вооруженными конфликтами.

3) Настоящий проект принципа охватывает ситуации, при которых в операциях по содействию миру, связанных с вооруженными конфликтами, участвуют государства и международные организации и где могут быть задействованы группы различных акторов. Все они будут оказывать известное воздействие на окружающую среду. Например, Департамент операций по поддержанию мира и Департамент полевой поддержки признают потенциальную возможность нанесения операциями по содействию миру ущерба окружающей среде на местах¹¹⁵⁴.

4) Экологическое воздействие операции по содействию миру может начинаться на этапе планирования и продолжаться на протяжении всей основной части операции вплоть до постоперационного этапа. Желаемая цель – добиться проведения операций по содействию миру таким образом, чтобы оказывать минимальное воздействие на окружающую среду. Поэтому проект принципа касается действий, которые следует предпринимать в случае, если операция по содействию миру может оказать негативное воздействие на окружающую среду. В то же время предполагается, что «надлежащие» меры, которые надлежит при этом принимать, могут различаться в зависимости от контекста операции. Соответствующие соображения могут включать в себя, в частности, фазу, к которой эти меры относятся: до, во время или после вооруженного конфликта, и вопрос о том, какие меры реальны в сложившихся обстоятельствах.

5) Проект принципа отражает растущее признание государствами и международными организациями, такими как Организация Объединенных Наций, Европейский союз¹¹⁵⁵ и НАТО¹¹⁵⁶, необходимости учитывать экологическое воздействие операций по содействию миру и принимать надлежащие меры для предотвращения, смягчения и устранения негативных последствий. Например, в некоторых полевых миссиях Организации Объединенных Наций действуют специальные подразделения по охране окружающей среды, занимающиеся разработкой и осуществлением экологической политики с учетом специфики этих конкретных миссий и контролем за соблюдением экологических требований¹¹⁵⁷.

6) Какое-либо четкое и однозначное определение «операции по содействию миру» в существующем международном праве отсутствует, и проект принципа в целом охватывает все такие операции по содействию миру, которые связаны с вооруженными конфликтами. В Повестке дня для мира подчеркивается, что «миротворчество» – это действия, направленные на то, чтобы склонить враждующие

Объединенных Наций в Дарфуре (ЮНАМИД) (1769 (2007)); и Миссия Организации Объединенных Наций в Центральноафриканской Республике и Чаде (МИНУРКАТ) (1861 (2009)).

¹¹⁵⁴ См. United Nations, Department of Peacekeeping Operations and the Department of Field Support, «DFS Environment Strategy» (2017). URL: https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/171116_dfs_exec_summary_environment_0.pdf (дата обращения 8 мая 2018 года). Эта стратегия дополняется природоохранной политикой и руководящими природоохранными принципами для полевых миссий Организации Объединенных Наций (см. сноску 1118 выше).

¹¹⁵⁵ См., напр.: European Union, «Military Concept on Environmental Protection and Energy Efficiency for EU-led military operations», 14 September 2012, document EEAS 01574/12.

¹¹⁵⁶ См., напр.: NATO, «Joint NATO doctrine for environmental protection during NATO-led military activities», 8 March 2018, document NSO(Joint)0335(2018)EP/7141.

¹¹⁵⁷ «Будущее миротворческих операций Организации Объединенных Наций: выполнение рекомендаций Независимой группы высокого уровня по миротворческим операциям» – Доклад Генерального секретаря (A/70/357-S/2015/682), п. 129.

стороны к соглашению, главным образом с помощью мирных средств¹¹⁵⁸; «поддержание мира» – это обеспечение присутствия Организации Объединенных Наций в данном конкретном районе, которое, как правило, связано с развертыванием военного и/или полицейского персонала, а нередко и гражданского персонала¹¹⁵⁹; в то время как «миростроительство» имеет форму совместных проектов во взаимовыгодном начинании для повышения доверия, имеющего основополагающее значение для мира¹¹⁶⁰. Доклад Независимой группы высокого уровня по миротворческим операциям содержит разработанный для ее целей «широкий набор инструментов от специальных посланников и посредников; политических миссий, включая миссии по миростроительству; региональных отделений превентивной дипломатии; миссий по наблюдению как за прекращением огня, так и проведением выборов; до небольших, специализированных технических миссий, таких как миссии по оказанию поддержки в проведении выборов; междисциплинарных операций»¹¹⁶¹. Таким образом, термин «операции по содействию миру» призван охватить все такие операции и операции, выходящие за рамки операций по поддержанию мира Организации Объединенных Наций, включая операции по принуждению к миру, а также операции, проводимые региональными организациями. В тексте нет ссылок на «многосторонние» операции по содействию миру, поскольку было сочтено, что такая прямая отсылка в этом проекте принципа будет лишней. Однако, согласно общему пониманию, термин «операции по содействию миру» относится к многосторонним операциям.

7) Слово «предотвращение» отражает признание того факта, что миротворческие операции не являются изолированными по своему характеру и что при планировании своих действий акторам следует планировать их таким образом или стремиться к тому, чтобы минимизировать негативные экологические последствия. Если обязательство по предотвращению требует принятия мер на раннем этапе, то понятие «смягчения» относится к сокращению уже причиненного вреда. Понятие «восстановления» в свою очередь используется в том же смысле, что и «восстановительные меры» в проекте принципа 2, т. е. охватывает любые меры, которые могут быть приняты для восстановления окружающей среды.

8) Проект принципа 8 отличается по своему характеру от проекта принципа 7 и предполагает иные обязательства, чем те, которые предусматриваются проектом принципа 7. Операции по содействию миру в отличие от соглашений относительно присутствия военных сил в связи с вооруженными конфликтами необязательно связаны с вооруженными силами и военным персоналом. Такие операции могут также предполагать присутствие и участие иных акторов, включая гражданский персонал и различных специалистов. Кроме того, проект принципа 8 предусматривается как более широкий и общий по своему охвату, будучи непосредственно ориентирован на деятельность таких операций по содействию миру.

9) Предполагается, что данный проект принципа также охватывает обзоры завершенных операций, в ходе которых должны выявляться, анализироваться и оцениваться любые вредные для окружающей среды последствия этих операций. Это стало бы своего рода «извлечением уроков» во избежание или для сведения к минимуму негативных последствий будущих операций по содействию миру для окружающей среды и для недопущения повторения совершенных ошибок.

¹¹⁵⁸ «Повестка дня для мира: превентивная дипломатия, миротворчество и поддержание мира», (A/47/277-S/24111), п. 20. См. также Дополнение к Повестке дня для мира: позиционный документ Генерального секретаря по случаю пятидесятой годовщины Организации Объединенных Наций (A/50/60-S/1995/1).

¹¹⁵⁹ Там же.

¹¹⁶⁰ Там же, п. 56.

¹¹⁶¹ A/70/95-S/2015/446, п. 18.

Принцип 14

Мирные процессы

1. Сторонам вооруженного конфликта следует, как часть мирного процесса, в том числе в надлежащих случаях в соглашениях о мире, решать вопросы, относящиеся к восстановлению и защите окружающей среды, которой был нанесен ущерб в результате конфликтов.
2. В надлежащих случаях соответствующим международным организациям следует играть в этой связи посредническую роль.

Комментарий

- 1) Проект принципа 14 призван продемонстрировать, что в контексте современных мирных процессов экологическим соображениям уделяется больше внимания, чем в прошлом, в том числе посредством регламентации экологических вопросов в мирных соглашениях.
- 2) Включение в текст этого проекта принципа термина «мирный процесс» преследует цель расширить сферу его применения на весь мирный процесс, а не только на любые официально заключенные мирные соглашения¹¹⁶². Современные вооруженные конфликты могут заканчиваться по-разному и необязательно путем заключения официальных соглашений. Например, по окончании вооруженного конфликта могут быть достигнуты соглашения о прекращении огня, перемирие или мир де-факто без заключения соглашения. Мирный процесс может также начаться задолго до фактического окончания вооруженного конфликта. Заключение мирного соглашения, таким образом, представляет собой лишь один из аспектов, который, если он вообще имеет место, может появиться спустя годы после прекращения военных действий. С этой целью и во избежание любых разрывов во времени было решено использовать выражение «как часть мирного процесса». Исход мирного процесса зачастую включает в себя различные шаги и принятие различных инструментов.
- 3) Выражение «[с]торонам вооруженного конфликта» используется в пункте 1 для указания на то, что данное положение касается как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов. Это согласуется с общим пониманием, согласно которому проекты принципов применяются в отношении как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов.
- 4) Слово «следует» используется для отражения нормативного веса данного обязательства с учетом признания того, что оно не соответствует каким-либо существующим юридически связывающим обязательствам.
- 5) Проект принципа сформулирован в общих выражениях, чтобы учесть самые разнообразные ситуации, которые могут существовать после вооруженного конфликта. Состояние окружающей среды после вооруженного конфликта может варьироваться в широких пределах в зависимости от ряда факторов¹¹⁶³. В некоторых случаях окружающей среде может быть нанесен большой и серьезный ущерб, который

¹¹⁶² База данных Организации Объединенных Наций о мирных соглашениях, «справочник для специалистов по миротворчеству, охватывающий около 800 документов, которые могут широко пониматься как мирные соглашения и связанные с ними материалы», содержит огромное разнообразие документов, таких как «официальные мирные соглашения и дополнительные соглашения, а также более неформальные соглашения и документы, такие как декларации, коммюнике, совместные публичные заявления по итогам неофициальных переговоров, согласованные отчеты о встречах между сторонами, обмена письмами и ключевые итоговые документы ряда международных или региональных конференций... В базу данных также включены отдельные законы, акты и указы, которые представляют собой соглашение между сторонами и/или являются результатом мирных переговоров». В нее входят также отдельные резолюции Совета Безопасности. База данных размещена по адресу <http://peacemaker.un.org/document-search>.

¹¹⁶³ Так, масштабы экологического ущерба в результате конкретного вооруженного конфликта могут зависеть от интенсивности и продолжительности конфликта, а также применяемых вооружений.

сразу виден и устранение которого может требоваться в срочном порядке; в других случаях ущерб окружающей среде может быть не столь значительным, чтобы требовать срочного восстановления¹¹⁶⁴. Некоторый ущерб окружающей среде может проявиться лишь спустя месяцы или даже годы после завершения вооруженного конфликта.

б) Этот проект принципа призван охватить все официальные мирные соглашения, а также другие инструменты или соглашения, заключенные или принятые в какой-либо момент в ходе мирного процесса, независимо от того, заключены они между двумя или более государствами, между государствами и негосударственными вооруженными группами или между двумя или несколькими негосударственными вооруженными группами. Подобные соглашения и инструменты могут принимать различные формы, такие как дополнительные соглашения к официальным мирным соглашениям, неофициальные соглашения, декларации, коммюнике, совместные публичные заявления в результате неофициальных переговоров, согласованные отчеты о встречах между сторонами, а также соответствующие законы, акты и указы, которые представляют собой соглашение между сторонами и/или являются результатом мирных переговоров¹¹⁶⁵.

7) Некоторые современные мирные соглашения содержат положения об окружающей среде¹¹⁶⁶. Типы экологических вопросов, которые затрагиваются в

¹¹⁶⁴ К числу хорошо известных и хорошо задокументированных примеров экологического ущерба, причиненного в ходе вооруженного конфликта, относятся ущерб от применения вооруженными силами Соединенных Штатов вещества «Эйджент оранж» во время войны во Вьетнаме и от поджога кувейтских нефтяных скважин иракскими войсками в ходе войны в Заливе. Разные по своей серьезности случаи ущерба окружающей среде были также отмечены в ходе других вооруженных конфликтов, таких как конфликты в Колумбии, а также в Демократической Республике Конго, Ираке и Сирии. См. UNEP Colombia, URL: www.unenvironment.org/news-and-stories/story/un-environment-will-support-environmental-recovery-and-peacebuilding-post (дата обращения 9 мая 2018 года); UNEP, «Post-conflict environmental assessment of the Democratic Republic of the Congo», URL: https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_DRC_PCEA_EN.pdf (дата обращения 9 мая 2018 года); UNEP, «Post-conflict environmental assessment, clean-up and reconstruction in Iraq», URL: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17462/UNEP_Iraq.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата обращения 9 мая 2018 года); «Lebanon Environmental Assessment of the Syrian Conflict» (supported by UNDP and EU), URL: www.undp.org/content/dam/lebanon/docs/Energy%20and%20Environment/Publications/EASC-WEB.pdf (дата обращения 9 мая 2018 года). См. также International Law and Policy Institute, «Protection of the natural environment in armed conflict: an empirical study» (Oslo, 2014), pp. 34–40.

¹¹⁶⁵ См. С. Bell, «Women and peace processes, negotiations, and agreements: operational opportunities and challenges», Norwegian Peacebuilding Resource Centre, Policy Brief, March 2013, URL: <http://noref.no> under «Publications», p. 1.

¹¹⁶⁶ Такие договоренности в основном заключаются при вооруженных конфликтах немеждународного характера между государством и негосударственным актором и включают в себя следующее: Мирное соглашение между правительством Сальвадора и Фронтом национального освобождения им. Фарабундо Марти (Чапультепекское соглашение) (Мехико, 16 января 1992 года), A/46/864, приложение, гл. II; Временное соглашение о мире и самоуправлении в Косово (Соглашения Рамбуйе), приложение; S/1999/648, приложение; Арушское соглашение о мире и примирении в Бурунди (Аруша, 28 августа 2000 года), URL: <http://peacemaker.un.org/node/1207>, Протокол III, на с. 62, ст. 12, п. 3 е), и Протокол IV, на с. 81, ст. 8 h); Заключительный акт межконголезских политических переговоров (Сан-Сити, 2 апреля 2003 года), URL: <http://peacemaker.un.org/drc-suncity-agreement2003>, resolution № DIC/CEF/03, pp. 40–41, and resolution № DIC/CHSC/03, pp. 62–65; Всеобъемлющее мирное соглашение между правительством Республики Судан и Народно-освободительным движением Судана/Народно-освободительной армией Судана, URL: <http://peacemaker.un.org/node/1369>, chap. V, p. 71 and chap. III, p. 45, в котором изложены в качестве руководящих принципов «наиболее известные методы рационального использования и контроля над природными ресурсами, которые должны соблюдаться» (пункт 1.10) – дополнительные положения о нефтяных ресурсах содержатся в пунктах 3.1.1 и 4; Мирное соглашение по Дарфуру (Абуджа, 5 мая 2006 года), URL: <http://peacemaker.un.org/node/535>, chap. 2, at p. 21, art. 17, para. 107 (g) and (h), and at p. 30, art. 20; Соглашение о всеобъемлющем урегулировании между Угандой и Армией/Движением сопротивления Бога (Джуба, 2 мая

инструментах, заключенных в ходе мирного процесса, или в мирных соглашениях, включают в себя, например, обязательства по сотрудничеству или адресованные сторонам призывы к сотрудничеству по экологическим вопросам и подробные положения об устройстве органов, которые будут отвечать за вопросы окружающей среды, такие как предотвращение экологических преступлений и обеспечение соблюдения национальных законов и правил, касающихся природных ресурсов и совместного использования общинных ресурсов¹¹⁶⁷. Настоящий проект принципа призывает стороны рассмотреть возможность включения таких положений в свои соглашения.

8) Пункт 2 побуждает соответствующие международные организации принимать во внимание экологические соображения, когда они выступают в качестве посредников в мирных процессах. Формулировка этого пункта считается достаточно широкой, чтобы охватывать ситуации, при которых Совет Безопасности Организации Объединенных Наций принимает резолюции на основании главы VII, а также случаи, когда соответствующие международные организации играют посредническую роль в согласии соответствующего государства или стороны в вооруженном конфликте.

9) В пункте 2 говорится о «соответствующих международных организациях» для указания на то, что не все организации подходят для решения этой конкретной задачи. Организации, которые считаются соответствующими в контексте этого проекта принципа включают в себя организации, которые, по общему признанию, играли важную роль в мирных процессах в ходе различных вооруженных конфликтов в прошлом, в первую очередь Организацию Объединенных Наций и ее органы, а также Африканский союз, Европейский союз, Ассоциацию государств Юго-Восточной Азии и Организацию американских государств¹¹⁶⁸. Этот проект принципа также содержит слова «в надлежащих случаях», чтобы отразить тот факт, что участие международных

2007 года), URL: http://peacemaker.un.org/files/UG_070502_AgreementComprehensiveSolutions.pdf, пара. 14.6, и Мирное соглашение между правительством Сьерра-Леоне и Объединенным революционным фронтом Сьерра-Леоне (Ломе, 7 июля 1999 года), S/1999/777, annex, art. VII.

¹¹⁶⁷ Чапультепекское соглашение, гл. II. Дополнительные предписания содержатся в ст. 13 в приложении II к Мирному соглашению; они предписывают, что Отдел окружающей среды Национальной гражданской полиции «будет отвечать за предотвращение и пресечение преступлений и правонарушений в отношении окружающей среды». Арушское соглашение о мире и примирении в Бурунди, Protocol III, at p. 62, art. 12, para. 3 (e), and at p. 81, art. 8 (h), содержит несколько ссылок на защиту окружающей среды, согласно одной из которых одна из задач разведывательных служб – «выявлять как можно раньше любые угрозы для экологической среды страны». Кроме того, в нем говорится, что «в рамках политики распределения или выделения новых земель будет учитываться необходимость охраны окружающей среды и рационального использования системы водных ресурсов страны посредством охраны лесов».

¹¹⁶⁸ Организация Объединенных Наций выступала в качестве посредника в ходе многочисленных вооруженных конфликтов, в частности вооруженных конфликтов в Анголе, Демократической Республике Конго, Ливии и Мозамбике. Региональные организации также играют посредническую роль в мирных процессах по всему миру. Например, Африканский союз принимал участие в различных аспектах мирных процессов, в частности в Гвинее-Бисау, Коморских Островах, Кот-д'Ивуаре, Либерии и Сомали. См. Chatham House, Africa Programme, «The African Union's role in promoting peace, security and stability: from reaction to prevention?», резюме совещания, имеется по адресу www.chathamhouse.org, p. 3. Организация американских государств, в частности, участвовала в мирных процессах в Многонациональном Государстве Боливия и Колумбии. См. P.J. Meyer, «Organization of American States: background and issues for Congress» (Congressional Research Service, 2014), URL: www.fas.org, p. 8. См. также African Union and Centre for Humanitarian Dialogue, *Managing Peace Processes: Towards more inclusive processes*, vol. 3 (2013), p. 106. Европейский союз принимал участие в мирных процессах в ходе вооруженных конфликтов, в частности на Ближнем Востоке и в Северной Ирландии. См. также Switzerland, Federal Department of International Affairs, «Mediation and facilitation in today's peace processes: centrality of commitment, coordination and context», presentation by Thomas Greminger, a retreat of the International Organization of la Francophonie, 15–17 February 2007, URL: www.swisspeace.ch, under «Publications».

организаций для достижения этой цели требуется не всегда или не всегда получает согласие сторон.

Принцип 15

Оценки состояния окружающей среды и восстановительные меры после вооруженных конфликтов

Между соответствующими акторами, включая международные организации, поощряется сотрудничество в отношении оценок состояния окружающей среды и восстановительных мер после вооруженных конфликтов.

Комментарий

- 1) Цель проекта принципа 15 – побуждать соответствующие стороны сотрудничать в целях проведения оценок состояния окружающей среды и восстановительных мер в постконфликтных ситуациях. Этот проект принципа тесно связан с проектом принципа 8.
- 2) Ссылка на «соответствующих акторов» распространяется как на государственных, так и на негосударственных акторов. Не только государства, но и широкий круг акторов, включая международные организации и негосударственных акторов, призваны играть определенную роль в отношении экологических оценок и восстановительных мер. Слово «поощряется» носит характер призыва и отражает признание того, что практика в этой области является скудной.
- 3) Термин «оценка состояния окружающей среды» отличается от «оценки воздействия на окружающую среду», которая обычно проводится *ex ante* в качестве превентивной меры¹¹⁶⁹. Такие оценки играют важную роль при разработке и принятии планов, программ, стратегий и законодательных актов, в зависимости от обстоятельств. Это может включать в себя оценку в плане или программе вероятных экологических последствий, в том числе связанных со здоровьем населения¹¹⁷⁰.
- 4) Именно в этом контексте постконфликтная оценка состояния окружающей среды стала средством учета экологических соображений в планах развития на постконфликтном этапе. Такие оценки, как правило, направлены на выявление основных экологических рисков для здоровья, источников средств к существованию и безопасности и предоставление национальным властям рекомендаций о том, как действовать в сложившейся ситуации¹¹⁷¹. Постконфликтная оценка состояния окружающей среды направлена на различные нужды и политические процессы, которые, в зависимости от потребностей, отличаются друг от друга по сфере охвата, целям и подходу¹¹⁷². Такие постконфликтные оценки состояния окружающей среды, проводимые по просьбе государства, могут принимать форму: а) оценки

¹¹⁶⁹ См., напр.: Конвенцию об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте (Эспо, 25 февраля 1991 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1989, № 34028, p. 309.

¹¹⁷⁰ Протокол по стратегической экологической оценке к Конвенции об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте, URL: www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish.pdf.

¹¹⁷¹ Посткризисные оценки состояния окружающей среды, URL: <http://drustage.unep.org/disastersandconflicts/what-we-do/preparedness-response/post-crisis-environmental-assessment>.

¹¹⁷² D. Jensen, «Evaluating the impact of UNEP's post conflict environmental assessments», *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding*, Jensen and S. Lonergan, eds., URL: https://environmentalpeacebuilding.org/assets/Documents/LibraryItem_000_Doc_061.pdf, p. 18.

потребностей¹¹⁷³; b) количественной оценки рисков¹¹⁷⁴; c) стратегической оценки¹¹⁷⁵; и d) комплексной оценки¹¹⁷⁶. Например, комплексная оценка в Руанде включала проведение научными экспертами обзора и оценки, охватывающих широкий круг мероприятий, включая предварительный анализ, аналитическое исследование, работу в поле, отбор проб, моделирование с помощью географической информационной системы, анализ и подготовку отчетов и проведение национальных консультаций. Широко признается, что «конфликты зачастую имеют прямые или косвенные экологические последствия, затрагивающие здоровье людей и источники средств к существованию, а также экосистемные услуги»¹¹⁷⁷.

5) Такие оценки поощряются, ибо если экологические последствия вооруженных конфликтов оставить без внимания, то существует большая вероятность того, что они могут привести к «дальнейшему перемещению населения и социально-экономической нестабильности», что «подорывает восстановление и реконструкцию в постконфликтных зонах» и «закрывает порочный круг»¹¹⁷⁸.

б) Для обеспечения соответствия этого проекта принципа другим проектам принципов, в частности принципу 2, в тексте на английском языке в нем использован термин «remedial» (восстановительных), хотя на практике чаще употребляется слово «recovery» (восстановление/оздоровление). После завершения оценки на первый план выходит задача осуществления программ оздоровления окружающей среды, направленных на укрепление национальных и местных природоохранных органов, восстановление экосистем, уменьшение рисков и обеспечения устойчивого использования ресурсов в рамках соответствующих государственных планов развития¹¹⁷⁹. Термин «remedial measures» (восстановительные меры) имеет более ограниченную сферу применения, по сравнению «recovery».

Принцип 16 Пережитки войны

1. После вооруженного конфликта стороны конфликта стремятся устранить или обезвредить токсичные и опасные пережитки войны под их юрисдикцией или контролем, которые наносят ущерб или порождают риск нанесения ущерба

¹¹⁷³ Оценка потребностей и аналитическое исследование могут проводиться в ходе конфликта или после него на основе сбора уже существующей вторичной информации об экологических тенденциях и управлении природными ресурсами и существующих проблемах из международных и национальных источников. Такая информация после ее ограниченной проверки в ходе поездки на места затем обобщается в аналитическом отчете для выявления и приоритизации потребностей в области защиты окружающей среды. *Ibid.*, pp. 18–19.

¹¹⁷⁴ Количественная оценка рисков, связанная с выездами на места, лабораторными анализами и изучением спутниковых изображений, ориентирована на прямые экологические последствия конфликтов, вызванные бомбардировками и разрушением зданий, промышленных объектов и объектов государственной инфраструктуры. *Ibid.*, pp. 19–20.

¹¹⁷⁵ В ходе стратегической оценки рассматриваются косвенные последствия для выживания и стратегии решения проблем местного населения, а также институциональные проблемы, вызванные выходом из строя системы управления и подрывом ее потенциала. Как правило, проведение таких оценок занимает больше времени. *Ibid.*, p. 20.

¹¹⁷⁶ Комплексная оценка направлена на представление подробной картины каждого сектора природных ресурсов и экологических тенденций, проблем управления и потребностей в области наращивания потенциала. На основе национальных консультаций с заинтересованными сторонами в ходе комплексных оценок предпринимается попытка определить приоритеты и стоимость необходимых мер в краткосрочной, среднесрочной и долгосрочной перспективах. *Ibid.*, p. 20.

¹¹⁷⁷ DAC Network on Environment and Development Cooperation (ENVIRONET), «Strategic environment assessment and post-conflict development SEA toolkit» (2010), p. 4, URL: http://content-ext.undp.org/aplaws_publications/2078176/Strategic%20Environment%20Assessment%20and%20Post%20Conflict%20Development%20full%20version.pdf.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ UNEP, «Disasters and Conflicts Programme», URL: www.un.org/en/events/environmentconflictday/pdf/UNEP_conflict_and_disaster_brochure.pdf, p. 3.

окружающей среде. Такие меры принимаются в соответствии с применимыми нормами международного права.

2. Стороны также прилагают усилия к тому, чтобы достичь согласия между собой и, в надлежащих случаях, с другими государствами и с международными организациями о технической и материальной помощи, включая в соответствующих обстоятельствах проведение совместных операций для устранения или обезвреживания таких токсичных и опасных пережитков войны.

3. Пункты 1 и 2 не затрагивают каких-либо прав или обязательств по международному праву в отношении очистки, устранения, уничтожения или содержания минных полей, заминированных районов, мин, мин-ловушек, взрывоопасных боеприпасов и других устройств.

Комментарий

1) Проект принципа 16 нацелен на усиление защиты окружающей среды в постконфликтный период. Он призван обеспечить удаление и обезвреживание после вооруженного конфликта токсичных и опасных пережитков войны, которые наносят или могут нанести ущерб окружающей среде. Этот проект принципа охватывает токсичные и опасные пережитки войны на суше, а также те, которые были помещены или сброшены в море, если они находятся под юрисдикцией или контролем бывшей стороны вооруженного конфликта. Такие меры принимаются в соответствии с применимыми нормами международного права.

2) Пункт 1 сформулирован в общих выражениях. Пережитки войны могут существовать в различных формах. Они состоят не только из взрывоопасных пережитков войны, но и других опасных материалов и предметов. Некоторые пережитки войны вообще не создают опасности для окружающей среды или могут быть менее опасными, если они останутся на месте после завершения конфликта¹¹⁸⁰. Другими словами, удаление пережитков войны в некоторых случаях может порождать более высокие экологические риски, чем это будет в ситуации, когда они останутся на месте. По этой причине данный проект принципа содержит слова «или обезвредить», чтобы показать, что в определенных обстоятельствах может быть целесообразным ничего не предпринимать или принять другие меры, помимо их удаления.

3) Обязательство, выраженное словом «стремятся», является обязательством поведения и относится к «токсичным и опасным пережиткам войны», которые «наносит ущерб или порождают риск нанесения ущерба окружающей среде». Термины «токсичные» и «опасные» часто используются применительно к пережиткам войны, которые создают угрозу для человека или окружающей среды, и было решено, что они будут здесь уместны¹¹⁸¹. Термин «опасные» немного шире, чем термин «токсичные», в том смысле, что все пережитки войны, которые создают угрозу для человека или окружающей среды, могут считаться опасными, но не все из них являются токсичными. Термин «токсичные пережитки войны» не имеет определения в международном праве, но используется для описания «любых токсичных и

¹¹⁸⁰ Например, именно так зачастую обстоит дело с химическими боеприпасами, которые были сброшены в море. См. Т.А. Mensah, «Environmental damages under the Law of the Sea Convention», *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, J.E. Austin and C.E. Bruch, eds. (Cambridge, Cambridge University Press, 2000), pp. 226–249. В качестве примера можно сослаться на совместный проект государств Балтии под названием «Химические боеприпасы, поиск и оценка» (CHEMSEA), который частично финансируется Европейским союзом. Информацию о проекте CHEMSEA см. URL: http://ec.europa.eu/regional_policy/en/projects/finland/chemsea-tacklesproblem-of-chemical-munitions-in-the-baltic-sea. См. также веб-сайт Комиссии по защите морской среды Балтийского моря (Хельсинкской комиссии), URL: www.helcom.fi/baltic-sea-trends/hazardous-substances/sea-dumped-chemical-munitions.

¹¹⁸¹ Подробнее см. МККК, «Strengthening legal protection for victims of armed conflicts», report prepared for the Thirty-first International Conference of the Red Cross and Red Crescent in 2011, № 31IC/11/5.1.1 3, p. 18.

радиоактивных веществ, оставшихся в результате военной деятельности, которые создают опасность для людей и экосистем»¹¹⁸².

4) Ссылка на «юрисдикцию или контролем» призвана охватить районы, контролируемые де-юре и де-факто даже при отсутствии установленной территориальной связи. Термин «юрисдикция» призван охватить, помимо территории государства, виды деятельности, в отношении которых согласно международному праву государство правомочно экстерриториально осуществлять свою компетенцию и власть¹¹⁸³. Термин «контроль» призван охватить ситуации, в которых государство (или сторона в вооруженном конфликте) осуществляет контроль де-факто, даже если оно, возможно, не имеет юрисдикции де-юре¹¹⁸⁴. Поэтому он «имеет отношение к фактической способности осуществлять эффективный контроль за деятельностью за пределами юрисдикции определенного государства»¹¹⁸⁵.

5) Кроме того, проект принципа распространяется как на международные, так и на немеждународные вооруженные конфликты. По этой причине пункт 1 адресован «сторонам в конфликте». Выражение «сторона в конфликте» используется в различных положениях договоров по праву вооруженных конфликтов в контексте пережитков войны¹¹⁸⁶. Было сочтено целесообразным использовать этот термин в данном проекте принципа, поскольку можно предположить существование ситуаций, при которых токсичные и опасные пережитки войны окажутся в районе, где государство не имеет полного контроля. Так, территория, где находятся токсичные и опасные пережитки войны, может находиться под контролем негосударственных акторов.

6) Пункт 2 следует читать вместе с пунктом 1. Он направлен на поощрение сотрудничества и технической помощи между сторонами с целью обезвреживания пережитков войны, о которых говорится в пункте 1. Следует отметить, что пункт 2 не преследует цели возложить на стороны какие-либо новые международно-правовые обязательства по сотрудничеству. Однако можно предположить существование ситуаций, когда после вооруженного конфликта сторона не будет в состоянии

¹¹⁸² См. M. Ghalaieny, «Toxic harm: humanitarian and environmental concerns from military-origin contamination», discussion paper (Toxic Remnants of War project, 2013), p. 2. См. также URL: www.toxicremnantsofwar.info/new-trw-publication-toxic-harm-humanitarian-and-environmental-concerns-from-military-origin-contamination/. Подробнее о токсичных пережитках войны, см. также Geneva Academy, *Weapons Law Encyclopedia*, URL: www.weaponslaw.org в разделе «Glossary», где содержатся ссылки на издание МККК, «Strengthening legal protection for victims of armed conflicts», p. 18. См. заявления Австрии, Ирландии, Коста-Рики и Южной Африки в Первом комитете Генеральной Ассамблеи на ее шестьдесят восьмой сессии, которые размещены на портале электронной документации <http://papersmart.unmeetings.org>.

¹¹⁸³ См. п. 9) комментария к проекту статьи 1 проекта статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, пп. 97–98. См. также резолюцию 62/68 Генеральной Ассамблеи от 6 декабря 2007 года, приложение.

¹¹⁸⁴ П. 12) комментария к проекту статьи 1, там же.

¹¹⁸⁵ A/CN.4/692, п. 33. В отношении концепции «контроля» см. консультативное заключение по делу *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 54, para. 118, где Международный Суд заявил: «То обстоятельство, что Южная Африка уже не имеет какого-либо правового титула на управление Территорией, не освобождает ее от обязательств и ответственности согласно международному праву перед другими государствами в связи с осуществлением ею своих полномочий в отношении данной Территории. Физический контроль над территорией, а не суверенитет или законность обладания – вот основа ответственности государства за действия, затрагивающие другие государства».

¹¹⁸⁶ См., напр.: Протокол II к Конвенции о конкретных видах обычного оружия, а также Протокол по взрывоопасным пережиткам войны, прилагаемый к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие (Протокол V) (далее – Протокол V к Конвенции о конкретных видах обычного оружия) (Женева, 3 мая 1996 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2399, № 22495, p. 100.

обеспечить обезвреживание токсичных и опасных пережитков войны. Поэтому было сочтено полезным поощрять стороны к сотрудничеству в этом отношении.

7) В пункте 3 содержится оговорка «без ущерба», которая направлена на исключение неопределенности по поводу преимущественной силы существующих договорных обязательств или обязательств по обычному международному праву. Существуют различные договоры по праву вооруженных конфликтов, регулирующие вопрос о пережитках войны, и различные государства, таким образом, несут различные обязательства, касающиеся пережитков войны¹¹⁸⁷.

8) Слова «очистки, устранения, уничтожения или содержания», а также конкретный перечень пережитков войны, а именно «минных полей, заминированных районов, мин, мин-ловушек, взрывоопасных боеприпасов и других устройств», были выбраны специально и заимствованы из действующих договоров по праву вооруженных конфликтов, с тем чтобы обеспечить соответствие этого пункта праву вооруженных конфликтов, как оно существует в настоящее время¹¹⁸⁸.

9) Следует отметить, что вопросы об ответственности или о возмещении жертвам этим проектом принципа намеренно не затрагиваются. Дело в том, что ответственность за очистку, устранение, уничтожение или содержание пережитков войны в известной степени уже регулируется действующим правом вооруженных конфликтов, по крайней мере в том смысле, что в некоторых договорах определяются действующие лица, которые должны принимать соответствующие меры¹¹⁸⁹. Проект принципа не затрагивает возложения ответственности и вопросов компенсации.

¹¹⁸⁷ См., напр.: дополненный Протокол II к Конвенции о конкретных видах обычного оружия; Протокол V к Конвенции о конкретных видах обычного оружия; Конвенцию о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении (Осло, 18 сентября 1997 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2056, № 35597, p. 211; Конвенцию по кассетным боеприпасам (Дублин, 30 мая 2008 года), *ibid.*, vol. 2688, № 47713, p. 39; Конвенцию о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении, (Женева, 3 сентября 1992 года), *ibid.*, vol. 1974, № 33757, p. 45.

¹¹⁸⁸ См., напр.: формулировки в дополненном Протоколе II к Конвенции о конкретных видах обычного оружия; Конвенции о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении; Конвенции по кассетным боеприпасам.

¹¹⁸⁹ См., напр., п. 2 ст. 3 дополненного Протокола II к Конвенции о конкретных видах обычного оружия: «Каждая Высокая Договаривающаяся Сторона или сторона в конфликте, в соответствии с положениями настоящего Протокола, отвечает за все мины, мины-ловушки и другие устройства, которые она применяет, и обязуется разминировать, ликвидировать, уничтожать или содержать их, как указано в статье 10 настоящего Протокола». В свою очередь в п. 2 ст. 10 предусматривается, что «Высокие Договаривающиеся Стороны и стороны в конфликте несут такую ответственность в отношении минных полей, минных районов, мин, мин-ловушек и других устройств в районах, находящихся под их контролем». Кроме того, п. 2 ст. 3 Протокола V к Конвенции о конкретных видах обычного оружия гласит, что «после прекращения активных военных действий и так скоро, как это осуществимо, каждая Высокая Договаривающаяся Сторона и сторона в вооруженном конфликте маркирует и разминировывает, ликвидирует или уничтожает взрывоопасные пережитки войны на затронутых территориях под ее контролем». Конвенция по кассетным боеприпасам предусматривает в п. 1 ст. 4: «Каждое государство-участник обязуется удалить и уничтожить взрывоопасные остатки кассетных боеприпасов в находящихся под его юрисдикцией или контролем районах, загрязненных кассетными боеприпасами, или обеспечить их удаление и уничтожение»; Конвенция о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении, предусматривает в п. 1 ст. 5: «Каждое государство-участник обязуется уничтожить или обеспечить уничтожение всех противопехотных мин в заминированных районах, находящихся под его юрисдикцией или контролем».

Принцип 17 Пережитки войны на море

Государствам и соответствующим международным организациям следует сотрудничать в обеспечении того, чтобы пережитки войны на море не представляли опасности для окружающей среды.

Комментарий

1) В отличие от более широкого проекта принципа 16, который касается пережитков войны в более общем плане, проект принципа 17 конкретно посвящен пережиткам войны на море, в частности их долгосрочным последствиям для морской среды. Проект принципа 17 носит дополняющий характер, поскольку проект принципа 16 охватывает только пережитки войны под юрисдикцией или контролем бывшей стороны вооруженного конфликта, из чего следует, что он недостаточно широк, чтобы распространяться на все пережитки войны на море. Этот проект принципа прямо призывает к международному сотрудничеству в обеспечении того, чтобы пережитки войны на море не представляли опасности для окружающей среды¹¹⁹⁰.

2) В силу разнообразия режимов морского права в зависимости от района, где находятся такие пережитки, конкретное государство может обладать в нем суверенитетом, юрисдикцией, одновременно суверенитетом и юрисдикцией, или не обладать ни суверенитетом, ни юрисдикцией¹¹⁹¹. Поэтому неудивительно, что пережитки войны на море создают серьезные правовые проблемы¹¹⁹². Например, стороны вооруженного конфликта могут прекратить свое существование, прибрежное государство может не располагать ресурсами для обеспечения того, чтобы пережитки войны на море перестали представлять опасность для окружающей среды, прибрежное государство не может не являться стороной конфликта, однако сотрудничество этого государства тем не менее может требоваться для избавления от таких пережитков. Еще одна проблема заключается в том, что могут существовать ситуации, при которых сторона могла не нарушать свои обязательства по международному праву на тот момент, когда она оставляла такие пережитки, но теперь эти пережитки начали создавать угрозу для окружающей среды.

3) Таким образом, проект принципа 17 касается государств в целом, а не только тех, которые были вовлечены в вооруженный конфликт. Он содержит призыв ко всем

¹¹⁹⁰ Необходимость принимать совместные меры по оценке экологических последствий загрязнения, являющегося результатом сброса химических боеприпасов в море, и по распространению информации прямо признается Генеральной Ассамблеей с 2010 года, в том числе в резолюции 71/220 Генеральной Ассамблеи. В этой резолюции подтверждается Повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года и упоминается ряд соответствующих международных и региональных инструментов. Кроме того, в ней отмечается важность повышения осведомленности об экологическом воздействии, связанном с веществами, выделяющимися из химических боеприпасов, затопленных в море, а Генеральному секретарю предлагается запросить мнения государств-членов и соответствующих региональных и международных организаций о совместных мерах, предусмотренных в этой резолюции, и определении соответствующих межправительственных органов системы Организации Объединенных Наций для дальнейшего рассмотрения и осуществления в надлежащих случаях таких мер.

¹¹⁹¹ См. Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, № 31363, p. 3. Пережитки войны могут находиться в территориальных водах, на континентальном шельфе, в исключительной экономической зоне или в открытом море, и все это сказывается на правах и обязанностях государств.

¹¹⁹² См. A. Lott, «Pollution of the Marine Environment by Dumping: Legal Framework Applicable to Dumped Chemical Weapons and Nuclear Waste in the Arctic Ocean» 1 *Nordic Environmental Law Journal* (2015), p. 57 and W. Searle and D. Moody, «Explosive Remnants of War at Sea: Technical Aspects of Disposal» in *Explosive Remnants of War: Mitigating the Environmental Effects*, A. Westing, ed. (Taylor & Francis 1985).

государствам, а также соответствующим международным организациям¹¹⁹³ сотрудничать в обеспечении того, чтобы пережитки войны на море не представляли опасности для окружающей среды. Ссылка на «международные организации» оговаривается словом «соответствующие» в свете того, что, как правило, речь идет о специальных вопросах.

4) Слова «следует сотрудничать» вместо более обязывающего «сотрудничают» были сочтены уместными, поскольку практика в этой области еще только формируется. Сотрудничество является важным элементом применительно к пережиткам войны на море, поскольку прибрежные государства, на которых негативно сказываются пережитки войны на море, могут не располагать ресурсами и, следовательно, не иметь возможности обеспечить, чтобы пережитки войны на море не представляли опасности для окружающей среды.

5) Существуют различные способы, с помощью которых государства могут сотрудничать друг с другом и с соответствующими международными организациями в целях обеспечения того, чтобы пережитки войны на море не представляли опасности для окружающей среды. Например, они могли бы проводить обследования морских районов и предоставлять свободный доступ к полученной информации затронутым государствам, они могли бы предоставлять карты с соответствующими обозначениями и могли бы передавать научно-техническую информацию и информацию о том, представляют ли пережитки войны угрозу или могут ли они представлять ее в будущем.

6) Осознание экологических последствий пережитков войны на море возрастает¹¹⁹⁴. Факторы риска для окружающей среды, связанные с пережитками войны на море, могут стать причиной значительного сопутствующего ущерба для здоровья и безопасности людей, особенно моряков и рыбаков¹¹⁹⁵. Явная связь между угрозой для окружающей среды и здоровьем и безопасностью населения была признана в целом ряде международно-правовых инструментов, и поэтому было сочтено особенно важным поощрять сотрудничество между государствами и международными организациями для обеспечения того, чтобы пережитки войны на море не представляли опасности¹¹⁹⁶.

7) Проект принципа 17 намеренно не затрагивает вопросов распределения ответственности и компенсации за ущерб в отношении пережитков войны на море. Решение вопроса о том, какая сторона несет главную ответственность за обеспечение

¹¹⁹³ Например, проект CHEMSEA, который был начат в 2011 году в качестве проекта сотрудничества между государствами Балтии при частичном финансировании со стороны Европейского союза (см. сноску 1180 выше).

¹¹⁹⁴ См. резолюции Генеральной Ассамблеи 65/149 от 20 декабря 2010 года и 68/208 от 20 декабря 2013 года и A/68/258. См. также Mensah, «Environmental damages under the Law of the Sea Convention», p. 233.

¹¹⁹⁵ Комиссия по защите морской среды Балтийского моря (Хельсинкская комиссия), руководящий орган Конвенции по защите морской среды района Балтийского моря, издала руководящие принципы для рыбаков, которые сталкиваются со сброшенными в море химическими боеприпасами на ранних этапах. Широкодоступный обзор по данной теме см. Центр изучения проблем нераспространения им. Джеймса Мартина, URL: www.nonproliferation.org/chemical-weapon-munitions-dumped-at-sea/.

¹¹⁹⁶ Существует очевидная связь между угрозой для окружающей среды и здоровьем и безопасностью людей. См., например, пункт 1 статьи 55 Дополнительного протокола I, где предусматривается защита природной среды в международных вооруженных конфликтах и запрещается применение средств и методов ведения войны, которые имеют целью причинить или, как можно ожидать, причинят ущерб окружающей среде и тем самым нанесут ущерб здоровью населения; п. 2 ст. 1 Конвенции по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер (Хельсинки, 17 марта 1992 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1936, № 33207, p. 269, где сказано, что к числу «последствий для окружающей среды относятся последствия для здоровья и безопасности человека, флоры, почвы, воздуха, вод, климата, ландшафта и исторических памятников или других материальных объектов или взаимодействие этих факторов; к их числу также относятся последствия для культурного наследия или социально-экономических условий, возникающие в результате изменения этих факторов».

того, чтобы пережитки войны на море не представляли опасности для окружающей среды, является очень сложной и деликатной задачей, особенно с учетом различных правовых режимов морского права, начиная от внутренних вод и заканчивая открытым морем.

Принцип 18

Обмен информацией и предоставление к ней доступа

1. Для содействия восстановительным мерам после вооруженного конфликта государства и соответствующие международные организации обмениваются соответствующей информацией и предоставляют к ней доступ согласно своим обязательствам по международному праву.

2. Ничто в настоящем проекте принципа не обязывает государство или международную организацию обмениваться информацией, имеющей насущно важное значение для национальной обороны или безопасности, или предоставлять к ней доступ. Тем не менее это государство или международная организация добросовестно сотрудничают в целях предоставления как можно более полной в данных обстоятельствах информации.

Комментарий

1) В проекте принципа 18 в целом говорится о «государствах», поскольку этот термин шире, чем «стороны вооруженного конфликта». Государства, не являющиеся участниками вооруженного конфликта, могут быть затронуты как третьи государства и могут иметь соответствующую информацию, полезную для принятия восстановительных мер, которая могла бы быть с пользой для дела предоставлена другим государствам или международным организациям. Это обязательство касается государств, несмотря на то, что в других проектах принципов речь идет также о негосударственных акторах и проект принципов охватывает как международные, так и немеждународные вооруженные конфликты.

2) Несмотря на то, что государства, как правило, являются наиболее соответствующими субъектами, этот проект принципа относится также и к международным организациям, круг которых оговаривается прилагательным «соответствующие». Конкретный термин «национальная оборона» касается только государств. Для некоторых международных организаций требования конфиденциальности могут также влиять на объем информации, которой они могут добросовестно делиться или к которой они могут предоставить доступ¹¹⁹⁷.

3) Проект принципа 18 состоит из двух пунктов. В пункте 1 речь идет об обязательствах по международному праву, которые могут нести государства и международные организации в отношении обмена информацией и предоставления доступа к информации с целью упрощения восстановительных мер после вооруженного конфликта. Во втором пункте сказано о соображениях безопасности, которыми такой доступ может ограничиваться.

4) Выражение «в соответствии с их обязательствами по международному праву» отражает тот факт, что договоры содержат обязательства, относящиеся к защите окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, которые могут быть полезны для целей принятия восстановительных мер после вооруженного конфликта¹¹⁹⁸, как, например, ведение карт минных полей. Обязательства по предоставлению доступа к информации и/или обмену информацией, которая обеспечивает защиту окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, были перечислены выше. Важное значение имеет также пункт 2 статьи 9 о «Регистрации и использовании информации о минных полях, минных районах, минах, минах-

¹¹⁹⁷ Cf., напр.: Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (УВКБ), *Политика по защите личных данных лиц, подмандатных УВКБ* (2015), URL: www.refworld.org/pdfid/55643c1d4.pdf.

¹¹⁹⁸ Дополнительный протокол I, ст. 33; Женевская конвенция I, ст. 16; Женевская конвенция II, ст. 19 и 42; Женевская конвенция III, ст. 23; Женевская конвенция IV, ст. 137.

ловушках и других устройствах» Протокола II к Конвенции о конкретных видах обычного оружия, а также пункт 2 статьи 4 о «Регистрации, хранении и передаче информации» Протокола V к Конвенции о конкретных видах обычного оружия.

5) Кроме того, это выражение отражает тот факт, что обязательства о предоставлении доступа и/или об обмене информацией, содержащиеся в соответствующих договорах, обычно сопровождаются изъятиями или ограничениями, касающимися причин, по которым в разглашении информации может быть отказано. Такие основания, в частности, связаны с «национальной обороной и государственной безопасностью» или ситуациями, в которых раскрытие информации лишь повысит вероятность причинения ущерба окружающей среде, к которой относится такая информация¹¹⁹⁹.

6) Если термин «обмениваться» относится к информации, предоставляемой государствами и международными организациями в их взаимных отношениях и в качестве способа сотрудничества, термин «предоставляют доступ» прежде всего предполагает предоставление такого доступа отдельным лицам и, таким образом, означает более одностороннюю связь.

7) Обязательство по обмену информацией, касающейся окружающей среды, и предоставлению к ней доступа встречается в многочисленных источниках международного права как на глобальном, так и на региональном уровнях.

8) Право на доступ к информации в современном международном праве прав человека берет свое начало в статье 19 Всеобщей декларации прав человека¹²⁰⁰ и в статье 19 Международного пакта о гражданских и политических правах¹²⁰¹. Как сказано в Замечании общего порядка № 34 по статье 19 Международного пакта о гражданских и политических правах, пункт 2 статьи 19 следует толковать как включающий право на доступ к информации, имеющейся у государственных органов¹²⁰².

9) Кроме того, становление права на экологическую информацию происходило в контексте Европейской конвенции о правах человека, например в рамках дела *Гуэрра и др. против Италии*¹²⁰³, по которому Европейский суд по правам человека постановил, что в соответствии со статьей 8 Конвенции (о праве на уважение частной и семейной жизни) истцы имеют право на экологическую информацию. Можно также сослаться на директиву Европейского союза о доступе общественности к экологической информации и на связанное с этим постановление Европейского суда 2011 года¹²⁰⁴. В дополнение к праву на неприкосновенность частной жизни право на экологическую информацию также основывается на праве на свободу выражения мнений (как, например, в деле *Клод-Рейес и др. против Чили* в Межамериканском суде по правам человека)¹²⁰⁵.

10) В принципе 10 Рио-де-Жанейрской декларации 1992 года также предусмотрено, что физические лица должны иметь соответствующий доступ к информации, в том числе в отношении опасных материалов. Недавно принятая цель 16 Целей в области

¹¹⁹⁹ См. Орхусскую конвенцию, ст. 4, п. 3 b). Конвенцию о защите морской среды Северо-Восточной Атлантики (Париж, 22 сентября 1992 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2354, № 42279, p. 67, ст. 9, п. 3 g). См. также Региональное соглашение о доступе к информации, участии общественности и правосудии в вопросах, касающихся окружающей среды, в Латинской Америке и Карибском бассейне, статья 5, пункт 6 b).

¹²⁰⁰ Резолюция 217 (III) А Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года.

¹²⁰¹ Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, № 14531, p. 3.

¹²⁰² Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 34 (2011) по статье 19 (свобода мнений и их свободного выражения), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 40*, т. I (A/66/40 (Vol. I), приложение V, п. 18).

¹²⁰³ *Guerra et al. v. Italy*, 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I.

¹²⁰⁴ Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council on public access to environmental information; *Office of Communications v. Information Commissioner*, case C-71/10, judgment of 28 July 2011.

¹²⁰⁵ *Case of Claude-Reyes et al. v. Chile*, Inter-American Court of Human Rights, Judgement of 19 September 2006 (merits, reparations and costs), Series C, № 151 (2006).

устойчивого развития, касающаяся построения миролюбивого и инклюзивного общества, призывает государства обеспечивать доступ общественности к информации и защищать основные свободы в соответствии с национальным законодательством и международными соглашениями¹²⁰⁶.

11) В статье 2 Конвенции о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Орхусской конвенции), «экологическая информация» определяется как любая информация о состоянии элементов окружающей среды, факторах, оказывающих или способных оказать воздействие на элементы окружающей среды, а также о состоянии здоровья и безопасности людей в той степени, в какой на них могут воздействовать эти элементы¹²⁰⁷. Кроме того, в статье 4 Орхусской конвенции предусматривается, что государства-участники «должны обеспечивать предоставление общественности, в рамках национального законодательства, такой (экологической) информации». Это право неизбежно предполагает обязанность государств собирать такую экологическую информацию, чтобы предоставлять ее общественности, если и когда поступит соответствующий запрос.

12) Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата затрагивает вопрос о доступе к информации в статье 6, где сказано, что стороны «[н]а национальном и, при необходимости, субрегиональном и региональном уровнях и в соответствии с национальными законами и нормами и своими соответствующими возможностями поощряют и облегчают: [] доступ общественности к информации об изменении климата и его последствиях»¹²⁰⁸. Кроме того, Картахенский протокол по биобезопасности к Конвенции предусматривает, что стороны должны поощрять и облегчать доступ к информации о живых измененных организмах¹²⁰⁹. Положения о доступе к информации содержатся в Роттердамской конвенции о процедуре предварительного обоснованного согласия в отношении отдельных опасных химических веществ и пестицидов в международной торговле¹²¹⁰ и Стокгольмской конвенции о стойких органических загрязнителях¹²¹¹. Кроме того, в статье 18 Минаматской конвенции о ртути 2013 года¹²¹² говорится, что стороны должны «содействовать и способствовать» доступу к такой информации. Вопросы о доступе к информации также посвящены многочисленным пунктам и статьям недавно заключенного Парижского соглашения, в частности пункт 8 статьи 4 Соглашения (в контексте обязательства государств предоставлять предполагаемые определяемые на национальном уровне вклады) и – в более общем плане – статья 12 (в контексте просвещения по вопросам изменения климата и доступа общественности к соответствующей информации)¹²¹³.

¹²⁰⁶ Резолюция 70/1 Генеральной Ассамблеи от 25 сентября 2015 года.

¹²⁰⁷ Конвенция о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Орхусская конвенция) (Орхус, Дания, 25 июня 1998 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2161, № 37770, p. 447, ст. 2.

¹²⁰⁸ Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата (Нью-Йорк, 9 мая 1992 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1771, № 30822, p. 107.

¹²⁰⁹ Картахенский протокол по биобезопасности к Конвенции о биологическом разнообразии, ст. 23.

¹²¹⁰ Роттердамская конвенция о процедуре предварительного обоснованного согласия в отношении отдельных опасных химических веществ и пестицидов в международной торговле (Роттердам, 10 сентября 1998 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2244, № 39973, p. 337, ст. 15.

¹²¹¹ Стокгольмская конвенция о стойких органических загрязнителях (Стокгольм, 22 мая 2001 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2256, № 40214, p. 119, ст. 10.

¹²¹² Текст см. URL: <https://treaties.un.org> (*Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General*, chap. XXVII.17).

¹²¹³ Доклад Конференции Сторон Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата о ее двадцать первой сессии, состоявшейся в Париже с 30 ноября по 13 декабря 2015 года, добавление: решения, принятые Конференцией Сторон (FCCC/CP/2015/10/Add.1), решение 1/CP.21, приложение.

13) В соответствии с Конвенцией Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием в тех странах, которые испытывают серьезную засуху и/или опустынивание, особенно в Африке, стороны должны предоставлять к информации об опустынивании «полный, открытый и оперативный доступ»¹²¹⁴. Аналогичным образом принятые в 2010 году Балийские руководящие принципы предусматривают необходимость гарантировать «недорогой, эффективный и своевременный доступ к экологической информации, имеющейся в распоряжении государственных органов, после подачи заявки»¹²¹⁵.

14) Требования относительно предоставления экологической информации содержатся в ряде актов в рамках конкретного режима гуманитарного разминирования и пережитков войны. Например, в запросе на продление срока для полного удаления и уничтожения остатков кассетных боеприпасов в рамках Конвенции по кассетным боеприпасам должны излагаться любые потенциальные экологические и гуманитарные последствия такого продления¹²¹⁶. Аналогичным образом в связи с уничтожением кассетных боеприпасов необходимо сообщать сведения о «местоположении всех объектов по уничтожению и применимых нормах безопасности и экологических нормах»¹²¹⁷. Похожие обязательства содержатся в Конвенции о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении¹²¹⁸. Можно сослаться также на стандарт 10.70 Международных стандартов деятельности, связанной с разминированием, где указывается, в частности, что национальным органам по разминированию следует «обнародовать информацию о значительных экологических происшествиях для других организаций по разминированию в рамках программы»¹²¹⁹.

15) Если говорить о практике международных организаций, то согласно документу об экологической политике для полевых миссий Организации Объединенных Наций в составе миротворческих миссий должен быть сотрудник по экологическим вопросам, отвечающий «за сбор экологической информации, относящейся к деятельности миссии, и повышение осведомленности в экологических вопросах»¹²²⁰. В этом документе содержится также требование о распространении и изучении информации об окружающей среде, что предполагает наличие доступа к информации, которая в принципе может распространяться, т. е. не является конфиденциальной.

16) Кроме того, Руководящие принципы МККК для военных уставов и инструкций по охране окружающей среды в периоды вооруженных конфликтов содержат положение о защите организаций¹²²¹, в круг которых могут входить организации,

¹²¹⁴ Конвенция Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием в тех странах, которые испытывают серьезную засуху и/или опустынивание, особенно в Африке (открыта для подписания в Париже, 14 октября 1994 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1954, № 33480, p. 3, ст. 16, а также ст. 19.

¹²¹⁵ Программа Организации Объединенных Наций по окружающей среде, Руководящие принципы разработки национального законодательства о доступе к информации, участии общественности и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды, принятые Советом управляющих Программы Организации Объединенных Наций по окружающей среде в решении SS.XI/5, часть А, 26 февраля 2010 года. См. URL: www.unep.org в разделе «Resources».

¹²¹⁶ Ст. 4, п. 6 h).

¹²¹⁷ Ст. 7 (Меры транспарентности), п. 1 e).

¹²¹⁸ Ст. 5.

¹²¹⁹ IMAS 10.70, 1 October 2007, «Safety and occupational health, protection of the environment», para. 12.1 (a), URL www.mineactionstandards.org.

¹²²⁰ Организация Объединенных Наций, Департамент операций по поддержанию мира и Департамент полевой поддержки, «Руководящие принципы в области окружающей среды для полевых миссий Организации Объединенных Наций», 2009 год, п. 23.5.

¹²²¹ См. МККК, Руководящие принципы для военных уставов и инструкций по охране окружающей среды во время вооруженных конфликтов, A/49/323, приложение, руководящий принцип 19, касающийся Женевской конвенции IV, ст. 63, п. 2, и Дополнительного протокола I, ст. 61–67.

занимающиеся сбором экологических данных, в качестве средства «содействия предотвращению или устранению ущерба окружающей среде»¹²²².

17) В связи с оценками состояния окружающей среды после вооруженного конфликта следует обратить внимание на то, что в принятых в ЮНЕП руководящих принципах учета вопросов, касающихся окружающей среды, при оценке потребностей в постконфликтный период отмечается важность участия общественности и доступа общественности к информации, обусловленная тем, что в постконфликтный период «распределение и эксплуатация природных ресурсов осуществляются на несистематической, децентрализованной или неформальной основах»¹²²³.

18) Обязательство обмениваться информацией и сотрудничать в этой связи отражено в Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков¹²²⁴. Кроме того, Конвенция о биологическом разнообразии содержит положения об обмене информацией в ее статье 14, которая требует, чтобы каждая договаривающаяся сторона, насколько это возможно и целесообразно, содействовала «уведомлению, обмену информацией и проведению консультаций о деятельности в рамках ее юрисдикции или под ее контролем, которая может оказывать существенное неблагоприятное воздействие на биологическое разнообразие в других государствах или районах за пределами национальной юрисдикции, путем поощрения заключения в соответствующих случаях двусторонних, региональных или многосторонних соглашений»¹²²⁵. Кроме того, в статье 17 Конвенции содержится призыв к сторонам содействовать обмену информацией, касающейся сохранения и устойчивого использования биологического разнообразия.

19) Предшествующая работа Комиссии, имеющая отношение к этому аспекту проекта принципа, включала в себя статьи о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств (1999)¹²²⁶, статьи о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (2001)¹²²⁷, принципы, касающиеся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности (2006)¹²²⁸ и статьи по праву трансграничных водоносных горизонтов (2008)¹²²⁹.

20) Пункт 2 служит той же цели в контексте проекта принципа 18. Исключение из обязательства, изложенного в пункте 1, касается информации, имеющей жизненно важное значение для национальной обороны или безопасности государства или международной организации. Это изъятие не носит абсолютного характера. Во втором предложении этого пункта предусматривается, что государства и международные организации должны предоставлять как можно больше информации в этих обстоятельствах посредством добросовестного сотрудничества. Пункт 2 основан на положениях Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков. В статье 31 указанной Конвенции сказано, что государство водотока не

¹²²² Следует отметить, что принцип 19 предусматривает необходимость соответствия специальным соглашениям между сторонами или наличия разрешения, предоставленного одной из них.

¹²²³ UNEP, Guidance Note, *Integrating Environment in Post-Conflict Needs Assessments* (Geneva, 2009), URL: http://postconflict.unep.ch/publications/environment_toolkit.pdf (как подробнее сказано в п. 144 и сноске 238 в документе A/CN.4/700).

¹²²⁴ Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков (Нью-Йорк, 21 мая 1997 года), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 49 (A/51/49)*, т. III, резолюция 51/229, приложение, ст. 9, 11, 12, 14–16, 19, 30, 31 и 33, п. 7.

¹²²⁵ Ст. 14, п. 1 с).

¹²²⁶ Резолюция 55/153 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2000 года, приложение, ст. 18. Проекты статей и комментарии к ним см. *Ежегодник... 1999 год*, т. II (часть вторая), пп. 47–48.

¹²²⁷ Ст. 8, 12–14 и 17.

¹²²⁸ Резолюция 61/36 Генеральной Ассамблеи от 4 декабря 2006 года, приложение, принцип 5. Проекты принципов и комментарии к ним см. *Ежегодник... 2006 год*, т. I (часть вторая), пп. 66–67.

¹²²⁹ Резолюция 63/124 Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 2008 года, приложение, ст. 8, 13, 15, 17 и 19. Принятые Комиссией проекты статей и комментарии к ним см. *Ежегодник... 2008 год*, т. II (часть вторая), пп. 53–54.

обязано предоставлять данные или информацию, имеющие жизненно важное значение для его национальной обороны и безопасности, но что при этом сохраняет свою силу обязательство по добросовестному сотрудничеству. Аналогичные изъятия содержатся в статьях о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности¹²³⁰ и статьях о праве трансграничных водоносных горизонтов¹²³¹.

21) Проект принципа 18 тесно связан с обязанностью сотрудничать, а также проектом принципа 15 об оценках состояния окружающей среды и восстановительных мерах после вооруженных конфликтов.

¹²³⁰ Ст. 14.

¹²³¹ Ст. 19.

Глава X

Правопреемство государств в отношении ответственности государств

A. Введение

219. На своей шестьдесят девятой сессии (2017 год) Комиссия постановила включить тему «Правопреемство государств в отношении ответственности государств» в свою программу работы и назначила г-на Павла Штурму Специальным докладчиком¹²³². Впоследствии Генеральная Ассамблея в своей резолюции 72/116 от 7 декабря 2017 года приняла к сведению решение Комиссии включить эту тему в свою программу работы.

220. На той же сессии Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/708), в котором был изложен его подход к сфере охвата и результатам работы над темой, а также представлен обзор общих положений по ней. По итогам прений на пленарных заседаниях Комиссия постановила передать проекты статей 1–4, содержащиеся в первом докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет. Комиссия впоследствии приняла к сведению представленный ей для информации промежуточный доклад Председателя Редакционного комитета о проектах статей 1 и 2¹²³³.

B. Рассмотрение темы на данной сессии

221. На данной сессии Комиссии имела в своем распоряжении второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/719), который Комиссия рассмотрела на своих 3431–3435-м заседаниях 17–24 июля 2018 года.

222. В своем втором докладе, который состоял из четырех частей, Специальный докладчик сначала осветил некоторые вводные вопросы, в том числе вопрос законности правопреемства (часть первая). Затем он затронул общие нормы о правопреемстве государств в отношении ответственности государств, особенно в связи с присвоением, а также в связи с различием между длящимися и оконченными противоправными деяниями (часть вторая). После этого Специальный докладчик проанализировал некоторые особые категории правопреемства государств в отношении обязательств, вытекающих из ответственности (часть третья). Далее была рассмотрена будущая программа работы по данной теме (часть четвертая). Специальный докладчик предложил семь проектов статей по вопросам, которые были рассмотрены в части первой (проект статьи 5), части второй (проект статьи 6) и части третьей (проекты статей 7–11) его второго доклада¹²³⁴.

¹²³² На своем 3354-м заседании 9 мая 2017 года. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестьдесят восьмой сессии (2016 год) на основании предложения, содержащегося в приложении В к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10)*).

¹²³³ С промежуточным докладом Председателя Редакционного комитета можно ознакомиться в разделе «Analytical Guide to the Work of the International Law Commission» по адресу <http://legal.un.org/ilc/guide/gfra/shtml>.

¹²³⁴ Текст проектов выводов 5–11, предложенных Специальным докладчиком в его втором докладе, гласит:

Проект статьи 5

Случаи правопреемства государств, подпадающие под действие настоящих проектов статей

Настоящие проекты статей применяются только к последствиям правопреемства государств, которое осуществляется в соответствии с международным правом и, в особенности, в соответствии с принципами международного права, воплощенными в Уставе Организации Объединенных Наций.

Проект статьи 6**Общее правило**

1. Правопреемство государств не оказывает никакого воздействия на присвоение международно-противоправного деяния, совершенного до момента правопреемства государств.
2. Если государство-предшественник продолжает существовать, потерпевшее государство или потерпевший субъект может, даже после даты правопреемства, призвать к ответственности государство-предшественник и потребовать от него возмещение вреда, причиненного в результате такого международно-противоправного деяния.
3. Это правило действует без ущерба для возможного присвоения международно-противоправного деяния государству-преемнику на основании нарушения международного обязательства деянием, носящим длящийся характер, если это государство связано этим обязательством.
4. Независимо от положений пунктов 1 и 2, потерпевшее государство или потерпевший субъект могут требовать возмещения вреда, причиненного международно-противоправным деянием государства-предшественника, также или только от государства-преемника или государств-преемников в соответствии с положениями следующих проектов статей.

Проект статьи 7**Отделение частей государства (выход)**

1. С учетом исключений, предусмотренных пунктами 2 и 3, обязательства, вытекающие из международно-противоправного деяния государства-предшественника, не переходят к государству-преемнику в случае выхода части или частей территории государства и образования одного или нескольких государств, если государство-предшественник продолжает существовать.
2. Если того требуют особые обстоятельства, обязательства, вытекающие из международно-противоправного деяния государства-предшественника, переходят к государству-преемнику в случае, если это деяние было совершено органом территориальной единицы государства-предшественника, впоследствии ставшим органом государства-преемника.
3. Если того требуют особые обстоятельства, обязательства, вытекающие из международно-противоправного деяния государства-предшественника, в тех случаях, когда имеется прямая связь между деянием или его последствиями и территорией государства-преемника или государств-преемников, несут государство-предшественник и государство-преемник или государства-преемники.
4. Поведение движения, повстанческого или иного, которому удастся создать новое государство на части территории государства-предшественника или на какой-либо территории под его управлением, рассматривается как деяние этого нового государства по международному праву.

Проект статьи 8**Новые независимые государства**

1. С учетом исключений, предусмотренных пунктом 2, обязательства, вытекающие из международно-противоправного деяния государства-предшественника, не переходят к государству-преемнику в случае образования нового независимого государства.
2. Если новое независимое государство согласно, обязательства, вытекающие из международно-противоправного деяния государства-предшественника, могут передаваться государству-преемнику. Могут учитываться особые обстоятельства в случаях, когда имеется прямая связь между деянием или его последствиями и территорией государства-преемника и когда бывшая зависимая территория обладала существенной автономией.
3. Поведение национально-освободительного или иного движения, которому удастся образовать новое независимое государство, рассматривается как деяние этого нового государства по международному праву.

Проект статьи 9**Передача части территории государства**

1. С учетом исключений, предусмотренных пунктами 2 и 3, обязательства, вытекающие из международно-противоправного деяния государства-предшественника, не переходят к государству-преемнику, когда часть территории государства-предшественника становится частью территории государства-преемника.
2. Если того требуют особые обстоятельства, обязательства, вытекающие из международно-противоправного деяния государства-предшественника, переходят к государству-преемнику в случае, когда это деяние было совершено органом территориальной единицы государства-предшественника, впоследствии ставшим органом государства-преемника.

223. На своем 3435-м заседании 24 июля 2018 года Комиссия постановила передать проекты руководящих положений 5–11, содержащиеся во втором докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет с учетом обсуждений, состоявшихся на пленарных заседаниях.

224. На 3443-м заседании 3 августа 2018 года Председатель Редакционного комитета представил промежуточный устный доклад по пункту 2 проекта статьи 1 и проектам статей 5 и 6, в предварительном порядке принятым Редакционным комитетом. Доклад был представлен исключительно для информации, ознакомиться с ним можно на веб-сайте Комиссии¹²³⁵.

225. На своем 3451-м заседании 9 августа 2018 года Комиссия решила обратиться к секретариату с просьбой подготовить меморандум с информацией о договорах, которые могут иметь отношение к ее будущей работе по этой теме.

1. Представление Специальным докладчиком второго доклада

226. Специальный докладчик отметил, что в его втором докладе учтены замечания членов Комиссии и делегатов в Шестом комитете. Что касается общей нормы, лежащей в основе темы правопреемства в отношении ответственности, то Специальный докладчик считал, что общую теорию неправопреемства не следует заменять другой похожей теорией, благоприятствующей правопреемству: необходим более гибкий и реалистичный подход. Несмотря на важность обеспечения согласованности с предшествующей работой Комиссии, особенно в плане терминологии, нет необходимости придерживаться в данном тексте той же структуры, что и в Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров 1978 года и Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов 1983 года. Не менее важна предшествующая работа Комиссии по вопросу об ответственности государств за международно-противоправные деяния.

227. В связи с этим Специальный докладчик отметил, что сложный правовой режим ответственности государств уже был кодифицирован Комиссией в ее статьях об

3. Если того требуют особые обстоятельства, обязательства, вытекающие из международно-противоправного деяния государства-предшественника, в тех случаях, когда имеется прямая связь между деянием или его последствиями и территорией государства-преемника или государств-преемников, несут государство-предшественник и государство-преемник.

Проект статьи 10

Объединение государств

1. Когда два или несколько государств объединяются и образуют новое государство-преемник, обязательства, возникающие из международно-противоправного деяния какого-либо из государств-предшественников, переходят к государству-преемнику.
2. В тех случаях, когда государство включается в другое существующее государство и прекращает свое существование, обязательства из международно-противоправного деяния государства-предшественника переходят к государству-преемнику.
3. Пункты 1 и 2 применяются, если соответствующие государства, включая потерпевшее государство, не договорятся об ином.

Проект статьи 11

Разделение государства

1. Когда государство разделяется и прекращает свое существование и части его территории образуют два или несколько государств-преемников, обязательства, вытекающие из совершения международно-противоправного деяния государства-предшественника, переходят, при условии достижения соглашения, к одному, нескольким или всем государствам-преемникам.
2. Государствам-преемникам следует добросовестно договариваться с потерпевшим государством и между собой в целях урегулирования последствий международно-противоправного деяния государства-предшественника. Им следует принимать во внимание территориальную связь, справедливые доли и другие соответствующие факторы.

¹²³⁵ С докладом можно ознакомиться в разделе «Analytical Guide to the Work of the International Law Commission» URL: <http://legal.un.org/ilc/guide/gfra/shtml>.

ответственности государств за международно-противоправные деяния¹²³⁶, которые во многом отражают обычное международное право. Таким образом, следует применить или развить, при необходимости, вытекающие из них общие принципы и нормы, чтобы они могли служить ориентиром для государств, сталкивающихся с проблемами ответственности в случаях правопреемства. Понятие правопреемства необходимо рассматривать не в отношении «ответственности» in abstracto, а в отношении принципов и норм субсидиарного характера, регулирующих, в частности: установление наличия международно-противоправного деяния и его присвоение тому или иному государству; содержание и формы ответственности; и призывание к такой ответственности. Любые выявленные общие нормы будут далее подлежать исключениям и изменениям с учетом различных факторов, например, в зависимости от того, носит ли противоправное деяние длящийся или оконченный характер, локализован ли ущерб и продолжает ли существовать государство-предшественник. По мнению Специального докладчика, особенно важным является последний вопрос.

228. В своем втором докладе Специальный докладчик предложил семь новых проектов статей. Помимо рассмотрения некоторых общих норм (проекты статей 5 и 6), особое внимание в проектах статей уделяется передаче обязательств, вытекающих из международно-противоправного деяния государства-предшественника (проекты статей 7–11). В проекте статьи 5 рассматривается вопрос о законности правопреемства и предусматривается, что все проекты статей относятся только к последствиям правопреемства государств, которое осуществляется в соответствии с международным правом и, в особенности, в соответствии с принципами международного права, воплощенными в Уставе Организации Объединенных Наций. Специальный докладчик изначально не решался обращаться к такому потенциально спорному вопросу, поскольку, помимо явных случаев незаконного правопреемства, имеют место и случаи, относящиеся к «серой» или «нейтральной» зоне, которая, вероятно, не регулируется международным правом. Таким образом, проект статьи 5 – это скромное положение, сформулированное по образцу статьи 6 Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров 1978 года и согласующееся с другими положениями, ранее принятыми Комиссией, а также с работой, проделанной Институтом международного права.

229. Второе общее положение – проект статьи 6, в котором излагается общая норма, применимая к правопреемству государств в отношении ответственности государств, а именно принцип неправопреемства в случаях, когда речь идет об установлении международно-противоправного деяния. Проект статьи гласит, что правопреемство государств не оказывает никакого воздействия на присвоение международно-противоправного деяния, совершенного до момента правопреемства государств. Далее в нем рассматривается возможное воздействие на правопреемство в отношении ответственности того различия, которое проводится между законченными и длящимися нарушениями, а также вопрос о составных деяниях.

230. В пяти проектах статей, следующих после проекта статьи 6, разрабатывается и модифицируется изложенная в нем общая норма. В них рассматриваются отдельные категории правопреемства и конкретные обстоятельства, при которых обязательства, вытекающие из международно-противоправного деяния, остаются у государства-предшественника, а также обстоятельства, при которых они переходят к государству-преемнику. Эти пять проектов статей поделены на две группы. В проектах статей 7, 8 и 9 рассматриваются те случаи правопреемства, когда государство-предшественник продолжает существовать, а в проектах статей 10 и 11 рассматриваются ситуации, когда государство-предшественник прекратило свое существование.

231. Проекты статей 7, 8 и 9 касаются соответственно отделения частей государства, образования нового независимого государства и передачи части территории государства. Они структурированы похожим образом. Сначала в них излагается общая норма о том, что обязательства, вытекающие из международно-противоправного

¹²³⁶ Резолюция 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года, приложение. Принятые Комиссией проекты статей и комментарии к ним воспроизводятся в издании: *Ежегодник... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, пп. 76–77.

деяния государства-предшественника, не переходят к государству-преемнику; затем определяются исключения, применимые в особых обстоятельствах, таких как наличие прямой связи между деянием или его последствиями и территорией государства-преемника или государств-преемников. В проектах статей 7 и 9 рассматривается также возможность совершения деяния органом территориальной единицы государства-предшественника, впоследствии ставшим органом государства-преемника.

232. В проекте статьи 10 рассматриваются две ситуации: объединение государств и включение государства в другое существующее государство, в то время как проект статьи 11 касается разделения государства. В проекте статьи 11 подчеркивается роль соглашений, которые должны стать предметом добросовестных переговоров государств-преемников.

233. Специальный докладчик отметил, что окончательные формулировки и места расположения проектов статей 3 и 4, которые были предложены в первом докладе и переданы в Редакционный комитет, могут быть обсуждены на более позднем этапе. В отношении будущей программы работы Специальный докладчик вновь заявил о своем намерении следовать программе, изложенной в его первом докладе (A/CN.4/708, п. 133) с необходимой гибкостью. Вопрос о формах и применимости возмещения может потребовать дальнейшего анализа в будущем, а в проект статьи 2 об употреблении терминов могут быть включены некоторые дополнительные определения. В целом, в третьем докладе (2019 год) внимание будет сосредоточено на вопросе о передаче прав или претензий потерпевшего государства-предшественника государству-преемнику. В четвертом докладе (2020 год) будут рассматриваться процедурные и прочие вопросы, включая множественность государств-преемников и вопрос о совместной ответственности, а также вопросы, касающиеся потерпевших международных организаций и потерпевших физических лиц. Специальный докладчик исходит из того, что весь свод проектов статей может быть принят в первом чтении в 2020 или 2021 году в зависимости от хода обсуждений.

2. Краткое изложение прений

а) Общие замечания

234. Члены Комиссии в целом приветствовали второй доклад Специального докладчика и с удовлетворением отметили его структуру. Несколькими членами Комиссии было замечено, что недостаток практики государств по вопросу о правопреемстве государств в отношении ответственности порождает значительные трудности для работы Комиссии по этой теме. Некоторые члены согласились со Специальным докладчиком в том, что имеющаяся практика государств является разнообразной, зависящей от контекста и зачастую политически чувствительной, и отметили, немногочисленность соответствующих решений национальных и международных судов и трибуналов. По мнению ряда членов, такие трудности подтверждают первоначальные опасения, выраженные некоторыми членами Комиссии относительно пригодности данной темы для кодификации или прогрессивного развития. Несколько членов выразили свою озабоченность в связи с тем, что Специальный докладчик очень сильно полагается в докладе на научные труды и работу Института международного права. Кроме того, было отмечено, что практика, рассматриваемая во втором докладе, хотя и является в целом более разнообразной, чем в первом докладе, но все же касается в основном европейских источников и примеров.

235. Некоторые члены согласились со Специальным докладчиком в том, что можно выявить базовую общую норму, применимую к правопреемству государств в отношении ответственности государств, согласно которой ответственность государства не переходит автоматически к государству-правопреемнику, за исключением определенных обстоятельств. Было подчеркнуто, что здесь необходимо применять реалистичный и гибкий подход, как и отметил Специальный докладчик. Другие члены Комиссии считали, что вместо попытки подтвердить существование единой базовой общей нормы, которую может быть невозможно определить, было бы практичнее идти по пути выявления нескольких норм.

236. Масштаб возможных исключений из базовой общей нормы неправопреемства стал предметом широкой полемики. Несколько членов предостерегли против замены общей теории неправопреемства в отношении ответственности государств на столь же общую презумпцию правопреемства. Было отмечено, что некоторые из проектов статей, предложенных Специальным докладчиком, действительно исходят из такой презумпции правопреемства, когда государство-предшественник прекратило свое существование. По мнению ряда членов, такие предложения основаны на политических соображениях, а не на практике государств, и носят характер скорее прогрессивного развития, или даже *de lege ferenda*, нежели кодификации существующего международного права. В этой связи было подчеркнуто, что важно уточнить, в какой степени каждый из этих проектов статей будет представлять собой прогрессивное развитие или кодификацию международного права.

237. Что касается методологии, использованной Специальным докладчиком, то некоторые члены выразили сомнения по поводу разделения вопросов правопреемства в отношении обязательств, возникающих в результате международно-противоправного деяния государства-предшественника (рассматриваемых во втором докладе), и вопросов, касающихся прав и требований, возникающих в результате международно-противоправного деяния против государства-предшественника (которые планируется рассмотреть в третьем докладе). По их мнению, это может привести к ненужному дублированию в работе. Что касается категорий правопреемства, которые следует проанализировать, то ряд членов согласился с предложенным Специальным докладчиком основным различием между случаями, когда государство-предшественник продолжает существовать, и случаями, когда оно прекратило существование. Вместе с тем другие члены высказали мнение о том, что такое различие не обязательно подкрепляется практикой государств, а скорее обусловлено политическими соображениями. Кроме того, члены Комиссии в целом согласились с тем, что важно обеспечить согласованность с предыдущей работой Комиссии как в вопросах терминологии, так и по существу, особенно в отношении статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния.

238. Говоря о субсидиарном характере предлагаемых норм, некоторые члены предложили включить в текст проект статьи о том, что проект статей будет применяться только при отсутствии какого-либо соглашения между сторонами, включая государство, потерпевшее от международно-противоправного деяния. В этой связи некоторые члены подчеркнули важнейшую роль договоров, других соглашений и односторонних обязательств государств-правопреемников. Было также высказано мнение о необходимости осторожно подходить к выведению общих норм из существующих соглашений, которые часто являются узкими по охвату и устанавливают обязательства только в отношении их участников. Согласно одной точке зрения, Комиссии следует сосредоточить свою работу исключительно на ответственности государств за международно-противоправные деяния, в которых потерпевшими сторонами являются также государства.

239. Некоторые члены Комиссии предложили изменить название темы на «Проблемы ответственности государств в случаях правопреемства государств». Кроме того, были внесены предложения в отношении возможного деления проектов статей на несколько структурных частей.

b) Конкретные замечания

i) Проект статьи 5 – Случаи правопреемства государств, подпадающие под действие настоящих проектов статей

240. Члены Комиссии в целом поддержали проект статьи 5, формулировка которого согласуется с предыдущей работой Комиссии. Было отмечено, что данный проект статьи также согласуется с основополагающим принципом *ex injuria jus non oritur* и резолюцией 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи, принятой в 1970 году (Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций). В отношении законности правопреемства некоторые члены

отметили, что, кроме законных и незаконных случаев правопреемства, никакой третьей категории не существует. Другие члены сочли, что вопрос законности правопреемства следует рассматривать отдельно от возможных последствий незаконного правопреемства в плане ответственности, в том числе в отношении любых незаконных территориальных изменений, которые имели место до этого. Было также высказано мнение, что проект статьи 5, возможно, не достигает поставленной цели, поскольку исключение незаконного правопреемства из сферы действия проектов статей парадоксальным образом может давать преимущества незаконным государствам-правопреемникам, поскольку любые выявленные исключения из общего правила о неправопреемстве в отношении ответственности государств могут пониматься как к ним не относящиеся.

ii) *Проект статьи 6 – Общее правило*

241. Хотя члены Комиссии в целом выразили согласие с нормой неправопреемства в отношении ответственности государств, закрепленной в проекте статьи 6, некоторые члены отметили, что формулировка этого проекта статьи является неясной. В этой связи был внесен ряд редакционных предложений, которые, в частности, были направлены на разъяснение того, что ответственность за противоправные деяния в случаях правопреемства государств возникает только для государства, совершившего противоправное деяние, за исключением случаев, когда в проектах статей предусмотрено иное.

242. В отношении правовой основы для общей нормы неправопреемства ряд членов Комиссии поддержали мнение Специального докладчика о том, что это правило вытекает из норм присвоения поведения, закрепленных в статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния, и, в частности, что норма неправопреемства является следствием определения ответственности государств, данного в статье 1 статей об ответственности государств. Вместе с тем другие члены Комиссии сочли, что вопрос присвоения поведения отличается от вопроса правопреемства в отношении ответственности и что использование формулировок, связанных с присвоением поведения, может вызвать путаницу, поскольку вопросы правопреемства в отношении ответственности государств возникают только в связи с международно-противоправными деяниями, которые уже были присвоены государству-предшественнику в соответствии со статьей 2 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния; при отсутствии такого присвоения не будет существовать и ответственности, которую можно было бы передать. Было также высказано мнение, что общие нормы о присвоении поведения и другие нормы об ответственности государств действительно могут быть затронуты нормами о государственном правопреемстве.

243. В связи с пунктом 4 проекта статьи 6 некоторые члены Комиссии сочли, что содержащаяся в нем ссылка на «возмещение» ограничит сферу применения проектов статей только некоторыми аспектами ответственности государств; поэтому необходимо прояснить охват обязательств, вытекающих из международно-противоправного деяния, которые подлежат передаче в случаях правопреемства в отношении ответственности. Другие члены сочли, что пункт 4 подрывает общую норму неправопреемства, закрепленную в первой части проекта статьи 6, и что он вступает в противоречие с общим принципом права, гласящим, что ответственность за противоправное деяние должен нести только нарушитель.

iii) *Проект статьи 7 – Отделение частей государства*

244. Несколько членов Комиссии предложили исключить из проекта статьи 7 и ее названия любые ссылки на «выход», поскольку этот термин может быть истолкован как включающий незаконное правопреемство. Некоторые члены сочли, что ограниченная практика государств не поддерживает исключений из нормы неправопреемства, предусмотренных в проекте статьи 7. Кроме того, слова и выражения «если того требуют особые обстоятельства» (в пунктах 2 и 3), «органом территориальной единицы» (в пункте 2), «прямая связь» и «несут» (в пункте 3) рядом членов Комиссии были сочтены неясными. В отношении пункта 2 было высказано

мнение о том, что, когда деяние, имеющее длящийся характер, осуществляется органом государства-предшественника, который стал органом государства-преемника, передачи ответственности не произойдет, а можно констатировать два отдельных международно-противоправных деяния, каждое из которых подлежало бы присвоению либо государству-предшественнику, либо государству-преемнику. Было также выражено мнение, что к этому и другим проектам статей следует добавить некоторые критерии для распределения прав и обязательств после правопреемства и что дополнительную ясность в этом вопросе может обеспечить концепция несправедливого обогащения. Другие члены Комиссии сочли, что правила, применимые к несправедливому обогащению, возможно, не являются уместными в данном контексте.

245. Несколько членов Комиссии высказались в поддержку пункта 4 проекта статьи 7, и был внесен ряд редакционных предложений в целях дальнейшего уточнения связи между присвоением поведения повстанческого или иного движения и последующей передачей ответственности на дату правопреемства. Были также внесены редакционные предложения в целях объединения этого проекта статьи с проектом статьи 8 и/или проектом статьи 9.

iv) Проект статьи 8 – Новые независимые государства

246. В отношении проекта статьи 8 был внесен ряд редакционных предложений. Этот проект статьи получил поддержку со стороны ряда членов Комиссии. Другие члены выразили сомнение в том, что все еще необходимо принимать проект статьи, посвященной «новым независимым государствам», поскольку это понятие сегодня выглядит анахронизмом. Вместе с тем другие члены отметили, что Генеральная Ассамблея ведет список самоуправляющихся территорий и что случаи правопреемства на основе принципа самоопределения порождают некоторые специфические правовые проблемы, которые не следует упускать из виду. Ряд членов предложили включить определение «нового независимого государства» в список терминов, определяемых в проекте статьи 2.

247. Было высказано мнение, что в число критериев, подлежащих включению в пункт 2 проекта статьи 8, следует внести возможную прямую связь между международно-противоправным деянием и населением, а не только территорией, государства-преемника. В связи с пунктом 3 некоторые члены Комиссии сочли, что понятие «повстанческое или иное движение» включает в себя «национально-освободительные» движения, поэтому здесь возможно использовать ту же формулировку, что и в пункте 4 проекта статьи 7.

v) Проект статьи 9 – Передача части территории государства

248. Что касается проекта статьи 9, то некоторые члены Комиссии отметили, что их мнения относительно проекта статьи 7 применяются *mutatis mutandis* и к этому проекту статьи, в том числе в отношении ограниченной практики государств в поддержку исключений из общей нормы неправопреемства и необходимости уточнить значение некоторых терминов. Был внесен ряд редакционных предложений.

vi) Проект статьи 10 – Объединение государств

249. Несколько членов Комиссии отметили, что в проектах статей 10 и 11, которые касаются ситуации, когда государство-предшественник прекратило свое существование, устанавливается общая презумпция правопреемства в отношении ответственности, что противоречит общей норме неправопреемства в отношении ответственности государств, которая изложена в проекте статьи 6. По их мнению, такая презумпция правопреемства не подтверждается достаточной практикой государств, а находит поддержку лишь в некоторых научных трудах и в работе Института международного права. Примеры, приведенные Специальным докладчиком, зачастую касаются экспроприации, которая сама по себе не является международно-противоправным деянием. Некоторые члены подчеркнули, что, когда нет согласия, просто невозможно делать вывод о переходе обязательств к государству-преемнику. По мнению некоторых членов, политические соображения, лежащие в

основе такого радикального пересмотра общей нормы неправопреемства, на практике могут вести к необъективным или несправедливым результатам. Кроме того, было отмечено, что установление правовых последствий для случаев сохранения или прекращения существования государства-предшественника способно привести к дискриминационным результатам. Другие члены выступили в поддержку проектов статей 10 и 11, устанавливающих определенность правовых последствий для всех международно-противоправных деяний и таким образом обеспечивающих защиту прав потерпевших сторон.

250. К проекту статьи 10 был предложен ряд редакционных поправок, некоторые из которых касались исключения ссылок на различия между способами объединения государств с учетом того, что правовые последствия с точки зрения правопреемства в отношении ответственности были сочтены абсолютно одинаковыми.

vii) *Проект статьи 11 – Разделение государства*

251. В дополнение к упомянутым выше замечаниям, относящимся как к проекту статьи 10, так и к проекту статьи 11, несколько членов Комиссии отметили, что проект статьи 11 сопряжен с особым рода сложностями и потребует тщательного рассмотрения в свете того, что характер разделения государств сильно зависит от контекста, в котором оно происходит.

252. Некоторые члены Комиссии выразили мнение о том, что пункт 1 проекта статьи 11 является неясным, особенно в том, что касается выражения «при условии достижения соглашения»; важно уточнить, какие стороны будут участвовать в таком соглашении и чему оно будет посвящено: распределению ответственности между правопреемниками, или же переходу ответственности как таковой. В отношении пункта 2 некоторые члены полагали, что было бы нецелесообразно вводить обязанность по проведению переговоров, и поэтому придавали важное значение сохранению формулировки этого пункта в виде призыва. Был внесен ряд редакционных предложений.

c) **Окончательная форма**

253. Что касается окончательной формы проекта, то некоторые члены отметили, что одни государства высказались за разработку текста не в форме проекта статей, а, например, в форме проекта руководящих положений или выводов, в то время как другие государства поддержали его разработку в форме проекта статей. Было высказано мнение о том, что окончательная форма может быть определена на более позднем этапе. Некоторые члены отметили, что было бы полезно рассмотреть возможность разработки типовых положений, которые будут использоваться в качестве основы для переговоров по соглашениям о правопреемстве.

d) **Будущая программа работы**

254. Члены Комиссии в целом согласились с предложениями Специального докладчика по будущей программе работы. Кроме того, было высказано мнение о том, что Специальному докладчику следует рассмотреть дополнительные темы, такие как роль международных организаций и последствия политики непризнания для правопреемства в отношении ответственности.

3. **Заключительные замечания Специального докладчика**

255. Подводя итоги прений, Специальный докладчик выразил свою признательность за большое количество высказанных замечаний и высоко оценил готовность к диалогу, направленному на поиск наилучшего и взвешенного подхода к данной теме. В ответ на сомнения по поводу целесообразности и возможности кодификации этой темы Специальный докладчик подтвердил свою точку зрения о том, что тема подходит для кодификации и прогрессивного развития, поскольку она помогает пролить больше света на пробелы, которые остались после предыдущей работы Комиссии по кодификации в двух областях: ответственности государств и правопреемства государств. Рассмотрение темы призвано вести к разъяснению возможного влияния

правопреемства государств на общие нормы ответственности государств, а не к созданию новых норм о правопреемстве государств. По его мнению, тот факт, что подобные вопросы были намеренно оставлены без внимания в ходе работы Комиссии по теме ответственности государств, – это скорее стимул для их дальнейшего рассмотрения Комиссией, чем препятствие. По мнению Специального докладчика, ничто в статьях об ответственности государств за совершение международно-противоправных деяний не указывает на то, что правовые последствия международно-противоправного деяния попросту исчезают по причине правопреемства государств. Специальный докладчик согласился с тем, что Комиссии следует рассмотреть возможность изменения названия темы на «Проблемы ответственности государств в случаях правопреемства государств».

256. Что касается вопросов методологии, и в частности замечаний членов по поводу доступной практики, то Специальный докладчик подчеркнул свое намерение сочетать прогрессивное развитие международного права с его кодификацией в рамках подхода, который согласуется с мандатом Комиссии. Он отметил, что *lex ferenda* и политические соображения мало чем отличаются друг от друга и практика государств, включая двусторонние и многосторонние договоры, также зависит от политических соображений.

257. Специальный докладчик отметил также медленное, но растущее проявление в прецедентном праве тенденции в пользу правопреемства в отношении ответственности государств, в частности среди региональных судов по правам человека. Он признал, что в своем докладе он в значительной степени опирался на научные труды, однако считал, что это согласуется с их ролью как вспомогательного средства выявления правовых норм. Кроме того, Специальный докладчик подчеркнул, что появление первых проектов по этой теме, подготовленных частными кодификационными органами, и в частности Институтом международного права, подтверждает актуальность темы. Он добавил, что Комиссия, однако, не связана предыдущей работой таких органов.

258. Говоря о выявлении общей нормы, лежащей в основе темы правопреемства государств в отношении ответственности, Специальный докладчик согласился с тем, что такая общая норма или нормы необходимы наряду с исключениями, применимыми к отдельным категориям правопреемства. Для цели появления ответственности государства (за его собственное международно-противоправное деяние) такой абсолютной нормой служит неправопреемство – как само деяние, так и нарушенное международное обязательство должны касаться только государства-предшественника. Правовые последствия международно-противоправного деяния, в том числе обстоятельства, исключающие противоправность, обязательство по прекращению этого деяния, а также возможные контрмеры в принципе будут по-прежнему касаться государства-предшественника. На государство-правопреемник не будет возлагаться ответственность за противоправное деяние, которого оно не совершало. Оно может нести ответственность за свои собственные противоправные деяния в таких случаях, как длящиеся нарушения или присвоение деяний повстанческих или иных движений. Кроме того, некоторые исключения из нормы неправопреемства касаются определенных последствий международно-противоправного деяния, которые не исчезают с прекращением государства-предшественника. Эти последствия продолжают существовать точно так же, как продолжают существовать территория, население, имущество или долги в случае правопреемства. Исключительные основания, когда дело обстоит именно таким образом, безусловно, открыты для обсуждения. Тем не менее такие обстоятельства не означают, что на государство-правопреемник будет возлагаться ответственность или вина за деяния, которых оно не совершало; скорее оно заслуживает поощрения, если оно не оставит без возмещения пострадавшие государства или потерпевших лиц.

259. Специальный докладчик указал на то, что главное отличие между случаями, когда государство-предшественник продолжает существовать, и случаями, когда оно прекратило свое существование, основано на характеристике реальных различий и соответствует признанным категориям правопреемства, независимо от возможных политических соображений. Конкретные нормы и исключения, которые будут

предусмотрены в этой связи, должны быть сформулированы таким образом, чтобы не допускать несправедливых и необъективных результатов. Что касается разграничения вопросов правопреемства в отношении обязательств, возникающих в результате международно-противоправного деяния государства-предшественника (рассмотренных во втором докладе), и вопросов, касающихся прав и требований, возникающих в результате международно-противоправного деяния, причинившего вред государству-предшественнику (подлежат рассмотрению в третьем докладе), то Специальный докладчик отметил, что дублирования можно избежать путем объединения в конечном итоге проектов статей, если в этом возникнет необходимость.

260. Кроме того, Специальный докладчик выразил свое согласие с рядом других замечаний и предложений, включая необходимость рассмотрения взаимосвязи между международно-противоправным деянием и населением государства-правопреемника; релевантность согласия потерпевшего государства или потерпевшего лица на любое принятие на себя ответственности государством-преемником; важность соглашений и односторонних заявлений в вопросах правопреемства; и необходимость включения положения, прямо указывающего на субсидиарность проектов статей. Он согласился также с необходимостью добавить в проект статьи 2 ряд определений и с некоторыми редакционными поправками, касающимися структуры и содержания проектов статей.

261. Кроме того, по мнению Специального докладчика, проекты статей должны касаться не только государств как возможных пострадавших субъектов. Такой подход согласуется с первой частью статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, которые также применимы к нарушениям международных обязательств государств по отношению к другим акторам.

262. В отношении проекта статьи 5 Специальный докладчик вновь отметил, что это предложение согласуется с Венской конвенцией о правопреемстве государств в отношении договоров 1978 года и Венской конвенцией о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов 1983 года. Он обратил внимание на сохраняющуюся неясность вопроса о том, насколько полно регламентируются современным международным правом определенные обстоятельства, связанные с образованием новых государств. Проект статьи 5 нацелен на то, чтобы позитивным образом определить материальную сферу действия проектов статей, чтобы это согласовывалось с предыдущей работой Комиссии по вопросу о правопреемстве. Проект статьи никоим образом не направлен на предоставление каких-либо привилегий незаконным государствам-правопреемникам, освобождая их от ответственности; он касается как возможной передачи обязательств, так и передачи прав, вытекающих из ответственности.

263. Что касается проекта статьи 6, то Специальный докладчик готов рассмотреть ряд полученных предложений, которые позволили бы сделать его более четким. В отношении пункта 4 Специальный докладчик отметил, что ссылка на возмещение ущерба не исключает применения других норм об ответственности государств, которые остаются применимыми к государству-предшественнику.

264. Что касается проекта статьи 7, то Специальный докладчик выразил согласие с рядом редакционных предложений, включая удаление всех ссылок на «выход» из него; кроме того, выражение «если того требуют особые обстоятельства» нуждается в дальнейшем уточнении или удалении. Говоря о проекте статьи 8, Специальный докладчик заявил, что, по его мнению, следует сохранить все категории правопреемства, которые ранее рассматривались Комиссией, в том числе категорию новых независимых государств. В отношении как проекта статьи 7, так и проекта статьи 9 Специальный докладчик отметил, что термин «орган территориальной единицы» относится к ситуациям, когда такие органы пользуются существенной степенью автономии, как, например, в случае федеративных государств. Кроме того, он выразил согласие с рядом редакционных предложений, включая те, которые направлены на объединение проектов статей 7, 8 и 9 в единое положение. Специальный докладчик пояснил также, что проекты статей 7, 8 и 9 не нацелены на установление обязательств, которые влекут за собой автоматическую передачу обязательств государству-преемнику.

265. Переходя к проектам статей 10 и 11, Специальный докладчик выразил свое согласие со многими из замечаний, высказанными в ходе прений на пленарных заседаниях. Вместе с тем он подчеркнул, что в проекте статьи 10 устанавливается опровержимая презумпция, а не норма автоматического правопреемства вместо нормы неправопреемства при любых обстоятельствах. Кроме того, по его мнению, нельзя сбрасывать со счетов случаи, касающиеся незаконной экспроприации. Что касается проекта статьи 11, то Специальный докладчик подчеркнул, что речь идет об общем, вводном положении, которое впоследствии будет дополнено еще одним проектом статьи о критериях и нормах распределения обязательств, возникающих в результате международно-противоправного деяния прекратившего свое существование государства-предшественника.

266. Что касается будущей программы работы, то Специальный докладчик отметил поддержку некоторыми членами предложенной им программы работы и выразил согласие с тем, что, возможно, необходимо тщательным образом рассмотреть вопрос об основной тематике третьего доклада о передаче прав или требований потерпевшего государства-предшественника во избежание дублирования работы и что на более позднем этапе вместе с другими вопросами можно рассмотреть также вопрос о роли международных организаций.

Глава XI

Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

А. Введение

267. Комиссия на своей пятьдесят девятой сессии (2007 год) постановила включить тему «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» в свою программу работы и назначила г-на Романа А. Колодкина Специальным докладчиком¹²³⁷. На той же сессии Комиссия просила секретариат подготовить справочное исследование по данной теме, которое было представлено Комиссии на ее шестидесятой сессии (2008 год)¹²³⁸.

268. Специальный докладчик представил три доклада. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад на своей шестидесятой сессии (2008 год), а второй и третий доклады – на своей шестьдесят третьей сессии (2011 год)¹²³⁹. Комиссия не смогла рассмотреть эту тему на своей шестьдесят первой (2009 год) и шестьдесят второй (2010 год) сессиях¹²⁴⁰.

269. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год) Комиссия назначила Специальным докладчиком г-жу Консепсьон Эскобар Эрнандес вместо г-на Колодкина, который вышел из состава Комиссии¹²⁴¹. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика на той же сессии (2012 год), второй доклад на шестьдесят пятой сессии (2013 год), третий доклад на шестьдесят шестой сессии (2014 год), четвертый доклад на шестьдесят седьмой сессии (2015 год) и пятый доклад на шестьдесят восьмой (2016 год) и шестьдесят девятой (2017 год) сессиях¹²⁴². На основе проектов статей, предложенных Специальным докладчиком во втором, третьем, четвертом и пятом докладах, Комиссия к настоящему времени приняла в предварительном порядке семь проектов статей с комментариями к ним. Проект статьи 2 об использовании терминов все еще находится в работе¹²⁴³.

¹²³⁷ На своем 2940-м заседании 20 июля 2007 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, п. 376). Генеральная Ассамблея в пункте 7 своей резолюции 62/66 от 6 декабря 2007 года приняла к сведению решение Комиссии включить эту тему в свою программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее пятьдесят восьмой сессии (2006 год) на основе предложения, содержащегося в приложении А к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10)*, п. 257).

¹²³⁸ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, п. 386. Меморандум, подготовленный секретариатом, см. в [A/CN.4/596](#) и [Corr.1](#).

¹²³⁹ [A/CN.4/601](#), [A/CN.4/631](#) и [A/CN.4/646](#) соответственно.

¹²⁴⁰ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, п. 207; и там же, *шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, п. 343.

¹²⁴¹ Там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, п. 266.

¹²⁴² [A/CN.4/654](#), [A/CN.4/661](#), [A/CN.4/673](#), [A/CN.4/686](#) и [A/CN.4/701](#) соответственно.

¹²⁴³ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пп. 48–49.

На своем 3174-м заседании 7 июня 2013 года Комиссия получила доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке проекты статей 1, 3 и 4, а на своих 3193–3196-м заседаниях 6 и 7 августа 2013 года она приняла комментарии к ним (там же, *шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, пп. 48–49).

На своем 3231-м заседании 25 июля 2014 года Комиссия получила доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке проекты статей 2 е) и 5, а на своих 3240–3242-м заседаниях 6 и 7 августа 2014 года она приняла комментарии к ним.

На своем 3329-м заседании 27 июля 2016 года Комиссия приняла в предварительном порядке проекты статей 2, подпункт f), и 6, принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом и принятые к сведению Комиссией на ее шестьдесят седьмой сессии, и на своих 3345-м и 3346-м заседаниях 11 августа 2016 года Комиссия приняла комментарии к ним (там же, *семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10)*, пп. 194–195 и 250).

В. Рассмотрение темы на данной сессии

270. Комиссии был представлен шестой доклад Специального докладчика (A/CN.4/722), в котором она сначала подвела итоги прений в Комиссии и в Шестом комитете по проекту статьи 7 о преступлениях по международному праву, в отношении которых иммунитет *ratione materiae* применять не следует, который был в предварительном порядке принят Комиссией на ее шестьдесят девятой сессии. Затем в главах II и III Специальный докладчик перешла к рассмотрению процессуальных аспектов иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции. В частности, она начала рассмотрение процессуальных аспектов иммунитета, которое, как ожидается, будет завершено в следующем году: сначала в нем проводится анализ того, каким образом процессуальные аспекты рассматривались в предыдущей работе Комиссии, каким образом такие процессуальные аспекты соответствуют общим границам рассматриваемой темы и подходу, которого Специальный докладчик намерена придерживаться при анализе процессуальных аспектов; а затем рассматриваются три компонента процессуальных аспектов, связанных с концепцией юрисдикции, а именно: а) момент рассмотрения вопроса об иммунитете; б) типа затрагиваемых действий; и с) решение вопроса об иммунитете. Каких-либо новых проектов статей в шестом докладе не предлагается.

271. Как ожидается, рассмотрение процессуальных аспектов будет завершено в седьмом докладе, который должен быть представлен в 2019 году. В седьмом докладе будут изучены такие вопросы, как задействование иммунитета и снятие иммунитета, а также будут рассмотрены аспекты процессуальных гарантий, относящиеся как к государству должностного лица, так и самому иностранному должностному лицу, в том числе гарантии и права, которые должны признаваться за таким должностным лицом; коммуникация между государством суда и государством должностного лица; передача информации государством должностного лица; а также сотрудничество и международная правовая помощь между государством должностного лица и государством суда. Кроме того, в докладе будут проанализированы вопросы сотрудничества между государствами и международными уголовными судами и возможные последствия такого сотрудничества для иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции. Далее в нем будут содержаться предложения по проектам статей, отражающим вопросы, рассматриваемые в настоящем шестом докладе, и тот анализ, который будет проведен в седьмом докладе. Ожидается, что Комиссия завершит первое чтение проектов статей в следующем году.

272. Комиссия рассмотрела шестой доклад на своих 3438–3440-м заседаниях, состоявшихся 30 и 31 июля 2018 года. Прения по этому докладу будут продолжены и завершены на семьдесят первой сессии в 2019 году.

1. Представление Специальным докладчиком своего шестого доклада

273. Предваряя представление шестого доклада, Специальный докладчик заявила, что этот доклад, в отличие от предыдущих, содержит во введении для информационных целей подробное описание прений в Комиссии и в Шестом комитете по проекту статьи 7, принятой Комиссией в предварительном порядке на ее шестьдесят девятой сессии. Это объясняется высокой интенсивностью дискуссии об ограничениях и исключениях из иммунитета и о соответствующем проекте статьи 7, учитывая также чувствительность данного вопроса и расхождения в выраженных мнениях. Кроме того, в ходе прений по проекту статьи 7 внимание обращалось на важность рассмотрения процессуальных аспектов, при котором акцент будет делаться также на процессуальных гарантиях, что для некоторых членов было условием принятия проекта статьи 7.

На своем 3378-м заседании 20 июля 2017 года Комиссия в предварительном порядке приняла проект статьи 7 путем заносимого в отчет о заседании голосования и на 3387–3389-м заседаниях 3 и 4 августа 2017 года приняла комментарий к нему (там же, *семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10)*, pp. 74, 76 и 140–141).

274. Подчеркивая важность рассмотрения в рамках данной темы процессуальных аспектов, Специальный докладчик напомнила, что эти аспекты затрагивались в меморандуме секретариата¹²⁴⁴, в третьем докладе бывшего Специального докладчика¹²⁴⁵, а также самой Специальным докладчиком в ее предыдущих докладах¹²⁴⁶, в том числе в неофициальном концептуальном документе о процессуальных положениях и гарантиях, который был обсужден в ходе неофициальных консультаций на сессии Комиссии в 2017 году, а также в ходе интерактивного диалога в Шестом комитете в 2017 году. Специальный докладчик отметила, что в своей предыдущей работе Комиссия сосредоточила внимание на моменте, когда должен рассматриваться вопрос об иммунитете, задействовании и снятии иммунитета, действиях, затрагиваемых иммунитетом, а также решении вопроса о наличии иммунитета. Кроме того, Комиссия рассматривала связанный с этой темой анализ понятия юрисдикции, а также взаимосвязь между ограничениями и исключениями из иммунитета и процессуальными гарантиями. В действительности Комиссия исходила из того, что на определенном этапе она рассмотрит процессуальные положения и гарантии, применимые к настоящим проектам статей. Специальный докладчик напомнила также о том, что процессуальные аспекты рассматривались Шестым комитетом, в частности на шестьдесят шестой сессии Генеральной Ассамблеи.

275. Вместе с тем Специальный докладчик отметила, что в последующие годы при рассмотрении в Комиссии процессуальных аспектов иммунитета больше внимания уделялось не столько классическим аспектам процедуры, таким как время рассмотрения, задействие иммунитета и его снятие, сколько необходимости введения процессуальных гарантий для недопущения политизации и злоупотреблений при осуществлении уголовной юрисдикции в отношении иностранных должностных лиц. Такой же сдвиг отмечался и в ходе обсуждений в Шестом комитете, где интерес к процессуальным аспектам тесно увязывался с сохранением и укреплением режима иммунитета и принципа суверенного равенства государств, а также с обеспечением гарантий соблюдения надлежащей правовой процедуры. Хотя Специальный докладчик подчеркивала, что необходимость в анализе и введении процессуальных гарантий для недопущения политизированных процессов и злоупотреблений осуществлением юрисдикции – это не новый вопрос, ибо аналогичная озабоченность выражалась и в прошлом, дебаты по данному вопросу стали более интенсивными в 2016 и 2017 годах в контексте обсуждения проекта статьи 7.

276. Специальный докладчик подчеркнула важность рассмотрения процессуальных аспектов иммунитета, поскольку в данном случае речь идет об иммунитете от иностранной уголовной юрисдикции. Она заявила, что, рассмотрев процессуальные аспекты, Комиссия могла бы сформулировать предложения в отношении уважения суверенного равенства государств, а также других правовых принципов и ценностей международного сообщества в целом (включая борьбу с безнаказанностью). Она отметила также, что посредством рассмотрения процессуальных аспектов можно обеспечить предоставление государственному должностному лицу, которое может быть затронуто осуществлением иностранной уголовной юрисдикции, всех процессуальных гарантий, признанных международным правом, в частности международным правом прав человека. По мнению Специального докладчика, надлежащее рассмотрение процессуальных аспектов благодаря включению в режим иммунитета нейтрального элемента обеспечит правовую определенность как для государства суда, так и для государства должностного лица. Кроме того, оно позволит уменьшить воздействие политических факторов и избежать ненужных утверждений о неправомерном преследовании должностного лица иностранного государства по политическим или иным мотивам, а также будет способствовать укреплению доверия между соответствующими государствами.

¹²⁴⁴ A/CN.4/596 и Corr.1.

¹²⁴⁵ A/CN.4/646.

¹²⁴⁶ A/CN.4/654, A/CN.4/661 и A/CN.4/701.

277. Что касается диапазона возможных вопросов для обсуждения, то Специальный докладчик подчеркнула, что рассмотрение процессуальных аспектов требует изучения ряда отдельных вопросов, в том числе: а) что понимается под уголовной «юрисдикцией»; б) на каких действиях государства суда сказывается иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции; в) кто определяет применимость иммунитета и каковы последствия такого определения для иммунитета; г) когда начинает действовать иммунитет от иностранной юрисдикции; д) является ли задействование иммунитета необходимым и кто может его задействовать; е) как осуществляется снятие иммунитета и кем оно осуществляется; ж) каковы последствия снятия иммунитета для осуществления юрисдикции; з) как будет обеспечиваться коммуникация между государством суда и государством должностного лица и какие механизмы могут быть использованы для осуществления такой коммуникации; и) какие механизмы, если они существуют, позволяют государству должностного лица добиваться того, чтобы его правовая позиция была известна и учитывалась судами государства при определении применимости иммунитета в том или ином конкретном случае; й) как содействовать международной правовой помощи и сотрудничеству между государством суда и государством должностного лица; к) в какой степени и посредством каких процедур будет учитываться обязательство сотрудничать с международным уголовным судом; и л) как передать судебное производство, начатое в государстве суда, в государство должностного лица или, при необходимости, в международный уголовный суд.

278. Для решения этих разнообразных вопросов, по мнению Специального докладчика, необходимо учитывать ряд критериев, включая следующие: а) присутствие в юрисдикции государства суда иностранного элемента, определенного как «должностное лицо государства», которое, по крайней мере с точки зрения иммунитета *ratione materiae*, действует в официальном качестве; б) необходимость установления баланса между правом государства суда осуществлять свою юрисдикцию и правом государства должностного лица обеспечить уважение иммунитета своих должностных лиц; в) необходимость отыскания баланса между соблюдением функционального и представительского иммунитета государственных должностных лиц и ведением борьбы с безнаказанностью за совершение серьезных преступлений по международному праву; и г) предоставление должностным лицам государства процессуальных прав и гарантий, признаваемых международным правом прав человека.

279. В этой связи Специальный докладчик считала важным придерживаться широкого и всеобъемлющего подхода, учитывающего следующие четыре самостоятельных, но при этом взаимодополняющих аспекта:

а) процессуальные последствия для иммунитета, вытекающие из концепции юрисдикции, в частности в отношении момента рассмотрения вопроса об иммунитете, выявления действий государства суда, которые могут быть затронуты иммунитетом, и вопросов, касающихся определения наличия иммунитета;

б) процессуальные элементы с самостоятельным процессуальным значением, связанные с применением или неприменением иммунитета в конкретном случае, которые выступают в качестве гарантии первого уровня для государства должностного лица, в частности вопросы, касающиеся задействования иммунитета и его снятия;

в) процессуальные гарантии для государства должностного лица, в частности механизмы содействия коммуникации и консультациям между ним и государством суда и механизмы передачи информации между соответствующими судебными органами, а также инструменты международного правового сотрудничества и взаимопомощи между заинтересованными государствами;

г) процессуальные гарантии, проистекающие из концепции справедливого судебного разбирательства, включая соблюдение международного права прав человека.

280. Кроме того, Специальный докладчик считала, что Комиссии необходимо рассмотреть последствия обязательства сотрудничать с международным уголовным судом для иммунитета должностных лиц иностранного государства.

281. Специальный докладчик подчеркнула, что рассмотрение различных процессуальных вопросов требует получения от государств информации об их практике. Она выразила признательность за полученные от государств замечания и вновь обратилась с просьбой о представлении комментариев.

282. Переходя к содержанию шестого доклада, Специальный докладчик отметила, что, несмотря на то, что различные процессуальные аспекты иммунитета являются взаимосвязанными и требуют целостного подхода, основное внимание в докладе уделяется последствиям концепции юрисдикции для процессуальных аспектов иммунитета. Она напомнила о предложенном определении термина «юрисдикция», включенном в ее второй доклад, которое все еще находится на рассмотрении Редакционного комитета. Несмотря на то, что шестой доклад не ставит своей целью вновь открыть общее обсуждение понятия юрисдикции, Специальный докладчик подчеркнула важность юрисдикции для некоторых процессуальных аспектов. Соответственно, шестой доклад в основном посвящен ответам на вопросы «когда», «что» и «кто» путем изучения: а) момента рассмотрения вопроса об иммунитете, б) действий органов государства суда, на которых может сказываться иммунитет; и с) органа, компетентного принимать решение о применимости иммунитета.

283. Что касается момента рассмотрения вопроса об иммунитете, то Специальный докладчик подчеркнула, что компетентным органам государства следует рассматривать вопрос о существовании иммунитета на раннем этапе процесса, поскольку в противном случае иммунитет утратит свою полезность и свой смысл. Вместе с тем она подчеркнула, что определить, что подразумевается под таким «ранним этапом» непросто, в особенности ввиду большого разнообразия практик и процедур, связанных с уголовным процессом в различных национальных правовых системах. Таким образом, по мнению Специального докладчика, момент рассмотрения вопроса об иммунитете должен определяться путем сочетания двух элементов: а) стадия уголовной процедуры (расследование, уголовное преследование и судебное разбирательство); и б) обязывающий и принудительный характер любых мер, которые должны быть приняты, и их воздействие на должностное лицо иностранного государства.

284. Руководствуясь этими критериями, Специальный докладчик пришла к следующим выводам:

а) иммунитет должен рассматриваться судами государства суда при первой же возможности, когда они начинают осуществлять свою юрисдикцию и до принятия любого решения по существу дела; и, в любом случае, когда они вынуждены принимать любые меры по наложению непосредственно на такое должностное лицо обязательств, которые в случае их невыполнения могут привести к применению принудительных мер и которые, возможно, могут препятствовать надлежащему выполнению им своих государственных функций. Соответственно, вопрос об иммунитете иностранного государственного должностного лица должен рассматриваться судами: а) до начала преследования иностранного должностного лица; б) до предъявления такому должностному лицу обвинений или передачи его дела в суд; или с) до начала судебных слушаний;

б) вопрос о применимости иммунитета на этапе дознания или расследования вызывает больше сомнений, однако он должен быть рассмотрен до принятия любых мер по наложению на должностное лицо обязательств, которые в случае их невыполнения могут привести к применению принудительных мер и которые, возможно, могут препятствовать надлежащему выполнению им своих государственных функций, в частности выдачи ордера на арест, предъявления обвинительного заключения или применения некоторых временных мер;

с) как представляется, было бы неправильно делать вывод о том, что иммунитет от юрисдикции должен рассматриваться автоматически с самого начала расследования, особенно с учетом того, что простые следственные действия, как

правило, не имеют обязательной силы, не затрагивают непосредственно государственных должностных лиц и не влияют на выполнение ими своих функций.

285. В качестве заключительного замечания она подчеркнула важность сохранения различия между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae* в отношении момента времени рассмотрения вопроса об иммунитете, особенно с учетом различных требований для идентификации главы государства, главы правительства или министра иностранных дел, с одной стороны, и любых других должностных лиц государства, с другой.

286. Что касается видов действий, затрагиваемых иммунитетом, то Специальный докладчик отметила, что меры, которые напрямую затрагиваются иммунитетом, включают в себя предъявление уголовного обвинения, вызов в суд в качестве подследственного или для участия в слушании в целях подтверждения обвинений, решение о подтверждении обвинений, передача дела в суд, вызов в суд в качестве обвиняемого по уголовному делу, судебный приказ о заключении под стражу или ходатайство об экстрадиции или выдаче иностранного должностного лица. Все эти действия имеют юрисдикционный характер, непосредственно влияют на должностное лицо государства или могут оказывать влияние на выполнение им своих государственных функций либо препятствовать их выполнению.

287. Специальный докладчик также определила круг других действий органа власти государства суда, которые могут оказывать воздействие на иностранное должностное лицо и на иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции. В их числе: а) действия, которые носят по сути исполнительный характер, включая, например, задержание иностранного должностного лица на территории государства суда в рамках полицейской операции или на основании международного ордера на арест, или регистрация ордера на обыск или ордера на арест в международных системах сотрудничества органов полиции; б) действия, которые, несмотря на то, что они квалифицируются как имеющие судебный характер, обычно преследуют цель осуществления уголовной юрисдикции в отношении третьего лица, а не иностранного должностного лица, в том числе, например, вызов в суд в качестве свидетеля или приказ суда государства суда предоставить ему информацию, находящуюся в распоряжении должностного лица; с) обеспечительные меры, которые могут быть предписаны судом в государстве суда при осуществлении им юрисдикции в отношении иностранного должностного лица, но которые сами по себе не направлены на установление уголовной ответственности такого лица, включая, например, временные меры по аресту имущества иностранного должностного лица.

288. По мнению Специального докладчика, вопрос о том, влияет ли на такие действия иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, зависит от разнообразных факторов, в том числе, с учетом разницы между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*: а) различия между иммунитетом от юрисдикции и неприкосновенностью; б) различия между личностью должностного лица и имуществом, на которое требуется наложить арест; и с) обязательного и принудительного характера такой меры и ее воздействия на осуществление иностранным должностным лицом своих функций. Таким образом, вопрос о влиянии иммунитета на такие действия необходимо рассматривать отдельно в каждом конкретном случае.

289. По вопросу об определении наличия иммунитета, в частности выявлении органа в государстве суда, который компетентен рассмотреть и решить вопрос о применимости иммунитета, Специальный докладчик отметила, что органом, компетентным выносить окончательное заключение по данному вопросу, будут суды государства суда, хотя представляется также возможным принятие такого решения несудебными органами (например, прокуратурами), которые осуществляют расследование или предварительное производство, и в этой связи встает вопрос о взаимоотношении иммунитета и любых действий, на которые влияет иммунитет.

290. Специальный докладчик подчеркнула, что утверждение о том, что иностранный суд компетентен вынести окончательное заключение относительно наличия или отсутствия иммунитета, не обязательно подразумевает, что другие государственные

органы или власти не могут выражать свои мнения по этому вопросу, действуя совместно с судами в ходе решения вопроса об иммунитете. В любом случае, возможности для выражения своего мнения другими органами или государственными властями зависят от национального права. Она придерживается аналогичной точки зрения относительно информации, предоставляемой государством должностного лица, которая может иметь большое значение для решения суда по вопросу об иммунитете. Специальный докладчик заявила, что данная проблема станет предметом анализа в седьмом докладе, где будут рассматриваться вопросы сотрудничества.

291. По мнению Специального докладчика, при принятии решения о наличии или отсутствии иммунитета суды государства суда должны учитывать различные элементы в зависимости от того, идет ли речь об определении иммунитета *ratione personae* или же об определении иммунитета *ratione materiae*. В первом случае достаточно, чтобы суд оценил, обладает ли государственное должностное лицо статусом главы государства, главы правительства или министра иностранных дел и выступает ли оно в этом качестве на момент рассмотрения вопроса о его иммунитете. В случае иммунитета *ratione materiae* суд должен решить: а) является ли данное лицо государственным должностным лицом; б) были ли рассматриваемые деяния совершены им в официальном качестве; в) были ли рассматриваемые деяния совершены должностным лицом в течение срока его полномочий; и d) подпадают ли рассматриваемые деяния под любую из категорий преступлений по международному праву, к которым иммунитет *ratione materiae* не применяется.

292. Кроме того, Специальный докладчик рассказала о программе будущей работы, описанной в пункте 271 выше.

2. Краткое изложение прений

293. С учетом ограниченности времени, имевшегося для рассмотрения этого доклада на нынешней сессии, обсуждение шестого доклада будет продолжено на семьдесят первой сессии. Поэтому выступившие в ходе прений члены Комиссии подчеркивали предварительный характер своих заявлений, оставляя за собой право высказать дополнительные замечания по докладу в следующем году.

а) Общие замечания

294. Члены Комиссии дали высокую оценку Специальному докладчику за ее прекрасный и основательный доклад, хотя некоторые члены выразили сожаление в связи с его поздним опубликованием, а также в связи с тем, что проекты статей по вопросам, проанализированным в докладе, будут представлены лишь в следующем году. Было отмечено, что в докладе рассмотрены не все процессуальные аспекты и не проанализирована взаимосвязь между процессуальными и материально-правовыми аспектами данной темы. Некоторые другие члены Комиссии отметили, что, хотя проекты статей в шестом докладе не предложены, проведенный в нем анализ существенным образом расширяет понимание процессуальных вопросов. Несколько членов выразили надежду на своевременное представление седьмого доклада в следующем году.

295. Члены Комиссии подчеркнули сохраняющуюся важность этой темы для государств. В этой связи некоторые члены отметили заинтересованность Африканского союза во включении в повестку дня Генеральной Ассамблеи просьбы о вынесении Международным Судом консультативного заключения по вопросу об иммунитете и взаимосвязи между статьями 27 и 98 Римского статута Международного уголовного суда для государств-участников в соответствии с международным правом. Отмечалась высокая политическая чувствительность и юридическая сложность этой темы, которая способна повлиять не только на международные отношения, но и на практику судов на национальном уровне, что дает возможность оказать государствам помощь в гармонизации их процедур, касающихся иммунитета государственных должностных лиц. Было также подчеркнуто, что рассмотрение темы требует детального обсуждения и осторожного и внимательного анализа практики государств. В этой связи некоторые члены выразили сожаление в связи с отсутствием примеров практики из определенных регионов или практики в

отношении определенных аспектов иммунитета *ratione materiae*. Другие члены Комиссии отметили скудность практики и доктрины в вопросах, касающихся процессуальных аспектов и гарантий.

296. Некоторые члены также обратили внимание на связи между данной темой и другими темами текущей программы работы Комиссии, включая преступления против человечности и императивные нормы международного права (*jus cogens*), а также тему об универсальной уголовной юрисдикции, включенную в долгосрочную программу Комиссии на текущей сессии. Это имеет определенные последствия для Комиссии, поскольку требует поиска общего подхода для обеспечения согласованности и предотвращения фрагментации международного права. Некоторые члены напомнили о необходимости разрабатывать данную тему в увязке с другими соответствующими режимами, в частности с положениями пункта 1 статьи 27 Римского статута Международного уголовного суда.

297. Было сочтено, что обсуждение процессуальных вопросов имеет большое значение для обеспечения того, чтобы иммунитеты, когда они применимы, соблюдались в интересах стабильности международных отношений и уважения суверенного равенства государств. Не менее важно учитывать юрисдикцию государства суда, необходимость борьбы с безнаказанностью и права соответствующего государственного должностного лица. Поэтому некоторые члены призвали тщательно обдумать виды разрабатываемых процедур. Такие процедуры, как было указано, должны быть нацелены на достижение тонкого баланса между различными интересами, включая уважение иммунитета и обеспечение стабильности международных отношений, учитывая при этом ограничения иммунитета в контексте борьбы с безнаказанностью.

298. Ряд членов Комиссии высказались в поддержку предложенного Специальным докладчиком подхода, предполагающего широкое и всестороннее рассмотрение процессуальных аспектов. Кроме того, члены указали на важность рассмотрения двух компонентов процессуальных аспектов: традиционных соображений, касающихся таких вопросов как момент рассмотрения, задействие и снятие иммунитета, а также, что еще более важно, целого ряда соображений, касающихся гарантий, в свете, в частности, хотя и не исключительно, принятия проекта статьи 7.

b) Замечания по изложению прений по проекту статьи 7

299. Выступившие члены Комиссии выразили признательность за краткое изложение в шестом докладе содержания прений по проекту статьи 7 и напомнили об обстоятельствах принятия этого проекта статьи, обратив внимание на различные компоненты дискуссии, которые, по их мнению, имеют существенно важное значение. Некоторые члены вновь выразили свое неудовлетворение по поводу способа принятия проекта статьи 7 и тех последствий, которые это будет иметь для методов работы Комиссии. Некоторые другие члены привлекли внимание к важности того, чтобы Комиссия четко сориентировала государства по вопросу о том, отражает ли проект статьи 7 существующие нормы обычного международного права или является прогрессивным развитием международного права. Ввиду ожидаемого завершения данной темы в первом чтении в следующем году некоторые члены считали, что Комиссия вполне может еще раз рассмотреть содержание проекта статьи 7 не только для того, чтобы решить, является ли он отражением обычного международного права или его прогрессивным развитием, но и чтобы сгладить определенную неловкость по поводу метода его принятия. Некоторые другие члены, однако, напомнили, что суть данной темы составляет рассмотрение ограничений и исключений. В этой связи было отмечено, что обсуждение процессуальных вопросов позволит обеспечить справедливое и эффективное применение проекта статьи 7. В то же время было подчеркнуто, что процессуальные положения и гарантии касаются всего свода проектов статей, а не только проекта статьи 7. Несколько членов Комиссии выразили надежду на то, что эти аспекты будут рассмотрены в седьмом докладе в следующем году. Согласно другому мнению, реалистичность перспективы сбалансировать за счет набора процессуальных гарантий формулировки концептуального и принципиального характера, содержащиеся в проекте статьи 7, вызывает сомнение.

с) **Замечания в отношении процессуальных аспектов, рассматриваемых в шестом докладе**

300. В связи с концепцией юрисдикции некоторые члены Комиссии, принимая во внимание предыдущие предложения Специального докладчика по проекту статьи 2, которые находятся на рассмотрении Редакционного комитета, отметили, что для целей проектов статей по данной теме нет абсолютной необходимости определять уголовную «юрисдикцию». Для того чтобы наметить параметры юрисдикции в отношении процессуальных аспектов, достаточно следовать функциональному подходу. Было предложено в общем методологическом плане проводить различие между общей концепцией юрисдикции, включая общие основы юрисдикции государства, и вопросом об органах, которые компетентны осуществлять уголовную юрисдикцию конкретного государства. Некоторые другие члены Комиссии сочли определение юрисдикции необходимым, поскольку оно обеспечит определенность в отношении сферы применения уголовной юрисдикции, на которую воздействуют нормы об иммунитете.

301. С точки зрения методологии было сочтено целесообразным сохранить различие между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae* при рассмотрении процессуальных положений и в дальнейшем также гарантий, несмотря на то, что некоторые члены отметили, что это различие не следует преувеличивать.

302. Члены в целом заявили о том, что они с нетерпением ожидают получения проектов статей о процессуальных аспектах, рассмотренных в шестом докладе, которые будут представлены Специальным докладчиком в седьмом докладе.

i) *Момент рассмотрения вопроса об иммунитете*

303. Что касается вопроса о времени, то в целом было сочтено, что это та область, которая может быть рассмотрена Комиссией и по которой она могла бы сформулировать ценное руководство, основываясь на существующем прецедентном праве и практике.

304. В любом случае члены подчеркнули важность рассмотрения вопроса об иммунитете на ранней стадии производства по делу, с тем чтобы избежать путаницы на более позднем этапе. На основе прецедентного права было подтверждено, что вопросы иммунитета как предварительные вопросы должны решаться в оперативном порядке и *in limine litis*. Было отмечено, что в консультативном заключении по делу *О споре, касающемся судебного-процессуального иммунитета Специального докладчика Комиссии по правам человека*, Международный Суд заявил, что этот принцип является «общепризнанным принципом процессуального права», цель которого заключается в том, чтобы не «сводить на нет суть нормы об иммунитете»¹²⁴⁷.

305. Тем не менее некоторые члены Комиссии сочли важным рассмотреть, как это было предложено Специальным докладчиком, некоторые практические аспекты, например что имеется в виду под выражениями «на раннем этапе» или «при первой же возможности», посчитав их неточными и двусмысленными. Было подтверждено, что, по меньшей мере в отношении иммунитета *ratione personae*, в Ванкуверской резолюции Института международного права 2001 года об иммунитете от юрисдикции и исполнения судебных решений в отношении глав государств и правительств в области международного права было указано, что иммунитет и неприкосновенность, на которые имеет право глава иностранного государства, должны быть предоставлены «ему или ей, как только станет известно о таком статусе». Соответственно, было отмечено, что вопрос об иммунитете должен рассматриваться незамедлительно и в любом случае при возбуждении процедуры и до принятия в отношении должностного лица государства обязывающих мер, которые препятствуют ему в осуществлении его функций. Кроме того, было высказано мнение, что определенные рекомендации относительно практических аспектов, связанных с безотлагательностью

¹²⁴⁷ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1999*, p. 62, at p. 88, para. 63.

«незамедлительных» действий, можно вывести из дела *Авены*¹²⁴⁸; Суд истолковал этот термин как не обязательно означающий «сразу же после ареста и до начала допроса».

306. Некоторые члены признали сложность принятия решения о применении норм об иммунитете на этапе расследования с учетом многообразия национального права и практики в области расследования и судебного преследования. Комиссии все еще необходимо изучить этот вопрос и представить практические рекомендации для государств.

307. Было высказано мнение о том, что рассмотрение вопроса об иммунитете должно в принципе охватывать всю уголовную процедуру, начиная с расследования и включая арест, задержание, выдачу, передачу дела, предъявление обвинения, прокурорский надзор, досудебный этап и временные меры защиты, а также официальные судебные разбирательства и вынесение судебных решений и приведение их в исполнение.

308. Некоторые члены усомнились в возможности однозначно утверждать, что иммунитет напрямую не применяется на этапах расследования, поскольку многое зависит от обстоятельств каждого дела, а также права и практики соответствующих государств. Этот вопрос требует дальнейшего изучения.

ii) *Затрагиваемые действия*

309. В отношении действий государств суда, на которые распространяется иммунитет, члены Комиссии в целом согласились с тремя категориями, описанными Специальным докладчиком в шестом докладе, которые следует изучить, а именно: заключение под стражу, явка в качестве свидетеля и обеспечительные меры. Некоторые члены считали необходимым прояснить, что имеется в виду под «действиями, затрагиваемыми иммунитетом». По мнению некоторых, было бы полезно провести различие между уголовным расследованием ситуации и уголовным расследованием по конкретному делу для целей иммунитета. Особое внимание следует уделять именно второму случаю. В этой связи особый акцент делался на обязательных действиях по применению принудительных мер к должностному лицу государства. В этой связи было отмечено, что иммунитет должен рассматриваться до применения к должностному лицу государства обязательных мер, препятствующих выполнению его функций.

310. По оценке некоторых членов, такие меры включают выдачу ордера на арест, предъявление уголовного обвинения, вызов в суд в качестве подозреваемого или для участия в слушаниях на предмет утверждения обвинений, судебные слушания и запрос о выдаче или передаче. Было также отмечено, что не все действия, совершаемые в ходе уголовного производства, предполагают применение к должностному лицу принудительных мер. Например, было отмечено, что заявление об уголовном правонарушении само по себе не оказывает прямого влияния на исполнение должностным лицом своих обязанностей.

311. Члены Комиссии подчеркнули важность аспекта принудительности мер пресечения и, как следствие, создаваемых ими препятствий для осуществления официальных функций должностного лица. Они напомнили, что в деле *Об ордере на арест от 11 апреля 2000 года* Суд сослался на защиту соответствующего лица от любых действий властей другого государства, которые помешали бы ему выполнять свои обязанности¹²⁴⁹, в то время как в деле *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи по уголовным делам* Суд подчеркнул, что «для выяснения того, было ли совершено посягательство на иммунитет главы государства, необходимо проверить, был ли он подвергнут действию принудительной меры органа власти»¹²⁵⁰.

¹²⁴⁸ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12.

¹²⁴⁹ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at p. 22, para. 54.

¹²⁵⁰ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 177, at p. 237, para. 170.

312. Некоторые члены предложили глубже изучить воздействие неприкосновенности на иммунитет, особенно на иммунитет *ratione materiae*, вместо того, чтобы чрезмерно полагаться на дедуктивную методологию или делать определенные выводы из практики, имеющей отношение к иммунитету *ratione personae*. Было также высказано мнение о том, что более подробного анализа заслуживает роль Международной организации уголовной полиции и ее практика, в частности ее система «красных уведомлений».

313. Некоторые члены выразили мнение о необходимости дальнейшего изучения вопросов, связанных с вызовом в качестве свидетеля, особенно применительно к иммунитету *ratione materiae*, в том числе в ходе сбора доказательных материалов и документов.

314. Некоторые члены также сочли, что дальнейшего рассмотрения требует вопрос об обеспечительных мерах.

iii) Решение вопроса о наличии иммунитета

315. Некоторые члены согласились со Специальным докладчиком в том, что органом, компетентным решать вопрос о наличии иммунитета и при его наличии – о существовании из него исключений, являются суды государства суда. Тем не менее было высказано мнение, что Комиссии следует рассмотреть процессуальное требование, согласно которому осуществление юрисдикции в отношении должностного лица должно подлежать компетенции вышестоящего суда, а не магистратского суда низшей инстанции.

316. Некоторые члены поддержали важность учета роли органов исполнительной власти. В этой связи было обращено внимание на роль, которую выполняют на национальном уровне министерства иностранных дел.

317. Некоторые другие члены подчеркнули важность рассмотрения – в рамках сферы охвата настоящей темы и с целью формулирования возможных ограничений – вопросов прокурорской дискреции. Это необходимо для того, чтобы избежать злоупотреблений или политически мотивированного уголовного преследования. Было отмечено, что принятие руководящих принципов для прокуроров поможет сдерживать произвольное или агрессивное использование дискреционных полномочий прокуратуры против «тройки» и других должностных лиц государства. И наоборот, такие руководящие принципы станут механизмом защиты от отказа от осуществления прокурорских полномочий в случае совершения государственным должностным лицом серьезного преступления по международному праву, которое остается безнаказанным.

318. Некоторые члены подчеркнули важность обеспечения определенности норм о надлежащей процедуре правоприменения. В случае сомнений или отсутствия ясности было предложено обращаться в государственный орган, уполномоченный выдавать правоприменительным органам надлежащие инструкции, с учетом роли, которую играют в этой связи министерства иностранных дел.

319. Было также предложено изучить вопрос об урегулировании споров по вопросам иммунитета в международных судах и трибуналах. Необходимо будет также рассмотреть вопрос о возможной роли Совета Безопасности в вопросах, касающихся исполнения ордеров на арест или исполнения приказов о предоставлении документов.

320. Некоторые члены высказались за дальнейшее изучение возможного использования варианта снятия иммунитета государством должностного лица.

d) Замечания в отношении процессуальных гарантий и мер защиты

321. Рассмотрение процессуальных гарантий и мер защиты, по мнению членов, имеет решающее значение для успешного завершения работы над данной темой. Было отмечено, что следует проводить различие между гарантиями надлежащей правовой процедуры и другими гарантиями соблюдения международного права прав человека для конкретного лица и гарантиями, которые призваны защитить стабильность международных отношений и избежать политической мотивированности и

произвольности уголовного преследования. Рассмотреть необходимо оба эти аспекта, и было высказано мнение, что для выработки эффективных гарантий следует рассмотреть вопрос о последствиях отказа в иммунитете должностному лицу в государстве суда не только в целом, но и в непосредственном преломлении к проекту статьи 7.

322. В связи с процессуальными гарантиями, затрагивающими соответствующее иностранное должностное лицо, внимание было обращено, например, на Международный пакт о гражданских и политических правах, особенно на его положения, гарантирующие минимальные международные стандарты в ходе уголовного разбирательства, включая арест и содержание под стражей (статья 9), справедливое обращение с подозреваемыми и обвиняемыми (статья 10) и право на справедливое судебное разбирательство (статья 14).

323. В отношении гарантий, которые могут иметь последствия для стабильности международных отношений, и связанного с этим проекта статьи 7 было отмечено, что крайне важно, чтобы Комиссия приложила усилия в направлении отыскания какой-либо общей позиции. В этой связи для решения вопросов, вытекающих из проекта статьи 7, было предложено разработать конкретные гарантии. Такие гарантии могли бы предусматривать, что осуществление уголовной юрисдикции на основе проекта статьи 7 допустимо лишь при следующих условиях: а) иностранное должностное лицо должно находиться на территории государства суда; б) доказательства того, что должностное лицо совершило предполагаемое правонарушение, учитывая его исключительную тяжесть, должны быть «неопровержимыми»¹²⁵¹; в) решение государства суда возбудить уголовное производство в отношении иностранного должностного лица должно быть принято правительством или прокуратурой на самом высоком уровне; и d) государство суда обязано сотрудничать с государством должностного лица.

324. Было отмечено также, что обязанность сотрудничать в этой связи означает, что государство суда должно уведомить государство должностного лица о намерении возбудить уголовное производство и выяснить, желает ли государство должностного лица снять иммунитет со своего должностного лица; если же государство должностного лица может и желает передать дело для судебного преследования в свои собственные суды, государство суда обязано передать производство и выдать предполагаемого правонарушителя в государство должностного лица либо, по договоренности между соответствующими государствами, передать его в компетентный международный суд или трибунал. Если государство должностного лица не может или не желает передать дело для судебного преследования в свои собственные суды или в международный суд или трибунал, государство суда должно, прежде чем разрешить дальнейшее судебное преследование национальными инстанциями, заявить о своей готовности передать предполагаемого правонарушителя компетентному международному суду или трибуналу, если такой суд или трибунал обладает соответствующей юрисдикцией.

325. Некоторые члены подчеркнули важность роли, которую может играть государство должностного лица в осуществлении юрисдикции в отношении своих собственных должностных лиц. Было также высказано мнение о том, что вопросы, поднимаемые проектом статьи 7, едва ли удастся решить через процессуальные нормы и гарантии.

е) Будущая работа

326. Выступавшие члены в целом высказались в поддержку плана будущей работы, предложенного Специальным докладчиком, подчеркивая необходимость получить в седьмом докладе полный свод проектов статей по процессуальным аспектам. Было

¹²⁵¹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, at p. 129, para. 209.*

высказано пожелание завершить первое чтение проектов статей по данной теме на следующей сессии.

327. Вместе с тем, хотя некоторые члены поддержали предложение изучить возможные последствия обязательства сотрудничать с Международным уголовным судом для режима иммунитета должностных лиц государства, другие выступили против такого предложения, посчитав его несовместимым с согласованной сферой охвата проекта статьи 1, согласно которой проекты статей не затрагивают иммунитета от уголовной юрисдикции на основании специальных норм международного права. Было также высказано мнение о том, что, возможно, было бы целесообразно рассмотреть процессуальные последствия для иммунитета, вытекающие из обязательств по конвенциям, в соответствии с которыми определенные в них преступления могут совершаться государственными должностными лицами.

328. Некоторые члены подчеркнули важность разработки возможного механизма коммуникации между государством суда и государством должностного лица на основе системы субсидиарности и дополняемости. Такая система будет способствовать проведению расследований и уголовному преследованию государством должностного лица.

329. Некоторые члены считали полезным прояснить взаимосвязь между процессуальными аспектами задействования иммунитета, особенно иммунитета *ratione materiae*, и их последствиями, в том числе для международной ответственности соответствующего государства.

330. Прения по шестому докладу будут продолжены и завершены на семьдесят первой сессии Комиссии.

Глава XII

Празднование семидесятой годовщины создания Комиссии

А. Введение

331. На своей шестьдесят восьмой сессии (2016 год) Комиссия рекомендовала провести юбилейные мероприятия в 2018 году в ходе своей семидесятой сессии на заседаниях в Нью-Йорке и Женеве. В связи с этим Комиссия рекомендовала провести в Нью-Йорке торжественное заседание продолжительностью полдня с участием приглашенных высокопоставленных лиц, а также неофициальное совещание (тоже продолжительностью полдня) с делегатами Шестого комитета Генеральной Ассамблеи для обмена мнениями о работе Комиссии, о взаимодействии между Комиссией и Шестым комитетом и о роли обоих органов в поощрении прогрессивного развития и кодификации международного права. Комиссия далее рекомендовала провести в Женеве полуторжественную конференцию, посвященную своей работе, с участием юрисконсультос государств и международных организаций, ученых и других видных юристов-международников. Кроме того, Комиссия рекомендовала обсудить доклад о работе этих совещаний на ежегодном совещании юрисконсультос в Нью-Йорке и издать публикацию по итогам юбилейных мероприятий. Комиссия попросила секретариат, в консультации с Председателем Комиссии и Председателем Группы по планированию, начать подготовку к проведению торжественных мероприятий¹²⁵². Генеральная Ассамблея с удовлетворением приняла к сведению эти рекомендации¹²⁵³.

332. На своей шестьдесят девятой сессии (2017 год) Комиссия подтвердила планы проведения юбилея, отметив, что конференции в Женеве будут предшествовать заседание высокого уровня, на которое будут приглашены высокопоставленные лица. Был учрежден консультативный комитет¹²⁵⁴, который вместе с секретариатом продолжал работать в межсессионный период с целью подготовки к проведению торжественных мероприятий.

333. Комиссия рекомендовала далее провести мероприятия в Нью-Йорке 21 мая 2018 года, а мероприятия в Женеве 5 и 6 июля, объединив их общей темой: «70 лет Комиссии международного права – подведение итогов и взгляд в будущее»¹²⁵⁵. Генеральная Ассамблея с удовлетворением приняла к сведению рекомендацию Комиссии о подготовке к празднованию семидесятой годовщины ее создания и призвала государства выделить добровольные взносы в целях содействия празднованию¹²⁵⁶.

В. Юбилейная семидесятая сессия Комиссии международного права

334. На своем 3392-м заседании 1 мая 2018 года Комиссия заслушала брифинг о подготовке к проведению юбилейной семидесятой сессии Комиссии.

335. Комиссия отметила семидесятую годовщину своего создания посредством проведения в Нью-Йорке 21 мая 2018 года и в Женеве 5 и 6 июля 2018 года мероприятий, посвященных общей теме «70 лет Комиссии международного права – подведение итогов и взгляд в будущее». В Нью-Йорке на своем 3407-м заседании

¹²⁵² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10)*, пп. 327–332.

¹²⁵³ Резолюция 71/140 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 2016 года.

¹²⁵⁴ В состав Консультативной группы вошли: Председатель Комиссии, г-н Георг Нольте, Председатель Группы по планированию, г-н Эдуардо Валенсия-Оспина, г-н Синья Мурасэ, г-н Якуба Сиссе и г-н Павел Штурма.

¹²⁵⁵ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10)*, пп. 279–281.

¹²⁵⁶ Резолюция 72/116 Генеральной Ассамблеи от 7 декабря 2017 года.

21 мая 2018 года Комиссия провела торжественное заседание продолжительностью полдня, за которым в ходе 3408-го заседания последовал обмен мнениями с представителями Шестого комитета Генеральной Ассамблеи во второй половине дня. На 3407-м заседании с торжественными речами выступили Председатель Комиссии г-н Эдуардо Валенсия-Оспина, Председатель Генеральной Ассамблеи г-н Мирослав Лайчак, заместитель Генерального секретаря по правовым вопросам и Юриконсульт Организации Объединенных Наций г-н Мигель де Серпа Суареш – от имени Генерального секретаря, Председатель Шестого комитета Генеральной Ассамблеи г-н Бурхан Гафур, Постоянный представитель Швейцарии в Организации Объединенных Наций г-н Юрг Лаубер и советник по правовым вопросам Государственного департамента Соединенных Штатов Америки г-жа Дженнифер Ньюстед.

336. С основным докладом выступил г-н Нико Схрейвер – профессор международного публичного права в Центре международных исследований в области права им. Гроция при Лейденском университете и ректор Института международного права.

337. В ходе обмена мнениями с Шестым комитетом на 3408-м заседании Комиссии г-н Гафур и г-н Валенсия-Оспина выступили с вступительными замечаниями, после чего были проведены две групповые дискуссии.

338. В первой группе, обсуждавшей тему «Комиссия и Шестой комитет: структурные вызовы», были рассмотрены следующие вопросы: какие вызовы возникнут в будущем на пути прогрессивного развития международного права и его кодификации; следует ли Комиссии уделять больше внимания общему международному праву или же конкретным областям международного права; необходимо ли пересмотреть вопрос о различии между прогрессивным развитием и кодификацией; и кому именно адресована работа Комиссии – только государствам или также судам и другим акторам.

339. Дискуссия проходила под председательством г-на Валенсии-Оспиной, а в качестве экспертов выступили г-н Франсуа Алабрюн из Министерства иностранных дел Франции, г-н Махмуд Хмуд, г-жа Джанин Кой Фелсон из Постоянного представительства Белиза и г-н Эрнест Петрич.

340. В рамках второй группы, обсуждавшей тему «Комиссия и Шестой комитет: размышления о взаимодействии в прошлом и будущем», рассматривались следующие вопросы: как Шестой комитет взаимодействует с Комиссией в официальном и неофициальном порядке в целях содействия прогрессивному развитию международного права и его кодификации; каким образом эти органы повлияли друг на друга и каковы были их совместные успехи и трудности; какие практические меры можно было бы принять в целях укрепления взаимодействия между Шестым комитетом и Комиссией; как Комиссии следует оформлять результаты работы и как их следует рассматривать Шестому комитету; и какой должна стать Комиссия через 10 лет.

341. Дискуссия проходила под председательством г-на Гафура, а в качестве экспертов выступили г-н Евгений Загайнов из Министерства иностранных дел Российской Федерации, г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес, г-н Анхель Орна из Постоянного представительства Перу и г-н Хуссейн А. Хассуна.

342. Мероприятие в Женеве включало в себя торжественное заседание и совещание с юриконсультами государств и другими экспертами по международному праву, посвященное различным аспектам работы Комиссии в области прогрессивного развития международного права и его кодификации. На 3422-м заседании 5 июля 2018 года с торжественными речами выступили: г-н Валенсия-Оспина; г-н Мигель де Серпа Суареш; директор Управления международного права и юриконсульт Федерального департамента иностранных дел Швейцарии г-жа Коринн Сисерон Бюлер; и заместитель Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека г-жа Кейт Гилмор.

343. С основным докладом выступил Председатель Международного Суда г-н Абдулкави Ахмед Юсуф.

344. В ходе совещаний с юрисконсультами и экспертами по международному праву, которые состоялись на 3423-м и 3424-м заседаниях Комиссии 5 и 6 июля 2018 года, с вступительными замечаниями выступил Председатель шестьдесят девятой сессии Комиссии г-н Георг Нольте, а также было проведено пять групповых дискуссий.

345. В первой группе, обсуждавшей тему «Комиссия и ее воздействие», были рассмотрены следующие вопросы: какова судьба результатов работы Комиссии; какое воздействие работа Комиссии оказала на практику государств, в том числе на судебные решения и на правовое научное сообщество; и в какой степени форма работы Комиссии повлияла на воздействие этой работы.

346. Дискуссия проходила под председательством Постоянного представителя Республики Мозамбик в Женеве г-на Педру Комиссариу Афонсу, а в качестве экспертов выступили г-н Алехандро Родилес из Автономного технологического института Мехико, г-жа Лоранс Буасон де Шазурн из Женевского университета и г-н Павел Штурма.

347. В рамках второй группы по теме «Методы работы Комиссии» обсуждались следующие вопросы: следует ли Комиссии и далее адаптировать свои методы работы к результатам этой работы; как изменилась ее коммуникация с другими органами и лицами и как эту коммуникацию можно улучшить; роль специальных докладчиков; роль Редакционного комитета; роль комментариев; роль Отдела кодификации; и прочие вопросы, касающиеся содействия.

348. Дискуссия проходила под председательством г-на Александара Гаджича из Министерства иностранных дел Сербии, а в качестве экспертов выступили г-жа Данае Азария из Лондонского университетского колледжа, г-н Морис Камто из Университета Яунде II и г-н Синья Мурасэ.

349. В третьей группе по теме «Функции Комиссии: соотношение между выявлением существующего права и правотворчеством» обсуждались следующие вопросы: необходимость «Комиссии международного права» – вчера (и сегодня); верно ли утверждение о том, что между прогрессивным развитием права и его кодификацией, как правило, трудно проводить различие, или же существуют темы, в которых такому различию следует уделять особое внимание в работе Комиссии; и на чем Комиссии следует делать особый упор: на консолидации существующего права или на разработке нового права.

350. Дискуссия проходила под председательством г-жи Давинии Азиз из Генеральной прокуратуры Сингапура, а в качестве экспертов выступили г-н Чэнь Ифэнг из Пекинского университета, г-жа Инета Зиемеле из Рижской школы права и г-н Шон Мерфи.

351. В рамках четвертой группы по теме «Меняющийся ландшафт международного права» обсуждались следующие вопросы: Комиссия и развитие международного права – оценка через 70 лет; какими следующими темами следует заняться Комиссии; следует ли пересмотреть методы выбора тем, используемые Комиссией; и какую роль могут играть государства в определении таких тем.

352. Дискуссия проходила под председательством г-жи Элинор Хаммаршельд из Министерства иностранных дел Швеции, а в качестве экспертов выступили г-жа Хаджер Гелдиш из Университета Карфагена, г-н Кун Гван Ли из Сеульского национального университета и г-н Клаудио Гроссман Гилофф.

353. В пятой группе по теме «Полномочия и состав Комиссии в будущем» обсуждались следующие вопросы: как воспринимают Комиссию и результаты ее работы правительства, суды и другие международные нормотворческие органы и процессы; нуждаются ли в улучшении отношения с Шестым комитетом; влияют ли на работу Комиссии различия в правовых традициях, региональном происхождении и профессиях ее членов; как достичь гендерного паритета и, возможно, других форм

многообразия, таких как многообразие поколений; и какими будут возможности и проблемы Комиссии в предстоящем десятилетии.

354. Дискуссия проходила под председательством бывшего члена Комиссии г-на Джамшида Момтаза из Тегеранского университета, а в качестве экспертов выступили г-жа Зузана Травничкова из Пражского университета экономики, г-жа Моника Пинто из Университета Буэнос-Айреса и г-н Дире Глади.

355. Председатель Комиссии выступил с заключительными замечаниями.

356. Памятные мероприятия в Нью-Йорке и Женеве сопровождались множеством параллельных мероприятий, в которых приняли участие члены Комиссии и представители государств, международных организаций и академических институтов. Параллельные мероприятия включали в себя: неофициальный обмен мнениями по вопросам иммунитета должностных лиц государства, преступлений против человечности и выявления обычного международного права, организованный Афроазиатской консультативно-правовой организацией; лекцию г-на Синья Мураэ о ходе работы Комиссии по теме защиты атмосферы, состоявшуюся в рамках серии лекций в Библиотеке им. Дага Хаммаршёльда; групповую дискуссию по вопросу о роли Комиссии в деле борьбы с безнаказанностью, организованную Бразилией, Республикой Корея, Словакией и Швейцарией; мероприятие на тему «Преимущества (и недостатки) универсальной юрисдикции», организованное Коста-Рикой; лекцию г-жи Нилуфер Орал на тему «Изменение климата и защита океанов: история о двух режимах», состоявшуюся в рамках серии лекций в Библиотеке им. Дага Хаммаршёльда; групповую дискуссию на тему «Кодификация международного права: назад в будущее», организованную Программой Организации Объединенных Наций по праву американского отделения Ассоциации международного права; неофициальную дискуссию по вопросу о взаимосвязи между иммунитетом и безнаказанностью на международном уровне, а также о практических последствиях результатов выявления норм обычного международного права, организованную Афроазиатской консультативно-правовой организацией; диалог на тему «Путь вперед в направлении универсальной юрисдикции: диалог с членами Комиссии», организованный Коста-Рикой; групповую дискуссию на тему «Повышение вклада малых и развивающихся государств в работу Комиссии», организованную Ганой, Гондурасом, Сент-Люсией и Фиджи; лекцию г-на Ки Габ Пака о *lex lata* и *lex ferenda* в недавней работе Комиссии, состоявшуюся в рамках серии лекций в Библиотеке им. Дага Хаммаршёльда; групповую дискуссию о проектах статей о защите людей в случае бедствий, организованную Колумбией по случаю семидесятой сессии Комиссии; групповую дискуссию на тему «Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния: *quo vadis?*», организованную Бразилией; обсуждение текущих вопросов в области правопреемства государств, организованное Чешской Республикой и Словенией; обсуждение за круглым столом по вопросам достижения гендерного паритета в составе Комиссии под названием «Семь женщин за семьдесят лет», организованное Испанией, Китаем, Португалией, Турцией, Финляндией и Швецией; лекцию г-жи Патрисии Галван Телиш на тему «Как выглядит Комиссия в глазах государств-членов, научных кругов и Международного Суда», состоявшуюся в рамках серии лекций в Библиотеке им. Дага Хаммаршёльда; и групповую дискуссию о глобальном пакте по вопросам окружающей среды, организованную Комиссией по окружающей среде Клуба юристов.

357. В рамках этих мероприятий Секретариат организовал в Нью-Йорке, Женеве и Гааге фотовыставки об истории кодификации международного права и достижениях Комиссии.

358. Генеральная Ассамблея в своей резолюции [72/116](#) от 7 декабря 2017 года призвала государства вносить добровольные взносы в целевой фонд Управления по правовым вопросам, с тем чтобы способствовать поощрению международного права, оказывая содействие празднованию семидесятой годовщины Комиссии. Следующие щедрые финансовые взносы были получены от правительств: Ирландия (10 000 долл. США); Катар (10 000 долл. США); Китай (10 000 долл. США); Португалия (5 043 долл. США, специально предназначенных для оплаты приема по случаю выставки; см. пункт ниже); Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

(2 000 фунтов стерлингов); Сингапур (5 000 долл. США); Финляндия (10 000 евро); Чили (50 000 долл. США); Шри-Ланка (5 000 долл. США). Денежные взносы были получены также от Стамбульского университета Билджи (5 000 долл. США) и других организаций (4 000 долл. США).

359. Следующие правительства сделали взносы натурой: Вьетнам, Индия и Япония организовали обед в Нью-Йорке 21 мая 2018 года; Республика Корея совместно с Португалией (см. предыдущий пункт) организовали прием по случаю выставки в Нью-Йорке 21 мая 2018 года; Румыния организовала вечерний прием в Нью-Йорке 21 мая 2018 года; Германия организовала обед в Женеве 5 июля 2018 года; Швейцария обеспечила музыкальное сопровождение в ходе торжественного заседания и вечернего приема 5 июля 2018 года; а Австрия и Чешская Республика организовали обед 6 июля 2018 года.

360. Комиссия весьма признательна за эти щедрые взносы, которые были использованы для покрытия издержек и непредвиденных расходов, связанных с организацией мероприятий в Нью-Йорке и Женеве. К ним относятся: путевые расходы (билеты и суточные) основного докладчика в Нью-Йорке и ведущих дискуссионных групп, приглашенных на мероприятия в Женеве; подготовка информационных материалов; организация фотовыставки, включая прием по случаю ее открытия в Нью-Йорке; украшения, музыка и легкие закуски в конференц-зале в Женеве; и различные приемы.

361. Подробная информация о торжественных мероприятиях, состоявшихся по случаю семидесятой годовщины, будет представлена в публикации, которая будет подготовлена и опубликована в кратчайшие сроки и получит как можно более широкое распространение. Часть средств целевого фонда были отложены для обеспечения того, чтобы эта публикация стала доступной для потенциальных пользователей, в том числе из развивающихся стран.

362. Комиссия отмечает, что Журнал права Международного университета Флориды 26 и 27 октября 2018 года организует симпозиум по теме «Вклад Комиссии международного права в развитие международного права за прошедшие и следующие 70 лет: кодификация, прогрессивное развитие или и то, и другое?».

Глава XIII

Другие решения и выводы Комиссии

A. Общие принципы права

363. На своем 3433-м заседании 19 июля 2018 года Комиссия постановила включить в свою программу работы тему «Общие принципы права» и назначить г-на Марсело Васкеса-Бермудеса Специальным докладчиком по ней.

B. Просьбы Комиссии относительно подготовки секретариатом исследований по темам, включенным в повестку дня Комиссии

364. На своем 3441-м заседании 2 августа 2018 года Комиссия просила переиздать меморандум секретариата о путях и средствах обеспечения большей доступности доказательств обычного международного права (A/CN.4/710), чтобы отразить в нем текст проектов выводов и комментариев по теме «Выявление обычного международного права», принятый во втором чтении.

365. На своем 3451-м заседании 9 августа 2018 года Комиссия решила обратиться к секретариату с просьбой подготовить меморандум с информацией о договорах, зарегистрированных в соответствии со статьей 102 Устава Организации Объединенных Наций, которые могут иметь отношение к ее будущей работе по теме «Правопреемство государств в отношении ответственности государств».

C. Программа, процедуры и методы работы Комиссии и ее документация

366. На своем 3390-м заседании 30 апреля 2018 года Комиссия учредила Группу по планированию на текущую сессию.

367. Группа по планированию провела три заседания 1 мая, 30 и 31 июля 2018 года. Ей были представлены раздел G «Прочие решения и выводы Комиссии» тематического резюме обсуждения, состоявшегося в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее семьдесят второй сессии (A/CN.4/713); резолюция 72/116 Генеральной Ассамблеи от 7 декабря 2017 года по докладу Комиссии международного права о работе ее шестьдесят девятой сессии; и резолюция 72/119 Генеральной Ассамблеи от 7 декабря 2017 года о верховенстве права на национальном и международном уровнях.

1. Рабочая группа по долгосрочной программе работы

368. На своем 1-м заседании 1 мая 2018 года Группа по планированию решила вновь учредить Рабочую группу по долгосрочной программе работы под председательством г-на Махмуда Д. Хмуда. Председатель Рабочей группы представил устный доклад о ходе работы Рабочей группы на текущей сессии Группе по планированию на ее 2-м заседании 30 июля 2018 года. Группа по планированию приняла этот устный доклад к сведению.

369. На текущей сессии Комиссия по рекомендации Рабочей группы постановила рекомендовать включить в долгосрочную программу работы Комиссии следующие темы:

- a) универсальная уголовная юрисдикция; и
- b) повышение уровня моря и его связь с международным правом.

370. При отборе тем Комиссия руководствовалась своей рекомендацией в отношении критериев для отбора тем, озвученной на пятидесятой сессии (1998 год), а именно: a) тема должна отражать потребности государств в отношении прогрессивного развития и кодификации международного права; b) тема должна

находиться на достаточно продвинутой стадии с точки зрения практики государств, чтобы делать прогрессивное развитие и кодификацию возможными; и с) тема должна быть конкретной и подходить для прогрессивного развития и кодификации. Комиссия решила далее, что ей не следует ограничиваться традиционными темами и что она может также рассматривать темы, которые отражают новые изменения в области международного права и насущные интересы международного сообщества в целом. Комиссия сочла, что работа над обеими темами внесет полезный вклад в прогрессивное развитие международного права и его кодификацию. Обоснования разработки двух выбранных тем приводятся в приложениях А и В к настоящему докладу.

2. Рабочая группа по методам работы Комиссии

371. На своем 1-м заседании 1 мая 2018 года Группа по планированию решила вновь учредить Рабочую группу по методам работы Комиссии под председательством г-на Хуссейна А. Хассуны. Председатель Рабочей группы представил Группе по планированию на ее 2-м заседании, состоявшемся 30 июля 2018 года, устный доклад о ходе работы Рабочей группы на нынешней сессии. Группа по планированию приняла этот устный доклад к сведению.

3. Рассмотрение резолюции 72/119 Генеральной Ассамблеи от 7 декабря 2017 года по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях

372. В своей резолюции 72/119 от 7 декабря 2017 года о верховенстве права на национальном и международном уровнях Генеральная Ассамблея, в частности, вновь предложила Комиссии представить в своем докладе Генеральной Ассамблее комментарии относительно своей нынешней роли в поощрении верховенства права. Начиная со своей шестидесятой сессии (2008 год) Комиссия ежегодно представляет комментарии о своей роли в поощрении верховенства права. Комиссия отмечает, что комментарии, содержащиеся в пунктах 341–346 ее доклада 2008 года¹²⁵⁷, сохраняют актуальность, и подтверждает комментарии, представленные на ее предыдущих сессиях¹²⁵⁸.

373. Комиссия напоминает о том, что верховенство права определяет само существо ее работы. Цель Комиссии, как она определена в статье 1 положения о Комиссии, заключается в поощрении прогрессивного развития и кодификации международного права.

374. Памятуя о принципе верховенства права, Комиссия при выполнении всей своей работы в полной мере сознает важность имплементации международного права на национальном уровне и преследует цель поощрения уважения верховенства права на международном уровне.

375. При осуществлении своего мандата, касающегося прогрессивного развития и кодификации международного права, Комиссия будет и впредь в надлежащих случаях принимать во внимание верховенство права в качестве руководящего принципа работы и права человека, которые имеют основополагающее значение для верховенства права, как это отражено в тексте преамбулы и в статье 13 Устава Организации Объединенных Наций и в Декларации совещания на высоком уровне

¹²⁵⁷ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10).*

¹²⁵⁸ Там же, *шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, п. 231; там же, *шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пп. 390–393; там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пп. 392–398; там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пп. 274–279; там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пп. 171–179; там же, *шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, пп. 273–280; там же, *семидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/70/10)*, пп. 288–295; там же, *семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10)*, пп. 314–322; там же, *семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10)*, пп. 269–278.

Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях¹²⁵⁹.

376. В своей текущей работе Комиссия отдает себе отчет в существовании «взаимозависимости между обеспечением верховенства права и тремя основными направлениями работы Организации Объединенных Наций (мир и безопасность, развитие и права человека)»¹²⁶⁰ без выделения одного элемента за счет другого. В этой связи Комиссии известно, что в Повестке дня в области устойчивого развития на период до 2030 года признается необходимость эффективного верховенства права и благого управления на всех уровнях¹²⁶¹. При осуществлении своего мандата, касающегося прогрессивного развития и кодификации международного права, Комиссия сознает текущие вызовы в области обеспечения верховенства права.

377. Напоминая, что Генеральная Ассамблея подчеркнула важность поощрения обмена национальной передовой практикой в области верховенства права¹²⁶², Комиссия хотела бы напомнить, что значительная часть ее работы состоит в сборе и анализе национальной практики, касающейся верховенства права, с тем чтобы оценить ее возможный вклад в прогрессивное развитие и кодификацию международного права. В этой связи Комиссия особо отмечает важность информации, предоставляемой государствами в ответ на ее запросы.

378. Принимая во внимание роль многосторонних договорных процессов в продвижении верховенства права¹²⁶³, Комиссия напоминает о том, что работа Комиссии по различным темам привела к нескольким многосторонним договорным процессам и принятию ряда многосторонних договоров¹²⁶⁴.

379. В ходе настоящей сессии Комиссия продолжала вносить свой вклад в обеспечение верховенства права, в том числе путем выполнения работы по темам «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров» (принята во втором чтении на этой сессии), «Выявление обычного международного права» (принята во втором чтении на этой сессии), «Временное применение договоров» (принята в первом чтении на этой сессии), «Охрана атмосферы» (принята в первом чтении на этой сессии), «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции», «Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)», «Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами» и «Правопреемство государств в отношении ответственности государств». Еще одной темой текущей программы работы Комиссии является тема «Преступления против человечности» (принята в первом чтении на предыдущей сессии). Комиссия также постановила включить в свою программу работы новую тему – «Общие принципы права».

380. Комиссия вновь заявляет о своей приверженности верховенству права во всей своей деятельности.

4. Рассмотрение пунктов 13 и 14 резолюции 72/116 Генеральной Ассамблеи от 7 декабря 2017 года по докладу Комиссии международного права о работе ее шестьдесят девятой сессии

381. Ссылаясь на свое решение провести часть своей сессии, приуроченную к празднованию семидесятой годовщины создания Комиссии, в Центральных учреждениях Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке с 30 апреля по 1 июня

¹²⁵⁹ Резолюция 67/1 Генеральной Ассамблеи от 30 ноября 2012 года («Декларация совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях»), п. 41.

¹²⁶⁰ Доклад Генерального секретаря об оценке эффективности поддержки со стороны системы Организации Объединенных Наций в деле поощрения верховенства права в конфликтных и постконфликтных ситуациях, S/2013/341, 11 июня 2013 года, п. 70.

¹²⁶¹ Резолюция 70/1 Генеральной Ассамблеи от 21 октября 2015 года, п. 35.

¹²⁶² Резолюция 72/119 Генеральной Ассамблеи от 7 декабря 2017 года, пп. 2 и 24.

¹²⁶³ Там же, п. 9.

¹²⁶⁴ Конкретнее по этому вопросу см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/70/10)*, п. 294.

2018 года, Комиссия с удовлетворением отмечает необходимые административные и организационные меры, принятые секретариатом. Эти меры, в частности, помогли упростить взаимодействие между членами Комиссии и представителями правительств, в особенности представителями Шестого комитета и других органов.

5. Вознаграждение

382. Комиссия подтверждает свои уже изложенные в предыдущих докладах мнения по вопросу о вознаграждении, который возник в связи с принятой Генеральной Ассамблеей резолюцией 56/272 от 27 марта 2002 года¹²⁶⁵. Комиссия подчеркивает, что резолюция 56/272 особенно затрагивает специальных докладчиков, поскольку она ставит под угрозу поддержку их исследовательской работы.

6. Документация и публикации

383. Комиссия вновь подчеркнула уникальный характер своей работы по прогрессивному развитию и кодификации международного права в том смысле, что при рассмотрении вопросов международного права она придает особое значение практике государств и решениям национальных и международных судов. Комиссия вновь заявила о важности представления и распространения всей информации о практике государств и других источниках международного права, имеющих отношение к выполнению Комиссией своей функции. Доклады специальных докладчиков Комиссии требуют соответствующего изложения прецедентов и других относящихся к делу данных, включая договоры, судебные решения и доктрину, а также тщательного анализа рассматриваемых вопросов. Комиссия подчеркивает, что она и ее специальные докладчики полностью осознают необходимость добиваться уменьшения общего объема документации во всех случаях, когда это возможно, и будет и впредь учитывать данные соображения. Сознавая преимущества максимально возможной краткости, Комиссия вновь заявляет о своей твердой убежденности в том, что нельзя априори устанавливать ограничения в отношении объема документации и исследовательских проектов, относящихся к работе Комиссии. Из этого следует, что нельзя требовать от специальных докладчиков сократить объем их доклада после его представления в секретариат, независимо от каких-либо предварительных оценок его объема, произведенных секретариатом до его представления. Ограничения по количеству слов не применимы к документации Комиссии, как это было неоднократно подтверждено Генеральной Ассамблеей¹²⁶⁶. Комиссия подчеркивает также важность своевременной подготовки докладов специальными докладчиками и своевременной же передачи их в секретариат для обработки и достаточно заблаговременного представления Комиссии, с тем чтобы в идеале обеспечить выпуск докладов на всех официальных языках за четыре недели до начала соответствующей части сессии Комиссии. В связи с этим Комиссия

¹²⁶⁵ См. там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/57/10)*, пп. 525–531; там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/58/10)*, п. 447; там же, *пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10)*, п. 369; там же, *шестидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/60/10)*, п. 501; там же, *шестидесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10)*, п. 269; там же, *шестидесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, п. 379; там же, *шестидесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10)*, п. 358; там же, *шестидесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, п. 240; там же, *шестидесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, п. 396; там же, *шестидесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, п. 399; там же, *шестидесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, п. 280; там же, *шестидесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, п. 181; там же, *шестидесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, п. 281; и там же, *семидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/70/10)*, п. 299; там же, *семьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/71/10)*, п. 333; там же, *семьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/72/10)*, п. 282.

¹²⁶⁶ Соображения относительно ограничения объема докладов специальных докладчиков по количеству страниц см., например, *Ежегодник... 1977 год*, т. II (часть вторая), с. 154, и *Ежегодник... 1982 год*, т. II (часть вторая), сс. 152–153. См. также резолюцию 32/151 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1977 года, п. 10, и резолюцию 37/111 Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1982 года, п. 5, а также последующие резолюции по ежегодным докладом Комиссии, представляемым Генеральной Ассамблее.

подтвердила свою просьбу о том, чтобы а) специальные докладчики представляли свои доклады в сроки, установленные секретариатом; и б) секретариат и впредь обеспечивал публикацию официальных документов Комиссии в надлежащее время на всех шести официальных языках Организации Объединенных Наций.

384. Комиссия подтвердила свое твердое мнение о том, что краткие отчеты Комиссии, представляющие собой важную часть подготовительной работы по прогрессивному развитию и кодификации международного права, не могут подлежать произвольным ограничениям в отношении их объема. Комиссия вновь с удовлетворением отметила, что меры по упорядочению обработки кратких отчетов Комиссии, принятые на ее шестьдесят пятой сессии (2013 год), привели к более оперативной передаче кратких отчетов на английском и французском языках членам Комиссии для своевременной правки и ускоренного выпуска окончательных текстов. Комиссия призывает секретариат возобновить практику подготовки кратких отчетов на английском и французском языках и продолжать свои усилия по поддержанию данных мер в целях обеспечения оперативной передачи предварительных отчетов членам Комиссии. Комиссия приветствовала также тот факт, что эти методы работы привели к более рациональному использованию ресурсов, и призвала секретариат содействовать подготовке окончательных отчетов на всех официальных языках без ущерба для их точности.

385. Комиссия выразила признательность всем службам, занимающимся обработкой документации, как в Женеве, так и в Нью-Йорке, за их усилия по обеспечению своевременной и эффективной обработки ее документов, несмотря на зачастую очень жесткие ограничения по времени. Она подчеркнула, что своевременная и эффективная обработка документации необходима для планомерной работы Комиссии.

386. Комиссия вновь подтвердила свою приверженность многоязычию и напоминает, что первостепенное значение в ее работе следует уделять равенству всех шести официальных языков Организации Объединенных Наций, что было подчеркнуто в резолюции Генеральной Ассамблеи [69/324](#) от 11 сентября 2015 года.

387. Комиссия выразила искреннюю признательность Библиотеке Центральных учреждений Организации Объединенных Наций за предоставленные помещения и помощь во время проведения этапа заседаний Комиссии в Нью-Йорке, в особенности за организацию цикла лекций с участием членов Комиссии.

388. Комиссия вновь выразила искреннюю признательность Библиотеке Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве, которая продолжает исключительно эффективно и компетентно помогать членам Комиссии.

389. Комиссия выразила свои глубокие соболезнования в связи с кончиной г-жи Ирины Герасимовой, высоко оценив ее многолетнюю помощь, приверженность делу и профессионализм в исполнении долга библиотекаря, специализирующегося в области права, в библиотеке Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве.

7. Ежегодник Комиссии международного права

390. Комиссия вновь выразила мнение, что *Ежегодник Комиссии международного права* имеет важнейшее значение для понимания работы Комиссии в области прогрессивного развития и кодификации международного права, а также для укрепления верховенства права в международных отношениях. Комиссия приняла к сведению, что Генеральная Ассамблея в своей резолюции [72/116](#) выразила признательность правительствам, которые внесли добровольные взносы в целевой фонд для устранения отставания в публикации *Ежегодника*, и предложила делать новые взносы в целевой фонд.

391. Комиссия рекомендует Генеральной Ассамблее, как и в ее резолюции [72/116](#), с удовлетворением констатировать достигнутый в последние несколько лет заметный прогресс в сокращении отставания в публикации *Ежегодника* на всех шести языках и приветствовать усилия Отдела конференционного управления Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве, особенно его Секции редактирования, в деле эффективного осуществления соответствующих резолюций Генеральной

Ассамблеи, в которых содержится призыв сократить отставание; а также призвать Отдел конференционного управления и впредь на постоянной основе оказывать необходимую поддержку Секции редактирования в продвижении работы над *Ежегодником*.

8. Помощь Отдела кодификации

392. Комиссия выразила признательность Отделу кодификации секретариата за неоценимую помощь в обеспечении ее основного обслуживания, за продолжающееся содействие, предоставляемое специальным докладчикам, и за подготовку по просьбе Комиссии углубленных научных исследований по различным аспектам рассматриваемых тем. В частности, Комиссия выразила Секретариату свою признательность за подготовку меморандума по теме «Пути и средства обеспечения большей доступности доказательств международного обычного права» (A/CN.4/710).

9. Веб-сайты

393. Комиссия выразила глубокую признательность секретариату за веб-сайт, посвященный работе Комиссии, и с удовлетворением отметила меры по его постоянному обновлению и улучшению¹²⁶⁷. Комиссия вновь отметила, что этот и другие веб-сайты, обслуживаемые Отделом кодификации¹²⁶⁸, представляют собой бесценный ресурс как для самой Комиссии, так и для широкого круга лиц, изучающих деятельность Комиссии, и содействуют тем самым общему совершенствованию преподавания, изучения, распространения и более широкого признания международного права. Комиссия приветствовала тот факт, что на веб-сайте, посвященном работе Комиссии, размещена информация о ходе рассмотрения тем, включенных в повестку дня Комиссии, а также ссылки на предварительные отредактированные варианты кратких отчетов Комиссии и аудиозаписи пленарных заседаний Комиссии.

10. Библиотека аудиовизуальных материалов Организации Объединенных Наций по международному праву

394. Комиссия вновь с удовлетворением отметила чрезвычайную ценность библиотеки аудиовизуальных материалов Организации Объединенных Наций по международному праву¹²⁶⁹ с точки зрения содействия углублению знаний о международном праве и работе Организации Объединенных Наций в этой области, в том числе о работе Комиссии.

D. Сроки и место проведения семьдесят первой сессии Комиссии

395. Комиссия приняла решение о том, что ее семьдесят первая сессия состоится в Женеве с 29 апреля по 7 июня и с 8 июля по 9 августа 2019 года.

E. Сотрудничество с другими органами

396. Межамериканский юридический комитет на нынешней сессии Комиссии был представлен его Председателем г-ном Эрнаном Салинасом Бургосом, который выступил в Комиссии на 3420-м заседании 4 июля 2018 года¹²⁷⁰. Он представил краткий обзор деятельности Комитета по различным правовым вопросам, сосредоточив внимание на деятельности за 2017 год. После этого состоялся обмен мнениями.

397. Специальный комитет консультантов по международному публичному праву Совета Европы на нынешней сессии Комиссии был представлен Председателем

¹²⁶⁷ <http://legal.un.org/ilc>.

¹²⁶⁸ Общую информацию см. URL: <http://legal.un.org/cod/>.

¹²⁶⁹ www.un.org/law/avl/.

¹²⁷⁰ Это выступление отражено в кратком отчете о данном заседании.

Комитета г-жой Пяйви Каукоранта и главой Отдела международного публичного права и Управления международных договоров Директората юридических консультаций и международного публичного права, секретарем Комитета, г-жой Мартой Рекеной, которые выступили перед членами Комиссии на 3433-м заседании 19 июля 2018 года¹²⁷¹. Они рассказали о текущей деятельности Комитета в области международного публичного права, а также о деятельности Совета Европы. После этого состоялся обмен мнениями.

398. В ответ на инициативу Комиссии Африканского союза по международному праву (КАСМП) и в соответствии с пунктом 1 статьи 26 Положения о своей деятельности Комиссия рекомендовала во время второй части своей семьдесят первой сессии провести совещание с КАСМП в контексте мероприятий по празднованию десятой годовщины создания КАСМП. Комиссия просит секретариат в консультации с Председателем Комиссии и членами Расширенного бюро изучить возможности проведения такого совещания.

399. 18 июля 2018 года состоялся неофициальный обмен мнениями между членами Комиссии и Международным Комитетом Красного Креста (МККК) по вопросам, представляющим взаимный интерес. С заявлениями выступили вице-президент МККК г-н Жиль Карбоннье, главный сотрудник по правовым вопросам и юрисконсульт МККК г-н Кнут Дорманн и председатель Комиссии г-н Эдуардо Валенсия-Оспина. Затем Специальный докладчик г-н Георг Нольте сделал сообщение по теме «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров», а руководитель группы по обновлению комментариев Юридического отдела МККК г-н Жан-Мари Хенкерте – по теме «Последующие соглашения, последующая практика и проект по обновлению комментариев к Женевским конвенциям». Кроме того, были сделаны сообщения по темам «Преступления против человечности» – Специальным докладчиком по теме г-ном Шоном Д. Мерфи и «Международное гуманитарное право и кибервойна: работа МККК по применению и уточнению действующего права как предварительное условие для оценки возможных потребностей в области развития». После каждого сообщения проходило обсуждение, модератором которого выступила директор Управления международного права и политики МККК г-жа Хелен Дурам. С заключительными замечаниями выступила г-жа Хелен Дурам.

F. Представительство на семьдесят третьей сессии Генеральной Ассамблеи

400. Комиссия постановила, что на семьдесят второй сессии Генеральной Ассамблеи ее будет представлять ее Председатель г-н Эдуардо Валенсия-Оспина.

G. Семинар по международному праву

401. В соответствии с резолюцией 72/116 Генеральной Ассамблеи от 7 декабря 2017 года в ходе настоящей сессии Комиссии, 2–20 июля 2018 года, во Дворце Наций прошла пятьдесят четвертая сессия Семинара по международному праву. Семинар предназначен для молодых юристов, специализирующихся в области международного права, а также молодых преподавателей и государственных служащих, занимающихся научной или дипломатической деятельностью и состоящих на государственной службе в своих странах.

402. В работе сессии приняли участие 25 представителей различных стран из всех региональных групп¹²⁷². Участники присутствовали на пленарных заседаниях

¹²⁷¹ Эти выступления отражены в кратком отчете о данном заседании.

¹²⁷² В Семинаре приняли участие: г-жа Манжида Ахамед (Бангладеш), г-жа Нур Алсада (Катар), г-н Эzechиль Амани Сиримвами (Демократическая Республика Конго), г-жа Месерет Фассиле Ассефа (Эфиопия), г-жа Цзин Гэн (Соединенные Штаты Америки), г-н Арно Иракозе (Бурунди), г-н Бердак Калмуратов (Узбекистан), г-н Фади Халиль (Египет), г-н Алесь Клюня

Комиссии и специально организованных для них лекциях, участвовали в обсуждениях в рабочих группах по конкретным темам.

403. Семинар открыл Председатель Комиссии г-н Эдуардо Валенсия-Оспина. За административные вопросы, организацию и проведение семинара отвечал старший советник по правовым вопросам Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве г-н Маркус Шмидт, который также выступил как директор семинара. Координацию научной работы семинара обеспечивал Женевский университет. Эксперт Женевского университета по международному праву г-н Витторио Майнетти выполнял функции координатора при содействии помощника по правовым вопросам г-на Федерико Даниэле.

404. Члены Комиссии прочитали следующие лекции: г-н Эрнест Петрич – «Работа Комиссии международного права»; г-н Чарлз Чернор Джалло – «Принцип универсальной юрисдикции»; г-жа Патрисия Галван Телиш – «Комиссия международного права – взгляд извне»; г-н Синья Мурасэ – «Охрана атмосферы»; г-жа Марья Лехто – «Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами»; г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес – «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции»; г-н Дире Д. Тлади – «Jus cogens»; г-н Георг Нольте – «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров»; г-н Шон Д. Мерфи – «Преступления против человечности»; и г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо – «Временное применение договоров».

405. Участники присутствовали на мероприятии, посвященном празднованию семидесятой годовщины создания Комиссии: «70 лет КМП – подведение итогов и взгляд в будущее», которое прошло в Женеве 5 и 6 июля 2018 года.

406. Участники также посетили конференцию, организованную Женевским университетом и посвященную работе Комиссии международного права с особым акцентом на темы «Выявление обычного международного права» и «Правопреемство государств в отношении ответственности государств». В конференции приняли участие Специальные докладчики Комиссии по соответствующим темам сэр Майкл Вуд и г-н Павел Штурма. На конференции выступили следующие ораторы: г-жа Данае Азария, профессор Университетского колледжа Лондона; г-н Петер Хаггенмахер, почетный профессор Женевского института международных отношений и развития; г-н Марселу Коэн, профессор международного права Женевского института международных отношений и развития, г-н Роберт Колб, профессор международного права Женевского университета; г-н Никола Левра, директор Департамента международного публичного права и международных организаций Женевского университета; г-н Марко Сассоли, профессор международного права Женевского университета; г-жа Мара Тиньино, старший преподаватель Женевского университета; и г-жа Алла Тимофеева, старший преподаватель юридического факультета Карлова университета, Прага.

407. Участники посетили Международную организацию труда (МОТ), экскурсию по которой провел заведующий архивом МОТ г-н Ремо Беччи, а также заслушали выступления секретаря Административного трибунала МОТ г-на Дражена Петровича на тему «Международное административное правосудие» и юрисконсульта МОТ г-на Георгеса Политакиса – о деятельности МОТ по установлению стандартов. Они также посетили Всемирную торговую организацию (ВТО) и присутствовали на

(Российская Федерация), г-н Умар Курума (Гвинея), г-н Ральф Лорен-Айзендегер (Чили), г-н Патрик Луна (Бразилия), г-н Майкл Моффатт (Канада), г-н Юсуке Накаяма (Япония), г-жа Кесеме Одуду (Нигерия), г-н Андрес Ордоньес-Буйтраго (Колумбия), г-жа Анастасия Попеска (бывшая югославская Республика Македония), г-жа Харша Раджванши (Индия), г-н Мустафа Кан Сати (Турция), г-жа Антара Сингх (Непал), г-н Джанфранко Смит (Панама), г-жа Альба Сурана Гонсалес (Андорра), г-жа Хильда Тизеба (Объединенная Республика Танзания), г-н Тяньцзе Чжан (Китай), г-жа Эва Зильстра (Нидерланды). 24 апреля 2018 года Отборочный комитет под председательством профессора международного права Женевского университета г-на Макане Мойзе Мбенге провел заседание и отобрал 25 кандидатов из 302 человек, подавших заявки.

презентации по теме «Система урегулирования споров ВТО», подготовленной г-ном Хуаном Пабло Мойя Ойосом, представляющим Отдел по правовым вопросам ВТО, и г-ном Шашанком Кумаром из секретариата Апелляционного органа ВТО.

408. Участники разделились на две рабочие группы по вопросам выявления новых тем для Комиссии международного права и определения сферы охвата и применения принципа универсальной юрисдикции. Два члена Комиссии г-жа Патрисия Галван Телиш и г-н Чарлз Чернор Джалло – осуществляли общее руководство рабочими группами и направляли их работу. Каждая из групп подготовила доклад и представила свои выводы в ходе заключительного рабочего заседания Семинара. Эти доклады были сведены воедино и распространены среди всех участников, а также среди членов Комиссии.

409. На церемонии закрытия Семинара перед Комиссией выступили Председатель Комиссии, директор Семинара по международному праву и г-н Майкл Моффатт (от имени участников). Каждому участнику был вручен диплом.

410. Комиссия с особым удовлетворением отметила, что с 2016 года добровольные взносы в Целевой фонд Организации Объединенных Наций для Семинара по международному праву внесли правительства Австрии, Аргентины, Индии, Ирландии, Китая, Мексики, Соединенного Королевства, Финляндии и Швейцарии. Хотя финансовый кризис последних лет существенно повлиял на финансирование семинара, Фонду все же удалось выделить стипендии достаточному числу достойных кандидатов, прежде всего из развивающихся стран, и тем самым обеспечить должное географическое представительство участников. В 2018 году было выделено 12 стипендий.

411. С начала проведения семинаров в 1965 году в их работе приняли участие 1 233 человека, представлявших 175 стран. Из них 748 получили стипендии.

412. Комиссия подчеркивает то значение, которое она придает семинару, позволяющему молодым юристам, особенно из развивающихся стран, ознакомиться с работой Комиссии и деятельностью многих международных организаций, расположенных в Женеве. Комиссия рекомендует Генеральной Ассамблее вновь обратиться к государствам с призывом выделить добровольные взносы для обеспечения проведения семинара в 2019 году с как можно более широким кругом участников.

413. Комиссия отмечает, что по инициативе бывших участников была официально создана Сеть выпускников Семинара по международному праву, которая провела свою первую генеральную ассамблею 17 июля 2018 года в Отделении Организации Объединенных Наций в Женеве¹²⁷³. В состав Почетного совета директоров Сети входят пять членов Комиссии: г-жа Патрисия Галван Телиш, г-н Клаудио Гроссман Гилофф, г-н Махмуд Д. Хмуд, г-н Синья Мурасэ, г-н Павел Штурма, а также г-н Марселу Коэн, профессор международного права Женевского института международных отношений и развития. В состав Исполнительного комитета входят пять членов: г-жа Верити Робсон, председатель Комитета; г-жа Мэри Чонг, заместитель председателя по вопросам семинаров и конференций; г-жа Валерия Рейес Менендес, заместитель председателя по вопросам внутренних отношений; г-н Мориц Рудольф, заместитель председателя по вопросам просветительской и информационной деятельности; и г-н Витторио Майнетти, генеральный секретарь. Церемония подписания статута членами Почетного совета директоров и Исполнительного комитета состоялась в конце работы ассамблеи.

¹²⁷³ <https://ilsalumni.org/>.

Приложения

А. Универсальная уголовная юрисдикция

Г-н Чарлз С. Джалло

I. Введение

1. Принцип «универсальной юрисдикции», или же «принцип универсальности», – это уникальное основание для юрисдикции в международном праве, которое может позволить государству осуществлять национальную юрисдикцию в отношении определенных преступлений в интересах международного сообщества. Какого-либо единого принятого на глобальном уровне определения этого понятия не существует, но для рабочих целей его можно описать как *уголовная юрисдикция*, исключительно основанная на характере преступления, безотносительно к территории, где оно было совершено, гражданству предполагаемого или осужденного правонарушителя, гражданству потерпевшего или любой другой связи с государством, осуществляющим такую юрисдикцию¹. Из этого следует, что государство может осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении преступления, совершенного иностранным гражданином против другого иностранного гражданина вне его территории. Такая юрисдикция заметно отличается от традиционных оснований для юрисдикции по международному праву, которые, как правило, требуют наличия определенной связи по территории, гражданству или иным признакам между государством, осуществляющим юрисдикцию, и рассматриваемым поведением.

2. В связи с неясностью в отношении определения и других аспектов принципа универсальности, применение которого в прошлом создавало напряженность в отношениях между государствами и продолжает создавать ее и по сей день, Комиссии международного права («Комиссия») предлагается начать работу по этой теме, ибо это может способствовать прояснению данного вопроса для государств, содействовав тем самым укреплению верховенства права в международных делах.

3. В современных условиях, особенно со времен Нюрнбергского процесса после второй мировой войны, государства все чаще ссылаются на принцип универсальной юрисдикции в борьбе с безнаказанностью за тяжкие преступления, осуждаемые международным правом². К ним относятся военные преступления, преступления против человечности и геноцид как одни из наиболее серьезных преступлений, вызывающих озабоченность международного сообщества в целом³. В самом деле, в

¹ См. принцип 1 (п. 1) *Принстонских принципов универсальной юрисдикции*, принятых 27 января 2001 года (*Princeton Principles on Universal Jurisdiction* (adopted January 27, 2001), Princeton University, Program in Law and Public Affairs) и *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law* (Stephen Macedo, ed.), 2004. Называя таким образом эту тему, мы проводим различие между универсальной уголовной юрисдикцией и универсальной гражданской юрисдикцией. Однако мы отмечаем, что в тексте настоящей записки для обозначения первого из этих двух принципов используются более общие формулировки «универсальная юрисдикция» и «принцип универсальности».

² *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции*, доклад Генерального секретаря, A/65/181 (29 июля 2010 года), пп. 10–11.

³ См. преамбулу к Римскому статуту Международного уголовного суда (17 июля 1998 года, UNTS, vol. 2187, p. 3), в которой используется эта формулировка. Однако это ни в коем случае не является первым проявлением этой же концепции. Фактически эта формулировка восходит к работе Комиссии, которая в своем проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества определила, что универсальная юрисдикция применима к таким преступлениям. См., например, *Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, Ежегодник Комиссии международного права, 1996 год*, т. II (часть вторая).

дополнение к созданию различных специальных международных⁴ или гибридных⁵ уголовных трибуналов, а также Международного уголовного суда для преследования тех, кто несет наибольшую ответственность за совершение таких преступлений в ходе различных конфликтов по всему миру, государства опирались в прошлом на принцип универсальной юрисдикции в оправдание такого осуществления национальной уголовной юрисдикции, как это сделал Израиль в отношении Адольфа Эйхмана в 1961 году⁶. Однако без определения допустимых по международному праву пределов осуществления национальной уголовной юрисдикции в таких обстоятельствах существует опасность того, что государства могут либо нарушить суверенитет другого государства вопреки международному праву, либо отказаться от осуществления своей уголовной юрисдикции даже в тех случаях, когда универсальная юрисдикция может это позволять.

4. Сторонники универсальной юрисдикции предлагают несколько обоснований. Во-первых, утверждается, что применение универсальной юрисдикции отражает стремление международного сообщества содействовать наказанию преступников, действующих за пределами юрисдикции любого государства, – классическим примером такой ситуации в рамках *jus gentium* служит пиратство, которое как преступление, затрагивающее *juris communis*, является *delicta juris gentium* («преступлением против права народов»)⁷.

5. Во-вторых, утверждается, что осуществление универсальной юрисдикции в отношении определенных преступлений оправдывается тем, что эти преступления противоречат универсальным ценностям и нарушают принципы человеколюбия. Эти основополагающие ценности лежат в основе систем уголовного права всех государств. Так, согласно мнению Комиссии, выраженному в ходе ее прошлой работы, заинтересованность в наказании деяний, составляющих осуждаемые всеми государствами преступления по международному праву – особенно когда они совершены в очень широких масштабах, – неизбежно выходит за пределы границ какого-либо одного государства, которое обладает юрисдикцией в отношении данного преступления или его исполнителей и которое может бездействовать, столкнувшись с

⁴ Совет Безопасности Организации Объединенных Наций, действуя на основании главы VII Устава Организации Объединенных Наций, учредил международные уголовные трибуналы по бывшей Югославии и Руанде соответственно в 1993 и 1994 годах.

⁵ Организация Объединенных Наций также заключила с Сьерра-Леоне, Камбоджей и Ливаном соглашения о создании специальных «гибридных» судов для этих стран. Региональные органы также занимаются этими вопросами, например, Африканский союз заключил соглашение с одним из его государств-членов по созданию гибридного суда в рамках национальных судов Сенегала с целью судебного преследования за пытки и преступления против человечества, в то время как Европейский союз также сотрудничает с одним из своих членов с целью сделать то же самое. Оценки некоторых из этих трибуналов см. Charles Chernor Jalloh, ed., *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law* (Cambridge University Press, 2013); Simon Meisenberg and Ignaz Stegmiller, eds., *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* (Springer, 2016).

⁶ *Att'y-Gen. of the Gov't of Israel v. Eichmann*, (Isr. Sup. Ct. 1962), 36 ILR 5 (1961).

⁷ См. там же, где пиратство приводится в качестве примера такого преступления. Дело Адольфа Эйхмана отражало то же явление. Эйхман был старшим должностным лицом нацистской Германии, отвечавшим за организацию арестов, депортаций, интернирования и истребления евреев во время второй мировой войны. Израильские тайные агенты похитили его из Аргентины 11 мая 1960 года. Аргентина обратилась с жалобой в Совет Безопасности, утверждая о нарушении ее суверенитета и международного права. Совет Безопасности принял резолюцию 138 (1960) от 24 июня 1960 года. Совет Безопасности объявил, что такие действия могут привести к международным трениям, а в случае их повторения могут поставить под угрозу международный мир и безопасность. Он просил Израиль дать надлежащее удовлетворение. Израиль выразил сожаление и заявил, что этот акт сам по себе является таким удовлетворением. Аргентина заявила, что она не удовлетворена этим выражением сожаления со стороны Израиля. Она выслала посла Израиля. После закулисных дипломатических переговоров оба государства опубликовали совместное коммюнике, в котором объявили инцидент исчерпанным.

такими варварскими преступлениями, или поощрять их совершение; ведь такие деяния могут подрывать основы международного сообщества в целом⁸.

6. И наконец, уже давно – как минимум со времени Нюрнбергского трибунала и его приговора в 1946 году – считается, что некоторые преступления носят столь серьезный характер и масштабы их последствий настолько велики, что их совершение потрясает совесть всего человечества⁹. Именно поэтому государства отнесли определенные деяния к категории грубых нарушений, которые влекут за собой индивидуальную уголовную ответственность исполнителя преступления. Их чудовищный характер, а также связанная с ними возможность подрыва мира и безопасности всех государств, в свою очередь, дают каждому государству право расследовать и преследовать в судебном порядке тех, кто их совершает¹⁰. Как и пираты прошлого, лица, совершающие такие преступления, считаются *hostes humani generis* – врагами всего человечества, которые не должны быть в состоянии найти себе «тихую гавань» нигде в мире. В целом, логическое обоснование осуществления универсальной уголовной юрисдикции заключается в том, что государства могут и должны действовать против лиц, которые в противном случае могут не быть привлечены к ответственности кем бы то ни было. Это единственный способ отправления правосудия и содействия предотвращению некоторых основных преступлений, осуждаемых международным правом¹¹.

7. Тем не менее, несмотря на вышеуказанные и другие связанные с ними обоснования, как показывает практика осуществления универсальной юрисдикции государствами, вопросы характера и нормативного содержания этого принципа окружены целым клубком правовых противоречий. Как представляется, в целом государства согласны с его легитимностью, по крайней мере в некоторых обстоятельствах, а также с тем, что в принципе универсальная юрисдикция служит полезным и важным инструментом в борьбе с безнаказанностью. Многочисленные договоры¹² обязывают государства осуществлять национальную юрисдикцию в

⁸ Эти настроения выражены в *Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества с комментариями 1996 года*, текст которого Комиссия международного права приняла на своей сорок восьмой сессии в 1996 году и представила Генеральной Ассамблее в докладе Комиссии о работе этой сессии (п. 50). Этот доклад, в котором также содержатся комментарии к проектам статей, в частности статьям 8 и 9, воспроизводится в *Ежегоднике Комиссии международного права*, 1996 год, т. II (часть вторая). Комиссия предусмотрела самые широкие формы юрисдикции для преступлений на национальном уровне на основе принципа универсальности, наряду с юрисдикцией международного уголовного суда.

⁹ Доклад Генерального секретаря Генеральной Ассамблее, *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции: доклад Генерального секретаря, подготовленный на основе комментариев и замечаний правительств*, пп. 10–11, A/65/181 (July 29, 2010).

¹⁰ Римский статут Международного уголовного суда, см. сноску 3 выше, преамбула («самые серьезные преступления, вызывающие озабоченность международного сообщества»); Luis Benavides, *The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope*, 1 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, L. Rev. 22, 26–27 (2001).

¹¹ См. доклад Комиссии международного права 1996 года, сноска 8 выше, включая текст проектов статей 8 и 9 *Проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества с комментариями к ним*.

¹² См., например, Конвенцию о борьбе с захватом заложников, ст. 5, 17 декабря 1979 года, 1316 U.N.T.S. 206; Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, ст. 5 (п. 3), 10 декабря 1984 года, 1465 U.N.T.S. 85; Конвенцию о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта и Исполнительный регламент Конвенции, ст. 28, 14 мая 1954 года, <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000824/082464mb.pdf>; Конвенцию по охране подводных телеграфных кабелей, ст. 8–9, 14 марта 1884 года, http://www.iscpc.org/information/Convention_on_Protection_of_Cables_1884.pdf; Конвенцию о пресечении обращения порнографических изданий и торговли ими, ст. 2, 12 сентября 1923 года, 27 *League of Nations Treaty Series* 214; Конвенцию о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов, ст. 3, 14 сентября 1963 года, 704 UNTS 219; Конвенцию о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, ст. 3, 14 декабря 1973 года, 1035 U.N.T.S. 168; Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, ст. 6, 9 декабря 1948 года,

отношении таких конкретных правонарушений, с которыми они могут не иметь какой-либо связи, как геноцид согласно Конвенции о геноциде 1948 года, «серьезные нарушения» (военные преступления) по Женевским конвенциям 1949 года и Дополнительному протоколу I 1977 года¹³ и пытки согласно Конвенции против пыток 1984 года¹⁴. Принцип универсальности, как представляется, также лежит в основе законодательных актов многих государств, а также региональных договоров. Однако на этом, как можно заключить, общее согласие по поводу универсальной юрисдикции заканчивается.

8. Как можно заключить из неофициального документа, разработанного в рамках рабочей группы Шестого комитета Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, разногласия между государствами в отношении этой концепции касаются как минимум трех аспектов, а именно: 1) *определения понятия универсальной юрисдикции*, в том числе ее разграничения с другими понятиями; 2) *охвата универсальной юрисдикции*, включая перечень преступлений по международному праву, подлежащих такой юрисдикции, в том числе в отношении того, насколько длинным или коротким должен быть этот перечень; и 3) *параметров применения универсальной юрисдикции*, включая условия применения; критерии для осуществления такой юрисдикции; процессуальные и практические аспекты, включая вопрос том, обязательно ли присутствие подозреваемого, чтобы против него можно было начать расследование или принять другие меры; роль национальных судебных систем; взаимосвязь с другими понятиями международного права; международная помощь и сотрудничество, в том числе вопрос о взаимной правовой помощи и техническом и ином сотрудничестве в области уголовного права на горизонтальном уровне; должно ли государство территориальной юрисдикции обладать тем или иным приоритетом для действий прежде других государств, иным образом связанных с предполагаемым запрещенным поведением; возможность применения срока давности и международных стандартов надлежащей правовой процедуры, включая право на справедливое судебное разбирательство, и нормы, запрещающей наказывать дважды за одно и то же деяние (*ne bis in idem*); взаимосвязь универсальной юрисдикции с

78 U.N.T.S. 277; Конвенцию о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, 9 декабря 1994 года, 2051 U.N.T.S. 363; Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, ст. 7 (пп. 4, 5), 10 марта 1988 года, 1678 U.N.T.S. 222; первый Дополнительный протокол к Женевским конвенциям 1949 года, ст. 85 (п. 1), 8 июня 1977 года, 1125 U.N.T.S. 3; первую Женевскую конвенцию, ст. 49, 12 августа 1949 года, 75 U.N.T.S. 31; четвертую Женевскую конвенцию, ст. 146, 12 августа 1949 года, 75 U.N.T.S. 287; Гаагскую конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов, ст. 4 (п. 3), 16 декабря 1970 года, 860 U.N.T.S. 105; Международную конвенцию о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников, ст. 9 (пп. 2–3), резолюция 44/34 Генеральной Ассамблеи от 4 декабря 1989 года; Межамериканскую конвенцию о насильственном исчезновении лиц, ст. 4, 6, 9 июня 1994 года, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-60.html>; Международную конвенцию о борьбе с захватом заложников, ст. 5, 8, резолюция 34/146 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1979 года; Международную конвенцию для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, ст. 6 (п. 1), 20 декабря 2006 года, 2716 U.N.T.S. 3; Международную конвенцию по борьбе с подделкой денежных знаков, ст. 17, 20 апреля 1929 года, 112 League of Nations Treaty Series 371; Протокол о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе, ст. 3, 10 марта 1988 года, 1678 U.N.T.S. 304; вторую Женевскую конвенцию, ст. 50, 12 августа 1949 года, 75 U.N.T.S. 85; Единую конвенцию о наркотических средствах, ст. 36 (п. 2), 30 марта 1961 года, 520 U.N.T.S. 151; Устав Международного уголовного трибунала для бывшей Югославии, резолюция 832 (25 мая 1993 года) Совета Безопасности от 25 мая 1993 года; Римский статут Международного уголовного суда, ст. 19, 17 июля 1998 года, документ A/Conf.183/9; третью Женевскую конвенцию, ст. 129, 12 августа 1949 года, 75 U.N.T.S. 135. Кроме того, принцип взаимодополняемости, предусмотренный статьями 17–20 и 53 Римского статута Международного уголовного суда от 17 июля 1998 года, A/Conf.183/9, допускает возможность осуществления государствами юрисдикции на национальном уровне в отношении преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда.

¹³ Женевская конвенция, см. сноску 12 выше.

¹⁴ Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, 10 декабря 1984 года, 1465 U.N.T.S. 85.

обычно основанными на договорах обязательствами высылать предполагаемого преступника или осуществлять в отношении него судебное преследование (*aut dedere aut judicare*) в связи с определенными преступлениями; и взаимосвязь принципа универсальности с принципом комплементарности, который для государств – участников Римского статута устанавливает примат *национального* судебного преследования за основные преступления над юрисдикцией постоянного Международного уголовного суда («МУС»)¹⁵.

9. Но главным камнем преткновения в связи с принципом универсальности, пожалуй, служит вопрос о том, какая политическая дискреция имеется у государств при принятии решения применять или не применять универсальную юрисдикцию для возбуждения уголовного дела. Особенно активно этот принцип критикуется Группой африканских государств, Группой государств Латинской Америки и Карибского бассейна и Движением неприсоединения; они утверждают, что единственная реальная мишень универсальной юрисдикции – это граждане менее влиятельных государств, в то время как граждане более могущественных держав во многом выведены из сферы ее действия. С другой стороны, другие государства, особенно *некоторые* члены Группы западноевропейских и других государств, чьи внутренние суды, как представляется, чаще ссылаются на универсальность, такие как Бельгия, Испания и Франция, в ответ на это говорят, что осуществление универсальной юрисдикции соответствует международному праву и должно рассматриваться как часть жизненно важного оплота в борьбе с безнаказанностью за определенные серьезные преступления, осуждаемые международным сообществом в целом. Это тем более справедливо, когда государство, обладающее территориальной юрисдикцией, или государство гражданства подозреваемого либо государство, где подозреваемый может находиться, не желает или не способно привлечь его к судебной ответственности.

10. Пожалуй, едва ли стоит удивляться тому, что попытки применить универсальную юрисдикцию часто приводят к правовым, политическим и дипломатическим трениям между соответствующими государствами на двустороннем, региональном и международном уровнях. Подобное имело место, например, в деле *Об ордере на арест от 11 апреля 2000 года*¹⁶ в Международном Суде, касавшемся действительности бельгийского ордера на арест конголезского министра иностранных дел г-на Абдулая Йеродиа по обвинению в совершении военных преступлений и преступлений против человечности¹⁷. В последующее время, после предъявления в различных европейских государствах официальных обвинений некоторым высокопоставленным руандийским чиновникам, Ассамблея глав государств и правительств состоящего из 54 членов Африканского союза («АС») приняла ряд резолюций¹⁸, в которых она подтвердила, «что универсальная

¹⁵ См. Шестой комитет Генеральной Ассамблеи, *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции, неофициальный рабочий документ, подготовленный Председателем для обсуждения в Рабочей группе*, сс. 1–7 (3 ноября 2017 года) (подготовлен в качестве основы для обеспечения дальнейшего обсуждения в свете предыдущего обмена мнениями между делегатами государств в Шестом комитете и объединения различных неофициальных документов, разработанных в период между 2011 и 2014 годами), https://papersmart.unmeetings.org/media2/16155022/wg-universal-jurisdiction_informal-working-paper.pdf.

¹⁶ *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, paras. 7. В последнее время ряд дел, находящихся на рассмотрении Международного Суда, по некоторым из которых решения еще не вынесены, вызвали аналогичную озабоченность по поводу иммунитета и применения уголовной юрисдикции, в частности дела между Францией, с одной стороны, и Конго, Джибути и Экваториальной Гвинеей – с другой. Суду недавно было предложено принять решение по другим делам, предполагающим обязанность выдавать или осуществлять судебное преследование в соответствии с Конвенцией против пыток в деле между Бельгией и Сенегалом.

¹⁷ Там же. В деле *Об ордере на арест* Суд рассматривал вопрос об иммунитете, а не об универсальной юрисдикции.

¹⁸ Assembly/AU/Dec.420(XIX) – Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. EX.CL/731(XXI); Nineteenth Ordinary Session of the Assembly in Addis Ababa, Ethiopia, 15–16 July 2012; Assembly/AU/Dec.355(XVI), Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. EX.CL/640(XVIII), Sixteenth Ordinary Session of the Assembly in Addis Ababa,

юрисдикция является принципом международного права, цель которого обеспечить, чтобы лица, совершающие такие тяжкие преступления, как военные преступления и преступления против человечности, не пользовались безнаказанностью и были привлечены к судебной ответственности», что соответствует статье 4 h) Учредительного акта¹⁹. Однако в том же и нескольких последующих решениях Африканский союз также выразил серьезную озабоченность по поводу возможных политических «злоупотреблений» и «неправомерного применения» универсальной юрисдикции²⁰. В этой связи он, в частности, призвал ввести мораторий на выдачу или исполнение ордеров на арест на основе этого принципа, создать международный регулирующий орган, компетентный принимать и/или рассматривать жалобы, связанные с использованием универсальной юрисдикции отдельными государствами, а также организовать диалог по этому вопросу на региональном (АС и ЕС) и на глобальном (Организация Объединенных Наций) уровнях²¹.

11. Учитывая, с одной стороны, мнения тех государств, которые считают, что универсальная юрисдикция является важным правовым инструментом для продолжающихся усилий международного сообщества по пресечению серьезных нарушений или определенных преступлений по международному праву, и, с другой стороны, мнения государств, выражающих обеспокоенность по поводу возможности избирательного, произвольного и политизированного применения и злоупотреблений, а также по поводу взаимодействия и связи принципа универсальности с другими нормами международного права, встает вопрос о том, следует ли Комиссии в качестве вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи, которому поручено прогрессивное развитие и кодификация международного права, взять на себя юридическое исследование этого важного сюжета. Если она решит заняться этой темой в целях оказания помощи государствам путем формулирования руководящих положений или выводов, вытекающих из их практики, то это может принести государствам практическую пользу. И действительно, Генеральная Ассамблея прямо признала необходимость уточнить этот юридический принцип еще в 2009 году, когда она на

Ethiopia, 30–31 January 2011; Assembly/AU/Dec.296(XV), Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. EX.CL/606(XVII); Fifteenth Ordinary Session of the Assembly in in Kampala, Uganda in July 2010; Assembly/AU/Dec.271(XIV), Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. EX.CL/540(XVI); Fourteenth Ordinary Session of the Assembly in Addis Ababa, Ethiopia, 31 January – 2 February 2010; Assembly/AU/Dec.243(XIII) Rev.1, Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. Assembly/AU/11(XIII); Thirteenth Ordinary Session of the Assembly in Sirte, Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, 1–3 July 2009; Assembly/AU/Dec.213(XII), Decision on the Implementation of the Assembly Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. Assembly/AU/3(XII); Twelfth Ordinary Session of the Assembly in Addis Ababa, Ethiopia, 1–3 February 2009; Assembly/AU/Dec.199(XI), Decision on the Report of the Commission on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. Assembly/AU/14(XI); Eleventh Ordinary Session of the Assembly in Addis Ababa, Ethiopia, 30 June – 1 July, 2008.

¹⁹ Письмо Постоянного представителя Объединенной Республики Танзания при Организации Объединенных Наций от 29 июня 2009 года на имя Генерального секретаря (A/63/237/Rev.1 от 23 июля 2009 года). См. также Учредительный акт Африканского союза, статья 4 h) («Союз действует в соответствии со следующими принципами: ...право Союза вмешиваться в дела государства-члена во исполнение решения Ассамблеи в связи с серьезными обстоятельствами, а именно военными преступлениями, геноцидом и преступлениями против человечности»).

²⁰ Решения Африканского союза по вопросу об универсальной юрисдикции, см. сноску 18.

²¹ Решения Африканского союза по вопросу об универсальной юрисдикции, там же. Следует отметить, что после окончания работы группы экспертов Африканского союза и Европейского союза Комиссия АС пришла к выводу о том, что «было трудно найти долгосрочное решение в ходе дальнейшего обсуждения этого вопроса со стороны ЕС». В этой связи она выступила в поддержку внесения этого пункта в повестку дня Генеральной Ассамблеи, которая включила его в качестве темы в 2009 году, с тем чтобы придать обсуждению более глобальный характер. Важно отметить, что в 2012 году Африканский союз также сделал позитивный шаг и принял Типовой закон Африканского союза об универсальной юрисдикции в отношении международных преступлений, который он предложил своим государствам-членам для включения во внутреннее законодательство (одобрав универсальную юрисдикцию в отношении геноцида, преступлений против человечности, военных преступлений, пиратства, незаконного оборота наркотиков и терроризма).

основе консенсуса добавила соответствующий пункт в повестку дня Шестого комитета по предложению Группы африканских стран на шестьдесят четвертой сессии в 2009 году²².

12. Шестой комитет ежегодно обсуждает эту тему с 2009 года²³. Несмотря на важный прогресс, достигнутый в уточнении областей расхождения во взглядах на универсальную юрисдикцию за последние девять лет, в остальном прогресс оказался не столь значительным, как это поначалу ожидалось. Это касается даже самых активных поборников большей правовой определенности. Совсем недавно, в январе 2018 года, Африканский союз принял решение, в котором он выразил сожаление по поводу «очевидного тупика» в обсуждении темы универсальности в Генеральной Ассамблее и призвал Группу африканских государств в Нью-Йорке «вынести рекомендации саммиту Африканского союза касательно путей продвижения этой дискуссии вперед»²⁴. Как представляется, отсутствие значимого прогресса обусловлено, по крайней мере частично, политическими разногласиями по поводу возможности избирательного и произвольного применения этого принципа юрисдикции. Так, в ходе прений по этому вопросу в Генеральной Ассамблее в 2017 году подавляющее большинство делегаций смогли согласиться с необходимостью продвижения дискуссии по вопросу об универсальной юрисдикции, хотя их мнения в отношении ее определения, характера, охвата и пределов различаются. Такую же картину можно видеть и в контексте предыдущих прений в Шестом комитете начиная с октября 2010 года.

13. В этих условиях, уделяя особое внимание ограниченному набору ключевых юридических вопросов, а не всему спектру вопросов, определенных государствами в качестве областей, в которых их мнения различаются (как отмечалось в пункте 8 выше), Комиссия, как представляется, особенно хорошо подходит для оказания государствам помощи путем разработки руководящих положений или выводов, уточняющих характер, охват, пределы и процессуальные гарантии, которые могли бы обеспечить надлежащее применение универсальной юрисдикции.

14. Во-первых, юридическое исследование универсальной юрисдикции, в результате которого будут разработаны проекты руководящих положений или проекты выводов, может обеспечить поддержку для обсуждений этого вопроса в Шестом комитете. Как представляется, эта тема созрела для прогрессивного развития и кодификации, учитывая наличие обширной государственной практики, прецедентов и доктрины. В этой связи можно отметить, что Комиссия проводит обширную работу в сфере международного уголовного права и действует в тесном партнерстве с Шестым комитетом и, по сути, внесла значительный вклад в развитие этой области права²⁵. Обсуждение данной темы в настоящее время вписывалось бы в эту традицию,

²² Доклад Шестого комитета на шестьдесят четвертой сессии Генеральной Ассамблеи *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции*, A/64/452, пп. 1–2.

²³ Резолюция 64/117 Генеральной Ассамблеи от 15 января 2010 года; резолюция 65/33 Генеральной Ассамблеи от 10 января 2011 года; резолюция 66/103 Генеральной Ассамблеи от 13 января 2012 года; резолюция 67/98 Генеральной Ассамблеи от 14 января 2013 года; резолюция 68/117 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 2013 года; резолюция 69/124 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 2014 года; резолюция 70/119 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 2015 года; резолюция 71/149 Генеральной Ассамблеи от 20 декабря 2016 года; резолюция 72/120 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 2017 года.

²⁴ Однако на момент написания настоящей записки Группа африканских государств еще не созывалась и такой рекомендации не получила. См. Assembly/AU/Dec.665–689(XXX), решение о Международном уголовном суде, Doc. EX CL/1068 (XXXII), тридцатая очередная сессия, Аддис-Абеба, Эфиопия, 28–29 января 2018 года, п. 5 v), р. 2.

²⁵ Как отметил секретариат, Комиссия проводит обширную работу в области международного уголовного права. Этот процесс начался с ее первого проекта, а именно формулирования принципов международного права, признанных в Уставе Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в его приговоре, и вопроса о международной уголовной юрисдикции, и продолжился другими темами: от вопроса об определении агрессии, проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (1954, 1996 годы), проекта статута Международного уголовного суда, преступления агрессии и обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*) вплоть до более поздних тем,

которая включала формулирование принципов международного права, признанных в уставе Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в его приговоре (в 1950 году), а также разработку проекта статута постоянного международного уголовного суда (в 1994 году).

15. Во-вторых, предлагаемая тема продолжает быть поводом для двустороннего, регионального и международного взаимодействия всех государств, особенно в тех случаях, когда принцип универсальности предположительно применяется избирательно и произвольно. Пример АС и ЕС, создавших в январе 2009 года специальную группу экспертов для консультирования в ходе обсуждения этого вопроса, свидетельствует о том, что технический подход был признан государствами полезным и своевременным.

16. В-третьих, как об этом сказано ниже, тема отвечает критериям Комиссии для включения в долгосрочную программу работы.

17. Долгосрочная программа работы Комиссии уже содержит смежную тему «Экстерриториальная юрисдикция»²⁶, которая пока еще не была включена в активную повестку дня Комиссии. Тем не менее между этими двумя темами нет какого-либо пересечения или дублирования. Принцип универсальности был конкретно рассмотрен в обосновании работы над темой «экстерриториальной юрисдикции» в отношении уголовных и коммерческих дел и исключен из ее сферы охвата в силу его уникального характера²⁷. Поэтому включение универсальной юрисдикции в долгосрочную программу работы лишь только дополнит эту тему.

II. Тема отвечает критериям для включения в долгосрочную программу работы

18. Чтобы какая-либо тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии, необходимо доказать, что она удовлетворяет следующим критериям, определенным в 1996 году:

- 1) тема должна отражать потребности государств в отношении прогрессивного развития и кодификации международного права;
- 2) должна быть достаточно созревшей с точки зрения практики государств, чтобы делать возможными прогрессивное развитие и кодификацию;
- 3) должна быть конкретной и реалистичной; и
- 4) Комиссия не должна ограничиваться традиционными темами, она должна также рассматривать те темы, которые отражают новые изменения в области международного права и насущные интересы международного сообщества в целом²⁸. Далее будет продемонстрировано, что все эти критерии соблюдены и в данном случае.

таких как иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции и преступления против человечности.

²⁶ См. предложение секретариата по теме «Экстерриториальная юрисдикция» (приложение V), URL: <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2006/english/annexes.pdf&lang=EFSRAC> (дата обращения 10 августа 2018 года).

²⁷ Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят восьмой сессии (A/61/10), приложение E (2006 год) (в пункте 16 отмечено, что универсальная юрисдикция является уникальной по сравнению с другими основаниями для юрисдикции, поскольку она осуществляется в интересах международного сообщества, а не лишь в собственных национальных интересах государства, и, следовательно, этот принцип юрисдикции «выходит за рамки» рассматриваемой темы. Интересно отметить, что экстерриториальная юрисдикция вошла в первую группу тем, отобранных Комиссией, когда она рассматривала на своей первой сессии обзор международного права, подготовленный секретариатом. Из 25 тем, рекомендованных для включения в программу работы, Комиссия определила предварительный список из 14 тем, одной из которых являлась тема «Юрисдикция в отношении преступлений, совершенных вне национальной территории»).

²⁸ См. *Ежегодник Комиссии международного права*, 1997 год, т. II (часть вторая), п. 238.

1. Исследование универсальной уголовной юрисдикции отражает потребности государств

19. Как уже отмечалось, Шестой комитет обсуждает тему универсальной юрисдикции еще с 2009 года, хотя и с ограниченными результатами. Шестой комитет заключил, что «легитимность и целесообразность реализации универсальной юрисдикции наиболее эффективным образом обеспечиваются ее ответственным и осмотрительным применением в соответствии с международным правом»²⁹. Возникает вопрос: что такое осмотрительное применение и что требуется для соответствия международному праву. Учитывая отсутствие существенного прогресса после многолетних дискуссий, было сочтено, что рассмотрение темы в формате открытой для всех государств-членов рабочей группы поможет вывести дискуссию на менее формальный уровень. Ожидалось, что это может способствовать уменьшению разногласий между делегациями³⁰. В дополнение к созданию рабочей группы, которая обеспечила определенный прогресс, но которая, как представляется, по-прежнему отражает некоторые из разногласий, выявившихся в более широком контексте Шестого комитета и Генеральной Ассамблеи, было решено проводить любую работу «без ущерба для рассмотрения этой темы и смежных вопросов в рамках других форумов Организации Объединенных Наций»³¹. Эта формулировка непосредственно давала возможность другим соответствующим органам Организации Объединенных Наций, таким как Комиссия, работать над этой проблемой в рамках их соответствующих мандатов.

20. С точки зрения Шестого комитета, исследование этой темы в Комиссии может помочь Генеральной Ассамблее достичь большего прогресса в прояснении статуса или по крайней мере некоторых правовых аспектов принципа универсальности в международном праве. Вклад Комиссии на данном этапе в виде комплексного правового анализа может способствовать проведению дискуссий в Нью-Йорке, насколько это возможно, и устранить озабоченность государств по поводу потенциального злоупотребления этим принципом или его злонамеренного использования. Это также поможет выработать конкретные предложения на основе государственной практики, которые позволят государствам сформировать более четкую правовую базу для согласования компромиссного, если и не консенсусного текста по этому вопросу в Генеральной Ассамблее. Комиссия как вспомогательный технический орган вполне способна заняться таким правовым анализом этого важного принципа международного права. Правовое исследование такого рода поможет высвободить потенциал этого принципа для заполнения имеющихся сейчас пробелов в отношении безнаказанности в контексте усилий международного сообщества по борьбе с серьезными преступлениями по международному праву, обеспечив правовую определенность, столь необходимую государствам и национальным органам власти, включая суды.

2. Тема достаточно созрела с точки зрения практики государств для прогрессивного развития и кодификации

21. Несмотря на существующие у государств сомнения относительно сферы применения универсальной юрисдикции, во многих государствах уже действует законодательство об определенном рода универсальной или квазиуниверсальной юрисдикции, основанной на определенных договорных обязательствах. Об этом свидетельствует большой объем материалов, представленных государствами Генеральному секретарю, а также многочисленные доклады, подготовленные для Генеральной Ассамблеи секретариатом Шестого комитета в качестве подспорья для

²⁹ Шестой комитет Генеральной Ассамблеи, проект резолюции, документ [A/C.6/66/L.19](#), п. 1 (1 ноября 2001 года).

³⁰ Организация Объединенных Наций, *семьдесят вторая сессия: Охват и применение принципа универсальной юрисдикции* (пункт 85 повестки дня), http://www.un.org/en/ga/sixth/72/universal_jurisdiction.shtml (дата обращения: 10 августа 2018 года).

³¹ Резолюция [65/33](#) Генеральной Ассамблеи, п. 2 (10 января 2011 года).

обсуждения вопроса об универсальной юрисдикции. Помимо муниципальных законов и многочисленных международных конвенций, предусматривающих обязательство *aut dedere aut judicare*³², которое может быть связано, но не обязательно отождествляется с универсальной юрисдикцией, некоторые государства предусматривают определенную форму универсальной юрисдикции в своем внутреннем праве, когда дело касается определенных серьезных преступлений по международному праву, даже если рассматриваемое деяние совершено за пределами их территории. Существует достаточная государственная практика, учитывая неуклонный рост числа таких расследований и судебных дел, которые достаточно широко распространены и достаточно хорошо проработаны, чтобы делать возможными прогрессивное развитие и кодификацию права в этой области.

22. Дополнительная ценность проведения Комиссией такого исследования вытекает из следующих фактов: 1) обстоятельное обсуждение вопроса об универсальной юрисдикции в Шестом комитете в период между 2009 и 2017 годами³³; 2) обилие информации о деятельности законодательной, судебной и исполнительной власти, представленной отдельными государствами и группами государств, систематизировавшими свою практику в связи с универсальной юрисдикцией; 3) подробные доклады Генерального секретаря, подготовленные для оказания государствам помощи в организации прений в Шестом комитете по этой теме³⁴; а также 4) ежегодные резолюции Генеральной Ассамблеи по этому вопросу³⁵. С учетом возможной обеспокоенности по поводу проведения работы по теме, которую уже рассматривает Шестой комитет, следует подчеркнуть, что в ежегодных резолюциях Генеральной Ассамблеи по вопросу об охвате и применении принципа универсальной юрисдикции на протяжении последних нескольких лет неоднократно подчеркивалось, что прения по этому вопросу всегда должны проходить «без ущерба»³⁶ для его рассмотрения в рамках других форумов Организации Объединенных Наций. Разумеется, это относится и к Комиссии, являющейся вспомогательным органом Генеральной Ассамблеи. Более того, на протяжении последних нескольких лет государства из всех географических регионов³⁷

³² См., например, договоры, перечисленные в сноске 12.

³³ Ряд государств высказались по этой теме в ходе дискуссий в 2017 году, в том числе: Австралия, Алжир, Аргентина, Бангладеш, Бразилия, Венесуэла, Израиль, Индия, Индонезия, Исламская Республика Иран, Кения, Китай, Куба, Лесото, Ливан, Лихтенштейн, Малайзия, Мексика, Нигерия, Норвегия, Парагвай, Руанда, Словения Сингапур, Сирия, Судан, Таиланд, Тринидад и Тобаго, Сальвадор, Соединенное Королевство, Соединенные Штаты, Чешская Республика, Эстония и Южная Африка.

³⁴ Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций, *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции*, документ [A/65/181](#) (29 июля 2010 года); Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций, *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции*, документ [A/66/93](#) (20 июня 2011 года); Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций, *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции*, документ [A/66/93/Add.1](#) (20 июня 2011 года); *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции*, документ [A/67/116](#) (28 июня 2012 года); *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции*, документ [A/68/113](#) (26 июня 2013 года); *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции*, документ [A/69/174](#) (23 июля 2014 года); *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции*, документ [A/70/136](#) (14 июля 2015 года); *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции*, документ [A/71/111](#) (28 июня 2016 года); *Охват и применение принципа универсальной юрисдикции*, документ [A/72/112](#) (22 июня 2017 года).

³⁵ Резолюции Генеральной Ассамблеи [64/117](#) (15 января 2010 года); [65/33](#) (10 января 2011 года); [66/103](#) (13 января 2012 года); [67/98](#) (14 января 2013 года); [68/117](#) (18 декабря 2013 года); [69/124](#) (18 декабря 2014 года); [70/119](#) (18 декабря 2015 года); [71/149](#) (20 декабря 2016 года); [72/120](#) (18 декабря 2017 года).

³⁶ Там же.

³⁷ Например, в ходе прений в Генеральной Ассамблее в 2017 году: заявление СЕЛАК (объединение 33 государств Латинской Америки и Карибского бассейна) о передаче данной темы на рассмотрение Комиссии («если на следующих совещаниях Рабочей группы не будет достигнуто никакого прогресса, нам следует рассмотреть возможность обратиться к Комиссии международного права с просьбой изучить некоторые или все элементы данной темы. Это было бы особенно полезно, если принять во внимание то, что Комиссия в настоящее время рассматривает ряд вопросов, связанных с принципом универсальной юрисдикции»), заявление

неоднократно и на различных этапах обсуждения в Шестом комитете выражали мнение о том, что «технический характер» универсальной юрисдикции делает Комиссию более подходящим форумом для ее правового разъяснения³⁸.

3. Тема является конкретной и реалистичной для рассмотрения, а секретариат уже собрал обширную информацию о практике государств по вопросу об универсальной уголовной юрисдикции

23. В качестве объекта исследования универсальная юрисдикция является конкретной и реалистичной для рассмотрения. Существует достаточная государственная практика, которую можно кодифицировать, и налицо достаточно противоречий, чтобы это оправдывало необходимость кодификации и прогрессивного развития сферы охвата универсальной юрисдикции. Как уже было отмечено, государственная практика, прецеденты и доктрины, которые могут помочь в кодификации, уже собраны за те почти десять лет, в течение которых охват и применение этого принципа обсуждаются в Шестом комитете. Эту ситуацию можно считать уникальной. С учетом мнения о слабой реакции государств на опросники Комиссии по ее темам, уже имеющаяся в настоящее время информация содержит достаточно первичных материалов, которые Комиссия могла бы использовать для продвижения своей работы.

24. Кроме того, изучение вопроса об универсальной юрисдикции является выполнимой задачей, поскольку многие конвенции, широко ратифицированные государствами, предусматривают, что государства должны запретить определенные виды поведения и распространить юрисдикцию в отношении таких преступлений в рамках своего внутреннего законодательства³⁹. Существует соответствующая судебная практика по вопросу об универсальной юрисдикции в различных юрисдикциях⁴⁰, равно как и региональные документы и научные труды, в которых затрагивается эта тема. К ним относятся, например, Типовой закон Африканского союза об универсальной юрисдикции⁴¹, Принципы универсальной юрисдикции, согласованные в Каире и Аруше⁴², и Принстонские принципы универсальной юрисдикции⁴³. Кроме того, без наличия пересечений, способных вести к расширению

КАРИКОМ (14 стран) («мы считаем полезным передать этот вопрос на рассмотрение Комиссии международного права. С учетом того, что Комиссия в настоящее время изучает вопросы, которые связаны с принципом универсальной юрисдикции, мы считаем, что решение о передаче этого вопроса будет также своевременным»), а также заявления других стран, включая Нигерию («мы также призываем Комиссию международного права внести свой вклад в обсуждение этого вопроса, с учетом его технического характера»), Колумбию, Гватемалу, Лихтенштейн, Вьетнам, Южную Африку и Таиланд.

³⁸ Там же.

³⁹ В этой связи см. ссылки в сноске 12 (выше).

⁴⁰ См. *Polyukhovich v. Commonwealth* [1991] HCA 32 (Austl.); закон Бельгии о геноциде 1993 года (пересмотренный в 2003 году), приведший к делу МС *Об порядке на апест* 2002 года; *Belgium v. Chad* 2005; Canada's Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000, leading to *Canada v. Desire Munyanzeza* 2005; *Finland v. Bazaramba* 2010; France's code de procedure penale article 689; Germany's Volkerstrafgesetzbuch (VStGB) 2002, used in the case of Ignace Murwanashyaka 2015; Ireland's Offences against Person Act 1861, now the Criminal Law (Jurisdiction) Act 1976; *Attorney General of Israel v. Eichmann*, Criminal Case 40/61 (District Court of Jerusalem 1961); *Malaysia v. George W. Bush and Others* 2001 (convicted in abstensia); Senegal in the Hissene Habre Case 2015; Spain's Judicial Power Organization Act 1985, article 23.4; The Pinochet Case 1998; *Jones v. Ministry of Interior For The Kingdom of Saudi Arabia and Others* 2006; and the Justice Against Sponsors of Terrorism Act (S.2040) Against The Kingdom of Saudi Arabia.

⁴¹ Типовой национальный закон Африканского союза об универсальной юрисдикции в отношении международных преступлений (2012 год).

⁴² Фонд правовой помощи африканским странам (ФППАС), Каирско-Арушский принцип универсальной юрисдикции в отношении грубых нарушений прав человека: африканская проблематика, принятый на последующем совещании экспертов, состоявшемся в Аруше (2002 год).

⁴³ The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, см. сноску 1 выше.

сферы охвата этой темы, ряд других тем, в настоящее время рассматриваемых или недавно рассмотренных Комиссией, способны помочь ей более эффективно прояснить принцип универсальной юрисдикции.

4. Исследование универсальной юрисдикции позволяет Комиссии обратиться к теме, которая является как традиционной, так и современной

25. Изучение универсальной юрисдикции на данном этапе, когда вопрос об индивидуальной уголовной ответственности за международные преступления, как представляется, приобретает все более важное значение, по крайней мере с 1990-х годов, дает Комиссии еще один шанс рассмотреть вопросы, которые не только традиционно беспокоят государства и международное сообщество в целом, но также привлекают к себе большой интерес в настоящее время и имеют практическую ценность для государств. Это также позволит Комиссии заняться разработкой такой традиционной темы, как юрисдикция. В рамках темы традиционные задачи удачно сочетаются с актуальными проблемами международного права. Более того, такое исследование могло бы способствовать активизации Комиссии в тех областях, в которых проявляется все более тесная связь международного права с улучшением положения в области прав человека. Права жертв зверских международных преступлений на правосудие в той или иной форме признаются и в предыдущей работе Комиссии по проекту кодекса преступлений, а также в ее более недавней работе над такими темами, как преступления против человечности.

III. Потенциальная сфера охвата исследования и руководящие принципы или выводы в качестве возможных результатов работы

26. Что касается возможной сферы охвата исследования, то, учитывая выступления государств в Шестом комитете, в которых уже были выявлены многие основные пробелы в неофициальном документе, упомянутом в пункте 8 выше, предполагается, что Комиссия не будет пытаться объять все вопросы, по которым отсутствует ясность между государствами. Вместо этого Комиссии следует сосредоточить свое внимание на более ограниченном наборе правовых проблем, по которым она может, посредством своей работы и через взаимодействие с Шестым комитетом, выработать дальнейшие рекомендации.

27. Во-первых, представляется важным рассмотреть вопросы о базовом определении понятия универсальной юрисдикции, ее роли и цели, классификации «типов» универсальной юрисдикции, а также изучить условия или критерии для ее применения, отраженные в практике государств⁴⁴. Это могло бы включать изучение вопроса о том, может ли государство суда или склонно ли оно действовать лишь в том случае, если субъект, в отношении которого проводится расследование, находится на его территории, вопроса о различении правовых оснований для такого установления юрисдикции по международному праву с точки зрения источников (т. е. договоров и обычая), а также вопроса о том, является ли решение о возбуждении уголовного преследования дискреционным/диспозитивным или же обязательным/императивным по своему характеру.

28. Второй аспект исследования, который может быть рассмотрен во втором докладе, может предполагать изучение охвата и пределов универсальной юрисдикции, в том числе, возможно, разработку неисчерпывающего перечня преступлений, подпадающих под такую юрисдикцию⁴⁵. Например, было бы полезно рассмотреть вопрос о том, наблюдается ли в практике государств универсальная юрисдикция в

⁴⁴ Неофициальный рабочий документ, см. сноску 15 выше.

⁴⁵ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят четвертая сессия, Шестой комитет*, 12-е заседание, 29 ноября 2009 года (A/C.6/64/SR.12), п. 21.

отношении военных преступлений, геноцида и преступлений против человечности. Между государствами могут возникнуть дополнительные вопросы, которые поэтому целесообразно было бы изучить и которые могут включать возможность урегулирования споров в случае конкурирующих притязаний на юрисдикцию, которые могут возникать при наличии параллельной юрисдикции⁴⁶.

29. Наконец, что касается взаимосвязи и возможного пересечения принципа универсальности с работой международных судов и трибуналов, то этот проект может также охватывать формулирование свода руководящих принципов или выводов для предотвращения коллизии между осуществлением принципа универсальной юрисдикции государствами – участниками Римского статута и юрисдикцией МУС, а также осуществление универсальной юрисдикции всеми государствами в случае передачи Советом Безопасности в МУС ситуаций, затрагивающих государства, не являющиеся участниками Статута, или в случае создания им других международных уголовных трибуналов. Детальное исследование должно способствовать установлению большей определенности в вопросе о соотношении универсальной юрисдикции на национальном уровне с работой международных уголовных трибуналов, которые могут обладать совпадающей юрисдикцией в отношении ограниченного набора основных международных преступлений.

IV. Заключение

30. В предыдущей работе Комиссии особо подчеркивалось важное место универсальной юрисдикции в двухуровневой системе судебного преследования на национальном и международном уровнях в связи со Статутом Международного уголовного суда 1994 года и проектом кодекса преступлений 1996 года. В этой связи Комиссия и в последнее время государства в Шестом комитете, а также другие институты, кодификаторы международного права и специалисты по международному публичному праву согласны с тем, что универсальная юрисдикция может играть полезную роль в деле судебного преследования за серьезные преступления, осуждаемые международным правом. Это расширяет перспективы достижения большей справедливости в рамках международного сообщества, а также, вероятно, поможет государствам лучше сбалансировать императивы суверенитета и борьбу с безнаказанностью⁴⁷. Если многие государства смогут полагаться на этот принцип и действовать на основе более четких «правил дорожного движения», подобные преступления могут подлежать более эффективному наказанию и, возможно, даже предотвращаться.

31. Что касается окончательных результатов проекта, то они могли бы иметь форму проектов руководящих положений или проектов выводов в отношении охвата и применения принципа универсальной уголовной юрисдикции. Могут быть рассмотрены и другие форматы с учетом предложений государств в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи.

32. В целом предполагается, что часть ответа на сложные вопросы универсальной юрисдикции заключается в оказании государствам содействия в выявлении принципов, которые могут помочь им лучше сбалансировать императивы суверенитета, с одной стороны, и борьбы с безнаказанностью, – с другой. Это, несомненно, требует надлежащего освещения параметров этого принципа с точки

⁴⁶ Там же, п. 12. Большая часть сотрудничества осуществляется в соответствии с соглашениями, заключенными государствами на двусторонней основе. См. T. R. Salomon, «Mutual Legal Assistance in Criminal Matters», in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (January 2013); инициатива Бельгии, *К многостороннему договору о взаимной правовой помощи и выдаче для национального преследования за наиболее серьезные международные преступления*, поддержанная 49 государствами – членами Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций по состоянию на 03/16/2016. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят четвертая сессия, Шестой комитет*, 12-е заседание, 29 ноября 2009 года (A/C.6/64/SR.12), п. 102.

⁴⁷ Там же, п. 154.

зрения кодификации существующего международного права и его прогрессивного развития. Выводы и комментарии, предполагаемые как итог рассмотрения этой темы, будут полезны также для международных организаций, судов и трибуналов, а также ученых и практиков, занимающихся международным правом. Комиссия, принимая во внимание ее уникальные уставные задачи в этой области и учитывая ее предыдущую и текущую работу по смежным темам международного уголовного права, может в данном случае внести полезный вклад.

Избранная библиография

A. Декларации, проекты статей, резолюции, выводы и рекомендации

1943 Joint Four Nation-Declaration, Moscow Conference

1950 Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal

1954 International Law Commission Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind

1967 Declaration on Territorial Asylum

1970 Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts

1973 Principles of International Cooperation in the Detection, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes Against Humanity

1974 Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict

1990 Declaration of Minimum Humanitarian Standards (Turku Declaration)

1996 International Law Commission Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind

2000 ILA London Conference, Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights offences: Conclusions and recommendations

2001 Institute of International Law Resolution on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law

2001 Princeton Principles on Universal Jurisdiction

2002 Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective

2002 London Scheme for Extradition within the Commonwealth, Incorporating the Amendments Agreed at Kingstown in November

2004 International Association of Penal Law resolution on Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle 'Ne bis in idem'

2005 Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law

2005 Institute of International Law Resolution on Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes

2009 Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery Against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden (Djibouti Code of conduct)

2009 Institute of International Law Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes

2009 International Association of Penal Law Resolution on Universal Jurisdiction

2009 Recommendations of the Report of the AU-EU Technical Ad hoc Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction

2009–2017, United Nations General Assembly, Resolutions [64/117; 65/33; 67/98; 68/117; 69/124; 70/119; 71/149; 72/120], The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction

B. Международные суды

1) International Court of Justice

Fisheries (U.K. v. Nor.), Judgment, 1951 I.C.J. Rep. 116.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. & Montenegro), Order, 1993 I.C.J. Rep. 3.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Yugoslavia), Judgment, Preliminary Objections, 2006 I.C.J. Rep. 595.

Arrest Warrant (Dem. Rep. Congo v. Belg.), Judgment, 2002 I.C.J. Rep. 3.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belg. v. Spain), Order, 1962 I.C.J. Rep. 310.

Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belg. v. Sen.), Order, 2009 I.C.J. Rep. 139.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belg. v. Spain), Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 226.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), Merits, Judgment, 1986 I.C.J. Rep. 14.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. U.K.), Judgment, 1998 I.C.J. Rep. 9.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, 1951 I.C.J. Rep. 15.

2) European Court of Human Rights

Al-Adsani v. United Kingdom, App. no. 35763/97, Eur. Ct. H.R. (2001).

Siliadin v. France, App. no. 73316/01, 43 Eur. Ct. H.R. 16 (2005).

Berger v. Germany, App. No. 10731/05, Eur. Ct. H.R. (2009).

Case of Al-Adsani v. The United Kingdom, 34 Eur. Ct. H.R. 273 (2002).

Soering v. United Kingdom, App. No. 14038/88, Eur. Ct. H.R. (1989).

The Decision on the admissibility by Ely Ould Dah v. France, App. No. 13113/03, Eur. Ct. H.R. (2009).

3) Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

Appeals by Nuon Chea and Ieng Thirith Against the Closing Order, Doc. No. D427/2/12, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, (Feb. 15, 2011).

Chea v. Kaing, Case File No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, E188 E.C.C.C. 1 (2010).

4) Inter-American Court of Human Rights

Cantoral-Benavides v. Peru, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 69, ¶ 1 (Aug. 18, 2000).

Maritza Urrutia v. Guatemala, Merits, Reparation, Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Nov. 27, 2003).

5) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia

Prosecutor v. Delalić, Case No. IT-96-21-A (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Feb. 20, 2001).

Prosecutor v. Krstić, Case No. IT-98-33-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Aug. 2, 2001).

Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 10, 1998).

Prosecutor v. Dusko Tadic A/K/A "Dule", Case No. IT-94-1 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Aug. 10, 1995).

Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Feb. 22, 2001).

6) International Criminal Tribunal for Rwanda

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Sept. 02, 1998).

7) Special Court for Sierra Leone

Prosecutor v. Taylor, Case SCSL-2003-01-I (Special Ct. for Sierra Leone May 31, 2004).

Prosecutor v. Fofana & Kondewa, Case SCSL-04-14-ES-836 (Special Ct. for Sierra Leone Aug. 11, 2014).

8) Permanent Court of International Justice

The S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10.

C. Международные организации

African Union, Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. Assembly/AU/11(XIII).

African Union Model National Law on Universal Jurisdiction over International Crimes, Doc. EX.CL/731(XXI)c, art. 8.

Commission of Inquiry on Darfur, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, UN SCOR, UN Doc. S/2005/60, § 614 (Jan. 25, 2005).

Human Rights Committee, "General Comment no. 20 (Article 7)," UN Doc A/47/40, 193 (Mar. 10, 1992).

Int'l Law Comm'n, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries*, Rep. of the Comm'n to the General Assembly on the work of its forty-eighth session, U.N. Doc A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2) at 17–56 (1996).

Int'l Law Comm'n, *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, adopted U.N. Doc. A/69/10, ¶ 65 (2014).

International Law Association, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses, prepared by the Committee on International Human Rights Law and Practice, submitted to London Conference (2000).

Justitia Et Pace Institut De Droit International, *Resolution on Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes* http://www.andreasbucherlaw.ch/images/stories/res_iil_en_universal_civil_jurisdiction.pdf.

Rep. of the Secretary-General prepared on the basis of comments and observations of Governments, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. [A/65/181](#) (2010).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. [A/66/93/Add.1](#) (2011).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. [A/67/116](#) (2012).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. [A/68/113](#) (2013).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. [A/69/174](#) (2014).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. [A/70/125](#) (2015).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. [A/71/111](#) (2016).

Resolutions of The Congresses Of The International Association Of Penal Law, *Eighteenth International Congress of Penal Law (Istanbul, 20–27 September 2009)*, <http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20EN.pdf> (last visited July 16, 2017).

The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, EU Doc. 8672/1/09 Rev. 1 (Apr. 16, 2009).

D. Научная литература

Abad Castelo, A., “The End of Universal Jurisdiction in Spain?”, 18 *SYBIL* 223–230 (2013–2014).

Abass A., “The International Criminal Court and Universal Jurisdiction,” 6 *International Criminal Law Review* (2006).

Addis A., “Imagining the International Community: The Constitutive Dimension of Universal Jurisdiction,” 31 *Human Rights Quarterly* 129, (2009).

Aghenitei M. and Boboc L., “Universal Jurisdiction and Concurrent Criminal Jurisdiction,” Vol. I (1) *Union of Jurists of Romania Law Review*, (Jan./Mar. 2011).

Ambos K., *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part* (Oxford University Press, 2013).

Ambos K., *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing* (Oxford University Press, 2014).

Ankumah E. A., *The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses: An African Perspective*, 98 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 238 (Mar. 31–Apr. 3, 2004).

Armand L. C. De Mestral, *Extraterritorial Application of Export Control Legislation: Canada and the U. S. A.* (Canadian Council on International Law Research Study), 19 (1st Ed. 1990).

Arp B., “Universal Jurisdiction to Enforce,” *The American Journal of International Law*, Vol 110 (2016).

Ascensio H., “Are Spanish Courts Backing Down on Universality? The Supreme Tribunal’s Decision in Guatemalan Generals,” 1 *Journal of International Criminal Justice* (2003).

Bailleux, A., “L’histoire De La Loi Belge De Compétence Universelle. Une Valse à Trois Temps: Ouverture, Étroitesse, Modestie,” 59(1) *Droit Et Société* 107, (2005).

Bassiouni M. C., “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, 42 *Va. J. Int’l L.* 81 (2011).

- Bassiouni M.C. and Wise E, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, (M Nijhoff, 1995).
- Bassiouni M.C., “Post-Conflict Justice” (Transnational Publishers, New York, 2002)
- Bekou O. and Cryer R. “The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter?”, *ICLQ* Vol 56, 49- 68, (Jan. 2007).
- Ben-Ari R., “Universal Jurisdiction: Chronicle of a Death Foretold?”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol 43:2, (2014–2015).
- Benavides L., “The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope,” 1 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, L. Rev. 22 (2001).
- Blakesley C.L., ‘Extraterritorial Jurisdiction,’ in M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, vol. 2, *Transnational Publishers Inc.*, 36, (1999).
- Bollo Arocena, M.D., “The Reform of the Universal Jurisdiction in Spain,” 18 *SYBIL* 239–247 (2013–2014).
- Bottini G, “Universal Jurisdiction after the Creation of the International Criminal Court,” 36 *International Law and Politics*, (2004).
- Brandes R., “Who’s Afraid of Universal Jurisdiction? The Fujimori Case,” *SW Journal of International Law*, Vol 123, (2008–2009).
- Broomhall B., “Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes under International Law,” 35 *New England Law Review*, 399, (2001).
- Cafilisch, L., “Immunité De Jurisdiction Et Respect Des Droits De L’homme,” in *International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi Saab*, (2001).
- Cassese A., “Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction,” 1 *J. Int’l Crim. Just.* 589 (2003).
- Cassese A., *Cassese’s International Criminal Law*, (A. Cassese *et al.* eds., OUP Oxford, 3d ed. 2008).
- Chinchón Alvarez, J., “The Reform(s) of Universal Jurisdiction in Spain: For Whom the Bells Tolls?”, 18 *SYBIL* 231–237 (2013–2014).
- Coppens, P., “Du Droit De Punir: Humanite? A Propos De La Competence Universelle,” 35(3) *Revue Generale De Droit* 403, (2005).
- Corredor Carvajal, I., “Analyse De La Compétence Juridictionnelle à Partir De La Première Décision De La Cour Africaine Des Droits De l’Homme Et Des Peuples: l’Affaire Hissène Habré,” 5 *ACDI: Anuario Colombiano De Derecho Internacional* 59, (2012).
- Cosnard, M., “Chapitre XVI. La Compétence Universelle En Matière Pénale,” in *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, (2006).
- Cot, J., “Eloge De L’indécision : La Cour Et La compétence Universelle,” 35(1/2) *Revue Belge De Droit International* 546, (2002).
- Cottim, A., *Terrorismo No Mar De Um Mundo Globalizado*, (2008).
- Cryer R, *An Introduction To International Criminal Law And Procedure* (Cambridge University Press 2014).
- Dube A., “The AU Model Law on Universal Jurisdiction: An African Response to Western Prosecutions Based on the Universality Principle,” *Potchefstroom Electronic Law Journal* (18)3, 457, (2015).
- Dumas, H., “Rwanda: Comment Juger Un Génocide?”, 4 *Politique Étrangère* 39, (2015).
- Duțu, M., “Vespasian V. Pella - Românuł Științei Juridice Universale,” 5 *Pandectele Romane* 231, (2017).
- Elst R.V, “Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Convention,” 13 *Leiden Journal of International Law* 815, (2000).

Escobar Hernández, C., “Universal Jurisdiction in Spain: Substantial Change of Model or Implied Repeal?”, 18 *SYBIL* 255–265 (2013–2014).

García Arán, M., López Garrido, D., *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000).

Hall C., “Universal Jurisdiction: Developing and Implementing an Effective Global Strategy,” in Kaleck W. et al. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes* (2007).

Hans M., “Providing for Uniformity in the Exercise of Universal Jurisdiction: Can Either the Princeton Principles on Universal Jurisdiction or an International Criminal Court Accomplish This Goal?”, 15 *Transnat'l Law* (2002), 357.

Hesenov R., “Universal Jurisdiction for International Crimes- A Case Study,” *European Journal of Criminal Policy*, Vol 19 (2013).

Hitimana, C., “Les Rapports Entre Le Droit Pénal National Et Le Droit Pénal International Dans La Prévention Et La Répression Des Infractions Internationales,” (Université D'Ottawa/University of Ottawa, 2004).

Hoover D.V., “Universal Jurisdiction not so Universal: Time to Delegate to the International Criminal Court,” (2011) *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*. Paper 52, http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/52.

Implementing the principle of universal jurisdiction in France, https://www.fidh.org/IMG/pdf/universal_juris.pdf (last visited Jul. 16, 2017).

Inazumi M., *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, School of Human Rights Research.

Jalloh C.C., “Universal Jurisdiction, Universal Prescription? A Preliminary Assessment of the African Union Perspective on Universal Jurisdiction,” *University of Pittsburgh, Legal Studies Research Paper Series*, Working Paper No. 2009-38, (Mar. 2010).

Kaleck W., “From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998–2008,” 30 *Michigan Journal of International Law* 927, (2009).

Kammaing M.T., “Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences,” 23 *Human Rights Quarterly* 940, (2001).

Kissinger H., “The Pitfalls of Universal Jurisdiction: Risking Judicial Tyranny,” 80 *Foreign Affairs* 86, (July–Aug. 2001).

Konstantopoulou, Z., “Universal Jurisdiction,” 3 *Revue Internationale De Droit Pénal* 487, (2010).

Kontorovich E., “The Inefficiency of Universal Jurisdiction,” *University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series*, Working Paper No. 2007-13, (July 2007).

Lafontaine, F., and Bousquet, F., “Défendre Un Accusé Pendant Un Procès Pour Génocide, Crimes Contre L'humanité Et Crimes De Guerre Au Canada: Mission Impossible?”, 22(2) *Canadian Criminal Law Review* 159, (2017).

Lagerwall, A., “Que Reste-t-Il De La Compétence Universelle Au Regard De Certaines Évolutions Législatives Récentes?”, 55(1) *Annuaire Français De Droit International* 743, (2009).

Langer M., “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes,” 4–6. <https://www.researchgate.net/publication/228162248>.

Liu, J., “Issues of Universal Jurisdiction in Contemporary International Relations.” 6(286) *Shèhui Kèxué Journal of Social Sciences* 34, (2004).

Lundborg, I., “Att Ställa Den Skyddsbehövande Inför Rätta: Om De Rättsliga Förutsättningarna För Att Förhindra Skyddsloshet Vid Tillämpningen Av Flyktingkonventionens Uteslutandeklausuler Och Samtidigt Motverka Straffrihet För De Grova Folkkrätsbrott Som Faller under Klausulernas Artikel 1F(a),” (2010).

- Macedo S., *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf (last visited July 16, 2017).
- Márquez Carrasco, C. y Martín Martínez, M. “El Principio de Jurisdicción Universal en el Ordenamiento Jurídico Español: Pasado, Presente y Futuro,” *XI Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 251–303, 2011 .
- May L., “Crimes against Humanity: A Normative Account” (Cambridge University Press, 2000).
- Morgan A. L., “U.S. Officials’ Vulnerability to “Global Justice”: Will Universal Jurisdiction over War Crimes Make Traveling for Pleasure Less Pleasurable?”, *57 Hastings L.J.* 423, 425 (2005).
- Morris M.H., “Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks,” *35 New Eng. Rev.* 337, (2001).
- Morris-Sharma N.Y., “The ILC’s Draft Articles before the 69th Session of the UNGA: A Reawakening?”, *Asian Journal of International Law*, 2, (2015).
- Odila Conceição Silva Donda, E., “O Princípio Da Jursidição Universal Dos Direitos Humanos e o Alcance Da Paz e Segurança Internacional,” *29 Derecho y Cambio Social*, (2012).
- O’Keefe R., “Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept,” *Journal of International Criminal Justice*, 2(3) 735, (2004).
- O’Keefe R., “The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction,” *Journal of International Criminal Justice* 7 811, (2009).
- Ondo, T., “La compétence Universelle En Afrique: Essai D’analyse,” *88(1) Revue De Droit International Et De Droit comparé* 53, (2011).
- O’Sullivan A. *Universal Jurisdiction in International Criminal Law: The Debate and the Battle for Hegemony* (Routledge 2017).
- Orentlicher, D. F., “Whose Justice? Reconciling Universal Jurisdiction with Democratic Principles,” *92 Georgetown Law Journal* 1057, (2004).
- Orihuela Calatayud, E., “La Jurisdicción Universal en España,” *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia* (2016).
- Pasculli M., “Universal Jurisdiction between Unity and Fragmentation of International Criminal Law,” Issue 1 *Rivista di Criminologia*, (Apr. 2011).
- Perez Cepeda, A.I., *El Principio de Jurisdicción Universal: Fundamentos y Limites* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012).
- Pérez González, C., “Some Comments on Article 24 (4) (M) of Spain’s Organic Law of the Judiciary: Universal Jurisdiction Over Trafficking in Human Beings Offences?”, *18 SYbIL* 249–254 (2013–2014).
- Peyró Llopis, A., “Le Sahara Occidental Face à La compétence Universelle En Espagne,” *43 (1) Revue Belge De Droit International* 61, (2010).
- Pigrau Solé, A., *La Jurisdicción Universal y su Aplicación en España. La Persecución del Genocidio, los Crímenes de Guerra y los Crímenes Contra La Humanidad por los Tribunales Nacionales* (Barcelona, 2009).
- Princeton University Program in Law and Public Affairs, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction* (2001), available at http://www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf.
- Randall K. C., *Universal Jurisdiction Under International Law*, *66 Tex. L. Rev.* 785, 794–95 (1988).
- Reydams L., *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, (Oxford University Press, 2003).
- Rezai Shaghaji, D., “L’exercice De La Compétence Universelle Absolue à L’encontre Des Crimes Graves De Droit International, Afin De Protéger Les Intérêts Généraux De La Communauté Internationale Dans Son Ensemble,” *93(1) Revue De Droit International Et De Droit comparé* 30, (2016).

Ríos Rodríguez, J., “La Restriction De La compétence Universelle Des Juridictions Nationales: Les Exemples Belge Et Espagnol,” 114(3) *Revue générale De Droit International Public* 563, (2010).

Roht-Arriaza N., *Guatemala Genocide Case*, 100 *Am. J. Int’l L.* 207 (2006).

Ryngaert C., “The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Fraught Relationship?”, *New Criminal Law Review*, Vol. 12, Number 4.

Ryngaert C., “Applying the Rome Statute’s Complementarity Principle: Drawing Lessons from the Prosecution of Core Crimes by States Acting Under the Universality Principle,” *Criminal Law Forum* 19 153, (2008).

Ryngaert C., *Jurisdiction in International Law* (Oxford University Press 2015).

Ryngaert C., *Universal Jurisdiction over Violations of International Humanitarian Law in Germany* (2008).

Safarov, N. A., “Presledovanie Mezhdunarodnykh Prestuplenii: Universal’naia Iurisdiksiia Protiv Diplomatcheskogo Immuniteta,” 9 *Gosudarstvo i Pravo* 81, (2011).

Safarov, N. A., “Universal’naia Iurisdiksiia v Mekhanizme Presledovaniia Mezhdunarodnykh Prestuplenii,” 4(60) *Moskovskii Zhurnal Mezhdunarodnogo Prava* 190, (2005).

Sánchez Legido, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2003).

Sánchez Legido, A.: “El Fin del Modelo Español de Jurisdicción Universal,” 27 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2014).

Savado, R.O., *et al.*, “Les Chambres Africaines Extraordinaires Au Sein Des Tribunaux Sénégalais,” 45(1) *Études Internationales*, 105, (2014).

Schabas W. A., “The International Criminal Court” (Oxford University Press, 2010).

Schabas W. A., “The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone” (Cambridge University Press, 2006).

Scharf M.P., “Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction to Nationals of Non-Party States,” 35 *New Eng. L. Rev.* 363, (2001).

Schiff B., *Building the International Criminal Court* (Cambridge University Press 2008).

Sharpe D. N., *Prosecutions, Development, and Justice: The Trial of Hisssein Habre*, 16 *Harv. Hum. Rts. J.* 147 (2003).

Simbeye Y., *Immunity and International Criminal Law* (Ashgate 2004).

Stahn C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford University Press, 2015).

Vallejo Peña, C., *El Estado de la Jurisdicción Internacional en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno Español* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2016).

Van der Wilt H., “Universal Jurisdiction under Attack: An Assessment of African Misgivings towards International Criminal Justice as Administered by Western States,” *Journal of International Criminal Justice* 9(5) 1043, (2011).

Vincent, P., “L’Arret Yerodia de la Cour Internationale de Justice Et Les Avatars De La Loi Belge De Compétence Universelle,” 3 *Revue de la Faculté de Droit de l’Université de Liège* 379, (2004).

Watio, R.T., “Quelques Réflexions sur les Lois du 12 Février 2007 Portant Modification du Code Pénal Sénégalais et Mise en Oeuvre du Statut de la Cour Pénale Internationale,” 15(1) *African Yearbook of International Law Online / Annuaire Africain De Droit International Online* 285, (2007).

Weiss P, "The Future of Universal Jurisdiction," in Wolfgang Kaleck et al. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes* (2007).

Werle G, *Principles of International Criminal Law* (3rd edn, 2014).

Xavier P., "The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How do the two Principles Intermesh?", 88 *International Review of the Red Cross* 375, 378 (2006).

В. Повышение уровня моря и его связь с международным правом

Богдан Ауреску, Патрисия Галван Телиш, Нилуфер Орал, Хуан Хосе Руда Сантолариа, Якуба Сиссе

I. Введение

1. Проблема повышения уровня моря в последние годы приобретает все большую актуальность для значительной части международного сообщества: более 70 государств, т. е. более трети всех государств международного сообщества, уже непосредственно пострадали или могут пострадать от повышения уровня моря. Хорошо известно, что уже сегодня это явление все сильнее воздействует на многие важные аспекты жизни в прибрежных районах, низколежащих прибрежных и малых островных государствах, и в особенности на жизнь их населения. Кроме того, немало государств могут пострадать от его последствий косвенным образом (например, в форме перемещения населения, отсутствия доступа к ресурсам и т. д.). Повышение уровня моря становится глобальным явлением и, соответственно, приводит к глобальным проблемам, воздействующим на международное сообщество в целом.

2. В 2015 году в пункте 14 Повестки дня в области устойчивого развития на период до 2030 года Генеральная Ассамблея ООН признала, что «[о]дной из наиболее серьезных проблем нашего времени является изменение климата, и негативные последствия этого явления подрывают способность всех стран достичь устойчивого развития. Рост температуры в мире, *повышение уровня морей*, закисление океана и другие последствия изменения климата серьезно сказываются на прибрежных районах и низколежащих прибрежных странах, в том числе на многих наименее развитых странах и малых островных развивающихся государствах. Под угрозой находится существование многих сообществ и биологических систем жизнеобеспечения на планете»¹.

3. Таким образом, повышение уровня является одним из последствий изменения климата. По данным научных исследований и докладов, например пятого Оценочного доклада Межправительственной группы экспертов по изменению климата, в будущем темпы этого явления могут увеличиться². В итоге вследствие затопления низменные прибрежные районы и острова будут становиться все менее пригодными или вовсе непригодными для проживания, что приведет к их частичной или полной депопуляции.

4. Эти фактические последствия повышения уровня моря порождают целый ряд важных правовых вопросов, связанных с международным правом. Например: какими будут правовые последствия затопления низменных прибрежных районов и островов для их исходных линий, для морских зон, простирающихся от этих исходных линий, и для делимитации морских зон, будь то на основе соглашения или по решению суда? Каковыми будут последствия для прав государств в связи с этими морскими зонами? Каковыми будут последствия исчезновения территории и населения государства для государственности по смыслу международного права? Какой международно-правовой защитой пользуются лица, непосредственно затронутые повышением уровня моря?

¹ A/RES/70/1. Курсив авторов.

² Согласно пятому оценочному докладу Межправительственной группы экспертов по изменению климата, среднее значение глобального повышения уровня моря к 2100 году, вероятно, составит от 26 до 98 см. См. Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Working Group I Contribution to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2013), p. 25.

5. Эти вопросы следует рассматривать посредством углубленного анализа существующих норм международного права, включая договорное и обычное международное право, в соответствии с мандатом Комиссии международного права, который состоит в прогрессивном развитии международного права и его кодификации. Такая работа могла бы способствовать усилиям международного сообщества по установлению того, в какой степени нынешнее международное право способно реагировать на указанные проблемы и в каких случаях государствам необходимо разработать практические решения для эффективного реагирования на проблемы, вызванные повышением уровня моря.

6. Эта тема вызывает большой интерес государств и пользуется их поддержкой. На семьдесят второй сессии Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций 15 делегаций Шестого комитета попросили включить ее в программу работы Комиссии международного права³, а еще 9 делегаций отметили важность этой проблемы в своих национальных заявлениях⁴. Кроме того, в ходе неофициального заседания, состоявшегося 26 октября 2017 года в Постоянном представительстве Румынии в Нью-Йорке, 35 участвовавших государств продемонстрировали безусловную заинтересованность в том, чтобы КМП приступила к работе по данной теме.

7. Далее, 31 января 2018 года правительство Федеративных Штатов Микронезии выдвинуло предложение о включении в долгосрочную программу работы Комиссии международного права темы, озаглавленной «Правовые последствия повышения уровня моря»⁵, и это предложение было учтено при подготовке настоящего обоснования исследования.

II. Предшествующие косвенные ссылки на эту тему в работе Комиссии международного права

8. Данная тема была косвенно затронута в четвертом докладе об *охране атмосферы* (пункты 66–67) и рассмотрена на шестьдесят девятой сессии Комиссии международного права в 2017 году. По итогам прений на сессии Комиссия решила в предварительном порядке принять, в частности, один пункт преамбулы⁶, а также еще один пункт, в котором упоминается повышение уровня моря⁷. В связи с этим ряд членов Комиссии предложили рассмотреть вопрос повышения уровня моря всеобъемлюще, в приоритетном порядке, в качестве отдельной темы Комиссии международного права, со всеми ее правовыми аспектами и последствиями.

³ Индонезия, Микронезия, Перу, Румыния, Тонга и тихоокеанские малые островные развивающиеся государства (Вануату, Кирибати, Маршалловы Острова, Микронезия, Науру, Палау, Папуа-Новая Гвинея, Самоа, Соломоновы Острова, Тонга, Тувалу и Фиджи). См. <http://statements.unmeetings.org/media2/16154559/marshall-islands-on-behalf-of-pacific-small-island-developing-states-.pdf>.

⁴ Австрия, Израиль, Индия, Малайзия, Новая Зеландия, Республика Корея, Сингапур, Чили и Шри-Ланка.

⁵ См. документ ILC(LXX)/LT/INFORMAL/1 от 31 января 2018 года.

⁶ «Осознавая также, в частности, особое положение низменных прибрежных районов и малых островных развивающихся государств из-за повышения уровня моря». См. доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят девятой сессии (2017 год), документ A/72/10, <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2017/russian/chp6.pdf&lang=EFSSRAC>, с. 188.

⁷ «3. При применении пунктов 1 и 2 особое внимание следует уделять лицам и группам, которые особенно уязвимы с точки зрения атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. Такие группы могут включать в себя, в частности, коренные народы, население наименее развитых стран и население низинных прибрежных районов и малых островных развивающихся государств, затрагиваемых повышением уровня моря». См. доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят девятой сессии (2017 год), документ A/72/10, <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2017/russian/chp6.pdf&lang=EFSSRAC>, с. 190.

9. Что касается темы «Защита людей в случае бедствий», работу по которой Комиссия завершила в 2016 году⁸, то в комментарии указано, что эти проекты статей применимы к разным видам «бедствий»⁹, в том числе к «внезапным событиям (таким, как землетрясения или цунами) и медленно протекающим явлениям (таким, как засуха или *повышение уровня моря*), а также к частым мелкомасштабным событиям (наводнения или оползни)»¹⁰.

III. Рассмотрение темы другими органами

10. Тема повышения уровня моря первоначально рассматривалась Комитетом по *исходным линиям согласно международному морскому праву* Ассоциации международного права (АМП), окончательный доклад которого был рассмотрен на Софийской конференции (в 2012 году)¹¹. В докладе за 2012 год было признано, что «существенная потеря территории в результате повышения уровня моря – это более широкий вопрос, чем исходные линии и морское право, который нуждается в рассмотрении с позиций сразу нескольких массивов международного права».

11. В результате этого в 2012 году АМП учредила Комитет по *международному праву и повышению уровня моря*. Комитет решил сосредоточиться на трех основных областях: морском праве; вынужденной миграции и правах человека; и вопросах государственности и международной безопасности. Промежуточный доклад Комитета был представлен на Конференции в Йоханнесбурге в 2016 году¹², на которой основное внимание было уделено вопросу о морском праве в связи с миграцией и правами человека. На Конференции в Сиднее был рассмотрен еще один доклад, который ознаменовал собой завершение работы по проблемам морского права¹³. Кроме того, за 2018 год были предложены 12 принципов с комментарием, составляющие «Декларацию принципов о защите лиц, перемещенных в контексте повышения уровня моря». Предполагается, что мандат Комитета будет продлен, чтобы он смог заняться

⁸ Принято Комиссией международного права на ее шестьдесят восьмой сессии в 2016 году и представлено Генеральной Ассамблее в докладе Комиссии о работе этой сессии (A/71/10), п. 48. Этот доклад будет опубликован в *Ежегоднике Комиссии международного права*, 2016 год, т. II (часть вторая).

⁹ В проекте статьи 3 а) определяется как «катастрофическое событие или ряд событий, которые приводят к массовой гибели людей, большим человеческим страданиям и бедам, массовому перемещению населения или крупномасштабному материальному или экологическому ущербу, серьезно нарушая тем самым функционирование общества».

¹⁰ Пункт 4) комментария к проекту статьи 3. Курсив авторов.

¹¹ См. International Law Association Committee on Baselines under the International Law of the Sea, Final Report (2012), Sofia Conference, at 30, available at <http://ilareporter.org.au/wp-content/uploads/2015/07/Source-1-Baselines-Final-Report-Sofia-2012.pdf>. В докладе указывалось, что «существующее право нормальной исходной линии применяется к ситуациям значительного изменения береговой полосы, вызванного как приростом, так и потерей территории. Прибрежные государства могут защищать и сохранять территории при помощи физических укреплений, но не могут делать это при помощи правовой фикции в виде нанесенной на карту линии, которая никак не соотносится с фактической линией максимального отлива на настоящий момент времени».

¹² См. Interim Report of the ILA Committee on International Law and Sea Level Rise (2016), Johannesburg Conference, available at <http://www.ila-hq.org/index.php/committees>.

¹³ См. Draft Report of the ILA Committee on International Law and Sea Level Rise (2018), Sydney Conference, p. 19, available at http://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_SeaLevelRise.pdf. Комитет рекомендовал АМП принять резолюцию, содержащую два предложения в отношении «de lege ferenda», а именно: 1) «что государствам следует признать, что после надлежащего установления исходных линий и внешних пределов морских зон прибрежных и островных государств в соответствии с подробными требованиями Конвенции по морскому праву 1982 года, эти исходные линии и пределы нет необходимости пересматривать, если географические реалии береговой линии будут затронуты изменением уровня моря»; и 2) «что по соображениям правовой определенности и стабильности воздействие повышение уровня моря на морские границы, независимо от того, ожидалось ли оно сторонами на момент проведения переговоров о морской границе или нет, не должно рассматриваться как существенное изменение обстоятельств».

изучением вопроса государственности и других соответствующих вопросов международного права.

IV. Последствия повышения уровня моря

12. Как уже отмечалось выше, повышение уровня моря приводит к затоплению низколежащих прибрежных районов и островов, что влечет за собой последствия в трех основных областях: а) морское право; б) государственность; и с) защита лиц, затрагиваемых повышением уровня моря.

13. Три указанных вопроса отражают правовые последствия повышения уровня моря для трех составных элементов государства (территория, население и власть/ государственность), а значит, они тесно связаны между собой и должны рассматриваться в совокупности.

V. Сфера охвата темы и вопросы, которые надлежит рассмотреть

14. Эта тема касается исключительно правовых последствий повышения уровня моря. Она не касается охраны окружающей среды, изменения климата как такового, причинно-следственных связей, правовой и материальной ответственности. В ней не ставится цель дать всеобъемлющий и исчерпывающий анализ применения международного права к вопросам, возникшим в результате повышения уровня моря, однако очерчиваются некоторые ключевые проблемы. Все три рассматриваемые области следует анализировать исключительно в контексте повышения уровня моря, без учета других причин, которые могут порождать аналогичные последствия. Должное внимание, по возможности, следует уделять проведению различия между последствиями повышения уровня моря и последствиями других факторов. Кроме того, в этой теме нет изначального намерения предложить изменения существующих норм международного права, в частности положений Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву. В будущем могут возникнуть и другие вопросы, требующие анализа. Принимая во внимание вышеизложенные соображения, Комиссия могла бы изучить следующие вопросы, касающиеся правовых последствий повышения уровня моря.

15. **Вопросы морского права:**

- i) возможные правовые последствия повышения уровня моря для исходных линий и внешних границ морских пространств, отмеряемых от исходных линий;
- ii) возможные правовые последствия повышения уровня моря для делимитации морских границ;
- iii) возможные правовые последствия повышения уровня моря для островов с точки зрения их роли в определении исходных линий и делимитации морских границ;
- iv) возможные правовые последствия повышения уровня моря для осуществления суверенных прав и юрисдикции прибрежного государства и его граждан в морских пространствах, где были определены исходные линии, особенно в отношении разведки, разработки и сохранения их ресурсов, а также в отношении прав третьих государств и их граждан (например, прав на мирный проход, на свободу судоходства, на рыбный промысел и т. д.);
- v) возможные правовые последствия повышения уровня моря для статуса островов, в том числе скалистых островов, и для морских притязаний прибрежного государства в отношении окаймляющих островов;
- vi) правовой статус искусственных островов, деятельности по расширению прибрежной полосы или укреплению островов согласно международному праву в качестве мер реагирования на повышение уровня моря или адаптации к нему.

16. **Вопросы государственности:**

- i) анализ возможных правовых последствий непрерывности или утраты государственности в тех случаях, когда территории островных государств полностью уходят под воду или становятся непригодными для проживания;
- ii) правовая оценка деятельности по укреплению островов береговыми валами или созданию искусственных островов в качестве средства сохранения государственности островных государств в ответ на риск того, что их сухопутные территории могут полностью уйти под воду или стать непригодными для проживания;
- iii) анализ юридической фикции, согласно которой в случае фиксации исходных линий и соблюдения границ, установленных договорами, судебными или арбитражными решениями, можно допустить непрерывность государственности островных государств, связав ее с их морской территорией, определенной на основе сухопутных территорий, которые находились под их суверенитетом до того, как они полностью ушли под воду или стали непригодными для проживания;
- iv) оценка возможных правовых последствий передачи – вкуче с передачей суверенитета или без таковой – некой полосы или части территории третьего государства островному государству, сухопутная территория которого может полностью уйти под воду или стать непригодной для проживания, с целью сохранить его государственность или какую бы то ни было форму международной правосубъектности;
- v) анализ возможных правовых последствий слияния островного развивающегося государства, сухопутная территория которого может полностью уйти под воду или стать непригодной для проживания, с другим государством, либо их объединения в федерацию или ассоциацию, с точки зрения сохранения государственности или какой бы то ни было международной правосубъектности островного государства.

17. **Вопросы, касающиеся защиты лиц, затрагиваемых повышением уровня моря:**

- i) в какой степени и с каким смысловым наполнением обязанность государств защищать права человека лиц, находящихся под их юрисдикцией, распространяется на последствия повышения уровня моря;
- ii) как можно применять принцип международного сотрудничества, чтобы помочь государствам преодолеть неблагоприятные последствия повышения уровня моря для населения;
- iii) существуют ли какие-либо международно-правовые принципы, применимые к мерам, которые должны принять государства для содействия тому, чтобы их население оставалось *in situ*, несмотря на повышение уровня моря;
- iv) существуют ли какие-либо международно-правовые принципы, применимые к эвакуации, переселению и миграции за рубеж лиц в результате неблагоприятных последствий повышения уровня моря;
- v) какие принципы применимы к защите прав человека лиц, перемещенных внутри страны или мигрирующих в силу неблагоприятных последствий повышения уровня моря.

VI. Метод работы Комиссии над этой темой

18. Формат Исследовательской группы позволит составить перечень правовых вопросов, возникающих в связи с повышением уровня моря, а также других связанных с ним проблем. Исследовательская группа изучит существующие нормы международного права, в том числе договорного и обычного международного права, в соответствии с мандатом Комиссии международного права, который состоит в кодификации международного права и его прогрессивном развитии. Эта работа могла бы способствовать усилиям международного сообщества по реагированию на указанные проблемы и содействию государствам в разработке практических решений для эффективного реагирования на проблемы, вызванные повышением уровня моря.

19. Работа Исследовательской группы будет основываться на исследованиях, касающихся различных вопросов, которые связаны с рассматриваемой темой, а именно вопросов а) морского права, б) государственности и с) защиты лиц, затрагиваемых повышением уровня моря. Такой вариант позволит обеспечить достаточную гибкость подхода и активное вовлечение членов Комиссии в работу по этой теме. Следует напомнить о том, что Комиссия успешно использовала этот метод в прошлом, и актуальным примером тому является Исследовательская группа по фрагментации международного права (2002–2006 годы)¹⁴.

20. Работа Исследовательской группы будет основываться на практике государств, международных договорах, других международных инструментах, судебных решениях международных и национальных судов и трибуналов, а также на анализе научных трудов – причем все это будет помещено в рамки системного и комплексного подхода.

VII. Данная тема соответствует требованиям к новым темам

21. При выборе новых тем, которые будут включены в ее программу работы, Комиссия руководствовалась критериями, согласованными на ее пятидесятой сессии (1998 год)¹⁵, а именно что тема: а) должна отражать потребности государств в отношении прогрессивного развития и кодификации международного права; б) должна быть достаточно созревшей с точки зрения практики государств, чтобы делать возможными прогрессивное развитие и кодификацию; с) должна быть конкретной и реально подходящей для прогрессивного развития и кодификации; и д) что Комиссии не следует ограничиваться традиционными темами, и она также может рассматривать темы, которые отражают новые изменения в области международного права и насущные озабоченности международного сообщества в целом.

22. *Во-первых*, тема «**Повышение уровня моря и его связь с международным правом**» отражает потребности государств: более трети современных государств международного сообщества могут непосредственно пострадать от повышения уровня моря и поэтому остро заинтересованы в этой теме. Кроме того, последствия для международного сообщества в целом могут быть еще более масштабными, поскольку немало других государств могут быть косвенно затронуты повышением уровня моря (приводящим к перемещению населения, отсутствию доступа к ресурсам и т. д.). Повышение уровня моря становится глобальным явлением и, соответственно, приводит к глобальным проблемам, воздействующим на международное сообщество государств в целом. Интерес к теме разделяет множество государств из самых разных географических областей, в том числе страны, не имеющие выхода к морю, о чем

¹⁴ Позже были сформированы Исследовательские группы по вопросам «Международные договоры сквозь призму времени» (2009–2012 годы) и «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации» (2009–2015 годы).

¹⁵ Доклад Комиссии международного права о работе ее пятидесятой сессии (A/53/10) (1998 год), гл. X (С), п. 553. См. также пункт 32 доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят девятой сессии (A/72/10) (2017 год), глава III (С).

свидетельствует широкая заинтересованность государств.

23. *Во-вторых*, в настоящее время формируется новая практика государств, а именно практика в отношении вопросов, касающихся морского права (например, фиксации исходных линий, строительства искусственных островов, строительства берегозащитных укреплений и т. д.), и защиты лиц, затрагиваемых повышением уровня моря (например, переселения местных групп населения внутри страны или в другие страны, создания разного рода гуманитарных виз и т. д.). Кроме того, определенная соответствующая практика уже существует, в частности в связи с правительствами в изгнании, которые являются примером сохранения государственности при отсутствии контроля над территорией. Результаты повышения уровня моря, которые могут быть определены как угроза самому существованию ряда затронутых им государств, а также, в любом случае, как угроза основным параметрам государственности (таким, как территория, население, управление и пользование основными ресурсами во имя благоденствия народа), нуждаются в скорейшем изучении с точки зрения своих правовых последствий.

24. Именно поэтому, *в-третьих*, работа над этой темой вполне осуществима, поскольку Исследовательская группа сможет выявить как области, созревшие для кодификации и прогрессивного развития международного права, так и области, где имеются пробелы. При этом все аспекты, которые необходимо рассмотреть, имеют высокую степень конкретности, о чем свидетельствуют разделы IV и V выше.

25. *В-четвертых*, с учетом представленных аргументов, эта тема, вне всякого сомнения, отражает новые изменения в области международного права и насущные интересы международного сообщества в целом.

VIII. Заключение

26. Окончательным результатом работы станет заключительный доклад Исследовательской группы по теме «**Повышение уровня моря и его связь с международным правом**», сопровождающийся рядом выводов по итогам работы Исследовательской группы. После представления заключительного доклада Исследовательской группы можно будет рассмотреть вопрос о целесообразности и путях дальнейшего развития этой темы или ее части в рамках Комиссии или других форумов.

Библиография

Книги и статьи

Gómez, Mariano J. Aznar. “El Estado sin territorio: La desaparición del territorio debido al cambio climático.” *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)* 26 (2013): 2–23 / “The State Without Territory: The Disappearance of the Territory due to Climate Change, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* N° 6 (2013).

Baldacchino, Godfrey, and David Milne. *The case for non-sovereignty*. Routledge, 2009.

Bergmann, Nina. *Versinkende Inselstaaten: Auswirkungen des Klimawandels auf die Staatlichkeit kleiner Inselstaaten*. Duncker & Humblot, 2016.

Bird, E., and V. Prescott. “Rising global sea levels and national maritime claims.” *Marine Policy Reports* 1, no. 3 (1989).

Blake, Gerald H., ed. *Maritime Boundaries: World Boundaries*. Vol. 5. Routledge, 2002.

Bowett, Derek William. “The legal regime of islands in international law.” Oceana Publications, (1979).

Boyle, Alan, “Climate Change, Ocean Governance and UNCLOS”, In *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty*. By Jill Barrett and Richard Barnes (eds). British Institute of International and Comparative Law, 2016 (2016): 225–231.

- Caron, David D. "When law makes climate change worse: rethinking the law of baselines in light of a rising sea level." *Ecology LQ* 17 (1990): 621.
- Caron, David D. "Climate change, sea level rise and the coming uncertainty in oceanic boundaries: a proposal to avoid conflict." In *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, pp. 1–18. Brill, 2009.
- Castangia, Isabella. *Sovranità, contiguità territoriale e isole in una controversia internazionale del XVIII secolo*. Vol. 39. Jovene, 1988.
- Dipla, Haritini. *Le régime juridique des îles dans le droit international de la mer*. Graduate Institute Publications, 2015.
- Duong, Tiffany TV. "When islands drown: The plight of climate change refugees and recourse to international human rights law." *U. Pa. J. Int'l L.* 31 (2009): 1239.
- Freestone, David. "Can the UN Climate Regime Respond to the Challenges of Sea Level Rise." *U. Haw. L. Rev.* 35 (2013): 671.
- Freestone, David, and John Pethick. "Sea Level Rise and Maritime Boundaries: The Effect of Rising Sea Level on International Boundaries." In *Coastal Zone '91*, pp. 3162–3162. ASCE, 1991.
- Freestone, David. "International law and sea level rise." *International Law and Global Climate Change, Kluwer Law International, London* (1991): 109.
- Gagain, Michael. "Climate change, sea level rise, and artificial islands: Saving the Maldives' statehood and maritime claims through the constitution of the oceans." *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 23 (2012): 77.
- Gerrard, Michael B., and Gregory E. Wannier, eds. *Threatened island nations: legal implications of rising seas and a changing climate*. Cambridge University Press, 2013.
- Hayashi, Moritaka, "Sea level rise and the law of the sea: future options." *The World Ocean in Globalisation. Brill/Martinus Nijhoff, Boston/Leiden* (2011): 187–206.
- Hayashi, Moritaka. "Islands' Sea Areas: Effects of a Rising Sea Level." *Review of Island Studies*, 10 June 2013, <https://www.spf.org/islandstudies/research/a00003/>.
- Hayashi, Moritaka "Sea Level Rise and the Law of the Sea: How Can the Affected States Be Better Protected?." In *The Limits of Maritime Jurisdiction* Clive Schofield, Seokwoo Lee and Moon-Sang Kwon. eds., Brill, 2013.
- Hestetune, Jared. "The invading waters: climate change dispossession, state extinction, and international law." *California Western School of Law* (2010).
- Huang, Lei. "International law relating to the outer limits of maritime zones in the context of sea level rise." Master's thesis, Universitetet i Tromsø, 2011.
- Jaen, Monica. "Protecting the Oceans from Climate Change: An Analysis of the Role of Selected International Instruments on Resources and Environmental Protection in the Context of UNCLOS." *Ocean YB* 21 (2007): 91.
- Jayaraman, K. *Legal Regime of Islands*. Marwah Publications, 1982.
- Jayewardene, Hiran Wasantha. *The regime of islands in international law*. Vol. 15. Martinus Nijhoff Publishers, 1990.
- Kälin, Walter. "The Human Rights Dimension of Natural or Human Made Disasters." *German Yearbook of International Law* 55 (2013): 119–147.
- Kaye, Stuart. "The Law of the Sea Convention and Sea Level Rise after the South China Sea Arbitration." *Int'l L. Stud. Ser. US Naval War Col.* 93 (2017): i.
- Kausher, Armand, R. C. Kay, M. Asaduzzaman, and S. Paul. "Climate change and sea-level rise: the case of the coast." In *The Implications of Climate and Sea-Level Change for Bangladesh*, pp. 335–405. Springer, Dordrecht, 1996.
- Kendall, Rachel. "Climate change as a security threat to the Pacific Islands." *NZJ Envtl. L.* 16 (2012): 83.

- Rigaud, Kanta Kumari, Alex de Sherbinin, Bryan Jones, Jonas Bergmann, Viviane Clement, Kayly Ober, Jacob Schewe *et al.* *Groundswell: preparing for internal climate migration*. World Bank, 2018.
- Lusthaus, Jonathan. “Shifting sands: sea level rise, maritime boundaries and inter-state conflict.” *Politics* 30, no. 2 (2010): 113–118.
- McAnaney, Sheila C. “Sinking islands-formulating a realistic solution to climate change displacement.” *NYUL Rev.* 87 (2012): 1172.
- McAdam, Jane. *Climate change, forced migration, and international law*. Oxford University Press, 2012.
- McAdam, Jane, Bruce Burson, Walter Kälin, and Sanjula Weerasinghe. “International law and sea-level rise: forced migration and human rights.” (2016).
- McAdam, Jane. “‘Disappearing states’, statelessness and the boundaries of international law.” (2010).
- Menefee, Samuel Pyeatt. “Half seas over: The impact of sea level rise on international law and policy.” *UCLA J. Envtl. L. & Pol’y* 9 (1990): 175.
- Murphy, Sean D. “International Law Relating to Islands.” (2017).
- Nandan, Satya N. “The exclusive economic zone: A historical perspective.” (1987).
- Nansen Initiative, *Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change* (December 2015)
- Orellana, Marcos A., “Climate Change and the International Law of the Sea. Mapping the Legal Issues”, in Randall S. Abate, *Climate Change Impacts on Ocean and Coastal Law. U.S. and International Perspectives*, (Oxford Scholarship Online: January 2015)
- Pardo, Miguel Lamas. “Micronaciones en islas artificiales según el Derecho Marítimo e Internacional.” *Anuario de derecho marítimo* 29 (2012): 197–227.
- Park, Susin: *El Cambio Climático y el Riesgo de Apatridia: La Situación de los Estados Insulares Bajos*, Geneva, (ACNUR / UNHCR, May 2011).
- Puthucherril, Tony George. “Rising Seas, Receding Coastlines, and Vanishing Maritime Estates and Territories: Possible Solutions and Reassessing the Role of International Law.” *International Community Law Review* 16, no. 1 (2014): 38–74.
- Rayfuse, Rosemary. “International Law and Disappearing States.” *Envtl. Pol’y & L.* 41 (2011): 281.
- Rayfuse, Rosemary. “International law and disappearing states: utilising maritime entitlements to overcome the statehood dilemma.” (2010).
- Rayfuse, Rosemary Gail, and Shirley V. Scott, eds. *International Law in the Era of Climate Change*. Edward Elgar Publishing, 2012.
- Ruppel, Oliver C, Roschmann, Christian, Ruppel-Schlichting, Katharina. eds, *Climate Change: International Law and Global Governance*. Volume I: Legal Responses and Global Responsibility, Nomos, 2013
- Schofield, Clive. “Shifting Limits: Sea Level Rise and Options to Secure Maritime Jurisdictional Claims.” *Carbon & Climate L. Rev.* (2009): 405.
- Schofield, Clive, and David Freestone. “Options to protect coastlines and secure maritime jurisdictional claims in the face of global sea level rise.” (2013): 141.
- Schofield, Clive. “The trouble with Islands: the definition and role of Islands and rocks in maritime boundary delimitation.” In *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the Law of the Sea*, pp. 19–38. Brill, 2009.
- Scholten, Henk Jan. *Statehood and State Extinction: Sea Level Rise and the Legal Challenges Faced by Low-lying Island-states*. Rijksuniversiteit Groningen, 2011.

- Sefrioui, Sarra. "Adapting to Sea Level Rise: A Law of the Sea Perspective." In *The Future of the Law of the Sea*, pp. 3–22. Springer, Cham, 2017.
- McInerney-Lankford, Siobhán, Mac Darrow, and Lavanya Rajamani. *Human rights and climate change: a review of the international legal dimensions*. The World Bank, 2011.
- Soons, Alfred HA. "The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries." *Netherlands International Law Review* 37, no. 2 (1990): 207–232.
- Storr, Cait. "Islands and the South: Framing the Relationship between International Law and Environmental Crisis." (2016): 519–540.
- Stoutenburg, Jenny Grote. "Implementing a new regime of stable maritime zones to ensure the (economic) survival of small island states threatened by sea-level rise." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 26, no. 2 (2011): 263–311.
- Stoutenburg, Jenny Grote. "When Do States Disappear? Thresholds of Effective Statehood and the Continued Recognition of "Deterritorialized" Island States." *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate* 57 (2013).
- Stoutenburg, Jenny Grote. *Disappearing island states in international law*. Brill, 2015.
- Takamura, Yukari. "Climate Change and Small Island Claims in the Pacific." In *Climate Change: International Law and Global Governance*, pp. 657–684. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.
- Camprubí, Alejandra Torres. *Statehood under water: Challenges of sea-level rise to the continuity of Pacific Island States*. Brill, 2016.
- Vidas, Davor. "Sea-Level Rise and International Law." *Climate law* 4, no. 1-2 (2014): 70–84.
- Vidas, Davor, David Freestone, and Jane McAdam. "International Law And Sea Level Rise: The New ILA Committee." *ILSA Journal of International & Comparative Law* 21, no. 2 (2015): 157–167.
- Wannier, Gregory E., and Michael B. Gerrard. "Disappearing States: Harnessing International Law to Preserve Cultures and Society." In *Climate Change: International Law and Global Governance*, pp. 615–656. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.
- Warrick, Richard A., and Qazi Kholiqzaman Ahmad, eds. *The implications of climate and sea-level change for Bangladesh*. Springer Science & Business Media, 2012.
- Wentz, Jessica. "Assessing the Impacts of Climate Change on the Built Environment Under NEPA and State EIA Laws: A Survey of Current Practices and Recommendations for Model Protocols." (2015).
- Williams, Angela. "Turning the tide: recognizing climate change refugees in international law." *Law & Policy* 30, no. 4 (2008): 502–529.
- Wong, Derek. "Sovereignty Sunk-The Position of Sinking States at International Law." *Melb. J. Int'l L.* 14 (2013): 346.
- Yamamoto, Lilian, and Miguel Esteban. *Atoll Island States and international law*. Springer-Verlag Berlin An, 2016.
- Ni, Xing-Yin. "A Nation Going under: Legal Protection for Climate Change Refugees." *BC Int'l & Comp. L. Rev.* 38 (2015): 329.
- Xue, Guifang Julia. "Climate Change Challenges and the Law of the Sea Responses." In *Climate Change: International Law and Global Governance*, pp. 547–592. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

Другие документы

- Stocker, Thomas, ed. *Climate change 2013: the physical science basis: Working Group I contribution to the Fifth assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge University Press, 2013.

International Law Association Sofia Conference. "Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea." (2012).

International Law Association Washington Conference. "Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea." (2014).

International Law Association Johannesburg Conference. "Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea." (2016).

International Law Association Sidney Conference. "Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea." (2018).

International Law Association Johannesburg Conference. "Interim Report of the Committee on 'International Law and Sea Level Rise'." (2016).

International Law Association Sidney Conference. "Report of the Committee on 'International Law and Sea Level Rise'." (2018).

