

# **Доклад Комиссии международного права**

**Шестьдесят седьмая сессия  
(4 мая – 5 июня и 6 июля – 7 августа  
2015 года)**



Организация Объединенных Наций • Нью-Йорк, 2015 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 2015 год*.

## Краткое содержание

<i>Глава</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение . . . . .	9
II. Резюме работы Комиссии на ее шестьдесят седьмой сессии . . . . .	14
III. Конкретные вопросы, изложение мнений по которым представляло бы особый интерес для Комиссии . . . . .	17
IV. Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации . . . . .	19
V. Охрана атмосферы . . . . .	23
VI. Выявление международного обычного права . . . . .	43
VII. Преступления против человечности . . . . .	54
VIII. Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров . . . . .	95
IX. Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами . . . . .	117
X. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции . . . . .	130
XI. Временное применение договоров . . . . .	148
XII. Другие решения и выводы Комиссии . . . . .	157
 Приложение	
Заключительный доклад Исследовательской группы по клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации . . . . .	167

## Содержание

<i>Глава</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение . . . . .	9
А. Членский состав . . . . .	9
В. Непредвиденная вакансия . . . . .	10
С. Должностные лица и Бюро расширенного состава . . . . .	10
D. Редакционный комитет . . . . .	11
Е. Исследовательская группа и Рабочая группа . . . . .	12
F. Секретариат . . . . .	12
G. Повестка дня . . . . .	12
II. Резюме работы Комиссии на ее шестьдесят седьмой сессии . . . . .	14
III. Конкретные вопросы, изложение мнений по которым представляло бы особый интерес для Комиссии . . . . .	17
А. Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров . . . . .	17
В. Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами . . . . .	17
С. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции . . . . .	18
D. Временное применение договоров . . . . .	18
Е. Jus cogens . . . . .	18
IV. Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации . . . . .	19
А. Введение . . . . .	19
В. Рассмотрение темы на нынешней сессии . . . . .	20
С. Выражение признательности Исследовательской группе и ее Председателю . . . . .	22
V. Охрана атмосферы . . . . .	23
А. Введение . . . . .	23
В. Рассмотрение темы на текущей сессии . . . . .	23
С. Текст проектов руководящих положений об охране атмосферы вместе с пунктами преамбулы, в предварительном порядке принятый Комиссией к настоящему времени . . . . .	25
1. Текст проектов руководящих положений вместе с пунктами преамбулы . . . . .	25
2. Текст проектов руководящих положений с комментариями к ним, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят седьмой сессии . . . . .	27
Общий комментарий . . . . .	27
Преамбула . . . . .	27
Комментарий . . . . .	28
Руководящее положение 1	
Употребление терминов . . . . .	31

Комментарий . . . . .	31
Руководящее положение 2	
Сфера охвата руководящих положений . . . . .	36
Комментарий . . . . .	36
Руководящее положение 5	
Международное сотрудничество . . . . .	38
Комментарий . . . . .	39
VI. Выявление международного обычного права . . . . .	43
A. Введение . . . . .	43
B. Рассмотрение темы на нынешней сессии . . . . .	43
1. Представление Специальным докладчиком третьего доклада . . . . .	45
2. Резюме прений . . . . .	47
a) Общие замечания . . . . .	47
b) Связь между двумя составными элементами . . . . .	48
c) Бездействие как практика и/или доказательство признания в качестве права ( <i>opinio juris</i> ) . . . . .	48
d) Роль договоров и резолюций . . . . .	49
e) Судебные решения и труды . . . . .	49
f) Релевантность международных организаций и негосударственных акторов . . . . .	50
g) Партикулярный обычай . . . . .	51
h) Настойчиво возражающее государство . . . . .	51
i) Будущая программа работы . . . . .	51
3. Заключительные замечания Специального докладчика . . . . .	52
VII. Преступления против человечности . . . . .	54
A. Введение . . . . .	54
B. Рассмотрение темы на нынешней сессии . . . . .	54
C. Текст проектов статей о преступлениях против человечности, принятых в предварительном порядке Комиссией на своей шестьдесят седьмой сессии . . . . .	55
1. Текст проектов статей . . . . .	55
2. Текст проектов статей и комментариев к ним, принятый Комиссией в предварительном порядке на своей шестьдесят седьмой сессии . . . . .	57
Статья 1	
Сфера охвата . . . . .	57
Комментарий . . . . .	57
Статья 2	
Общее обязательство . . . . .	58
Комментарий . . . . .	59

Статья 3	
Определение преступлений против человечности . . . . .	62
Комментарий . . . . .	64
Статья 4	
Обязательство предотвращения . . . . .	82
Комментарий . . . . .	82
VIII. Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров . . . . .	95
A. Введение . . . . .	95
B. Рассмотрение темы на нынешней сессии . . . . .	96
C. Текст проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, принятых в предварительном порядке Комиссией к настоящему времени . . . . .	97
1. Текст проектов выводов . . . . .	97
2. Текст проекта вывода и комментария к нему, принятых Комиссией в предварительном порядке на ее шестьдесят седьмой сессии . . . . .	100
Вывод 11	
Учредительные документы международных организаций . . . . .	100
Комментарий . . . . .	101
IX. Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами . . . . .	117
A. Введение . . . . .	117
B. Рассмотрение темы на нынешней сессии . . . . .	117
1. Представление Специальным докладчиком второго доклада . . . . .	119
2. Краткое изложение прений . . . . .	120
a) Общие замечания . . . . .	120
b) Сфера охвата . . . . .	122
c) Цель . . . . .	124
d) Употребление терминов . . . . .	124
e) Проект принципа 1 . . . . .	124
f) Проект принципа 2 . . . . .	125
g) Проект принципа 3 . . . . .	125
h) Проект принципа 4 . . . . .	126
i) Проект принципа 5 . . . . .	126
j) Будущая программа работы . . . . .	127
3. Заключительные замечания Специального докладчика . . . . .	128
X. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции . . . . .	130
A. Введение . . . . .	130
B. Рассмотрение темы на данной сессии . . . . .	131

1.	Представление Специальным докладчиком четвертого доклада . . . . .	132
2.	Краткое изложение прений . . . . .	136
a)	Общие замечания . . . . .	136
b)	Методология . . . . .	138
c)	Проект статьи 2 f): определение понятия «деяние, совершенное в официальном качестве» . . . . .	139
i)	«Деяние, совершенное в официальном качестве» и «деяние, совершенное в частном качестве» . . . . .	139
ii)	Преступный характер действия . . . . .	140
iii)	Присвоение деяния государству . . . . .	141
iv)	Суверенитет и осуществление элементов государственной власти . . . . .	142
d)	Проект статьи 6: сфера охвата иммунитета <i>ratione materiae</i> . . . . .	144
e)	План будущей работы . . . . .	144
3.	Заключительные замечания Специального докладчика . . . . .	145
XI.	Временное применение договоров . . . . .	148
A.	Введение . . . . .	148
B.	Рассмотрение темы на текущей сессии . . . . .	148
1.	Представление Специальным докладчиком третьего доклада . . . . .	149
2.	Резюме прений . . . . .	151
a)	Общие замечания . . . . .	151
b)	Взаимосвязь с другими положениями Венской конвенции 1969 года . . . . .	153
c)	Временное применение договора с участием международных организаций . . . . .	153
d)	Замечания по проектам руководящих принципов . . . . .	154
3.	Заключительные замечания Специального докладчика . . . . .	155
XII.	Другие решения и выводы Комиссии . . . . .	157
A.	Программа, процедуры и методы работы Комиссии и ее документация . . . . .	157
1.	Включение новой темы в программу работы Комиссии . . . . .	157
2.	Рабочая группа по долгосрочной программе работы . . . . .	157
3.	Рассмотрение резолюции 69/123 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 2014 года о верховенстве права на национальном и международном уровнях . . . . .	157
4.	Рассмотрение пунктов 10–13 резолюции 69/118 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 2014 года о докладе Комиссии международного права о работе ее шестьдесят шестой сессии . . . . .	159
5.	Вознаграждение . . . . .	160
6.	Документация и публикации . . . . .	160

---

7.	«Ежегодник Комиссии международного права» . . . . .	161
8.	Помощь Отдела кодификации . . . . .	161
9.	Веб-сайты . . . . .	162
10.	Библиотека аудиовизуальных материалов Организации Объединенных Наций по международному праву . . . . .	162
B.	Сроки и место проведения шестьдесят восьмой сессии Комиссии . . . . .	162
C.	Выражение признательности секретарю Комиссии . . . . .	162
D.	Сотрудничество с другими органами . . . . .	162
E.	Представительство на семидесятой сессии Генеральной Ассамблеи . . . . .	164
F.	Семинар по международному праву . . . . .	164
Приложение		
	Заключительный доклад Исследовательской группы по клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации . . . . .	167



## Глава I

### Введение

1. Комиссия международного права провела первую часть своей шестьдесят седьмой сессии 4 мая – 5 июня 2015 года, а вторую часть – 6 июля – 7 августа 2015 года в месте своего постоянного пребывания в Отделении Организации Объединенных Наций в Женеве. Сессию открыл первый заместитель Председателя шестьдесят шестой сессии Комиссии г-н Синья Мурасэ.

#### А. Членский состав

2. В состав Комиссии входят следующие члены:

- г-н Мохаммед Белло Адоке (Нигерия)
- г-н Али Мохсен Фетаис Аль-Марри (Катар)
- г-н Амос С. Вако (Кения)
- г-н Эдуардо Валенсия-Оспина (Колумбия)
- г-н Марсело Васкес-Бермудес (Эквадор)
- г-н Нугрохо Виснумурти (Индонезия)
- г-н Майкл Вуд (Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии)
- г-н Хуан Мануэль Гомес-Робледо (Мексика)
- г-н Абд ар-Разаг Эль-Муртади Сулейман Гуидер (Ливия)
- г-н Морис Камто (Камерун)
- г-н Энрике Х.А. Кандиоти (Аргентина)
- г-н Люциус Кафлиш (Швейцария)
- г-н Роман А. Колодкин (Российская Федерация)<sup>1</sup>
- г-н Педру Комиссарью Афонсу (Мозамбик)
- г-н Криангсак Киттичайсари (Таиланд)
- г-н Ахмед Лараба (Алжир)
- г-н Доналд М. Макрей (Канада)
- г-н Шон Д. Мерфи (Соединенные Штаты Америки)
- г-н Синья Мурасэ (Япония)
- г-н Бернд Х. Нихаус (Коста-Рика)
- г-н Георг Нольте (Германия)
- г-н Ки Габ Пак (Республика Корея)
- г-н Эрнест Петрич (Словения)
- г-н Крис Маина Питер (Объединенная Республика Танзания)
- г-н Жилберту Верне Сабоя (Бразилия)

---

<sup>1</sup> См. пункт 3 ниже.

г-н Нариндер Сингх (Индия)  
 г-н Дире Д. Тлади (Южная Африка)  
 г-н Матьяс Форто (Франция)  
 г-н Хуссейн А. Хассуна (Египет)  
 г-н Махмуд Д. Хмуд (Иордания)  
 г-н Хуан Хуэйкан (Китай)  
 г-н Павел Штурма (Чешская Республика)  
 г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес (Испания)  
 г-жа Мари Г. Якобссон (Швеция)

## **В. Непредвиденная вакансия**

3. 8 мая 2015 года Комиссия избрала г-на Романа А. Колодкина для заполнения непредвиденной вакансии, образовавшейся после ухода в отставку г-на Кирилла Геворгяна.

## **С. Должностные лица и Бюро расширенного состава**

4. На своем 3244-м заседании 4 мая 2015 года Комиссия избрала следующих должностных лиц:

Председатель:	г-н Нариндер Сингх (Индия)
Первый заместитель Председателя:	г-н Амос С. Вако (Кения)
Второй заместитель Председателя:	г-н Павел Штурма (Чешская Республика)
Председатель Редакционного комитета:	г-н Матьяс Форто (Франция)
Докладчик:	г-н Марсело Васкес-Бермудес (Эквадор)

5. В Бюро расширенного состава Комиссии вошли должностные лица нынешней сессии, предыдущие председатели Комиссии<sup>2</sup> и специальные докладчики<sup>3</sup>.

6. Комиссия создала Группу по планированию в следующем составе: г-н Амос С. Вако (Председатель), г-н Л. Кафлиш, г-н П. Комиссарью Афонсу, г-н А. Эль-Муртади Сулейман Гуидер, г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н М. Форто, г-н Х.А. Хассуна, г-н М.Д. Хмуд, г-н Х. Хуан, г-жа М.Г. Якобссон, г-н К. Киттичайсари, г-н А. Лараба, г-н Д.М. Макрей, г-н С. Мурасэ, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Б.Х. Нихаус, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н П. Штурма, г-н Д.Д. Тлади, г-н Н. Виснумурти, г-н М. Вуд и г-н М. Васкес-Бермудес (ex officio).

<sup>2</sup> Г-н Л. Кафлиш, г-н Э.Х.А. Кандиоти, г-н М. Камто, г-н Б.Х. Нихаус, г-н Э. Петрич и г-н Н. Виснумурти.

<sup>3</sup> Г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н Х.М. Гомес-Робледо, г-жа М. Якобссон, г-н С. Мурасэ, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Г. Нольте, г-н Д.Д. Тлади, г-н Э. Валенсия-Оспина и г-н М. Вуд.

## D. Редакционный комитет

7. На своих 3245-м, 3250-м, 3257-м, 3261-м, 3269-м, 3278-м и 3280-м заседаниях 5, 13 и 27 мая и 3 июня и 14, 24 и 29 июля 2015 года Комиссия учредила Редакционный комитет, состоящий из следующих членов по указанным темам:

а) *Выявление международного обычного права*: г-н М. Форто (Председатель), г-н М. Вуд (Специальный докладчик), г-н М.Д. Хмуд, г-н Х. Хуан, г-н М. Камто, г-н К. Киттичайсари, г-н Р.А. Колодкин, г-н Д.М. Макрей, г-н С. Мурасэ, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н П. Штурма, г-н Д.Д. Тлади и г-н М. Васкес-Бермудес (ex officio).

б) *Охрана атмосферы*: г-н М. Форто (Председатель), г-н С. Мурасэ (Специальный докладчик), г-н М.Д. Хмуд, г-н Х. Хуан, г-н М. Камто, г-н К. Киттичайсари, г-н Д.М. Макрей, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н Д.Д. Тлади, г-н М. Вуд и г-н М. Васкес-Бермудес (ex officio).

с) *Преступления против человечности*: г-н М. Форто (Председатель), г-н С.Д. Мерфи (Специальный докладчик), г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н М.Д. Хмуд, г-жа М.Г. Якобссон, г-н М. Камто, г-н К. Киттичайсари, г-н Р.А. Колодкин, г-н Д.М. Макрей, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н Ж.В. Сабоя, г-н Д.Д. Тлади, г-н А.С. Вако, г-н М. Вуд и г-н М. Васкес-Бермудес (ex officio).

д) *Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров*: г-н М. Форто (Председатель), г-н Г. Нольте (Специальный докладчик), г-н К. Киттичайсари, г-н Р.А. Колодкин, г-н Д.М. Макрей, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н К.Г. Пак, г-н П. Штурма, г-н Д.Д. Тлади, г-н М. Вуд и г-н М. Васкес-Бермудес (ex officio).

е) *Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами*: г-н М. Форто (Председатель), г-жа М.Г. Якобссон (Специальный докладчик), г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н Х.М. Гомес-Робледо, г-н М.Д. Хмуд, г-н Х. Хуан, г-н К. Киттичайсари, г-н Д.М. Макрей, г-н С. Мурасэ, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Ж.В. Сабоя, г-н П. Штурма, г-н М. Вуд и г-н М. Васкес-Бермудес (ex officio).

ф) *Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции*: г-н М. Форто (Председатель), г-жа К. Эскобар Эрнандес (Специальный докладчик), г-н М.Д. Хмуд, г-жа М.Г. Якобссон, г-н М. Камто, г-н К. Киттичайсари, г-н Р.А. Колодкин, г-н Д.М. Макрей, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н Ж.В. Сабоя, г-н Д.Д. Тлади, г-н А.С. Вако, г-н М. Вуд и г-н М. Васкес-Бермудес (ex officio).

г) *Временное применение договоров*: г-н М. Форто (Председатель), г-н Х.М. Гомес-Робледо (Специальный докладчик), г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н М. Камто, г-н Р.А. Колодкин, г-н Д.М. Макрей, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н Д.Д. Тлади, г-н М. Вуд и г-н М. Васкес-Бермудес (ex officio).

8. Редакционный комитет провел в общей сложности 34 заседания по семи указанным выше темам.

## **Е. Исследовательская группа и Рабочая группа**

9. На своем 3249-м заседании, состоявшемся 12 мая 2015 года, Комиссия воссоздала следующую исследовательскую группу:

*Исследовательская группа по клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации:* г-н Д.М. Макрей (Председатель), г-н Л. Кафлиш, г-н М. Форто, г-н М.Д. Хмуд, г-н М. Камто, г-н С. Мурасэ, г-н С.Д. Мерфи, г-н К.Г. Пак, г-н Н. Сингх, г-н П. Штурма, г-н Д.Д. Тлади, г-н М. Вуд и г-н М. Васкес-Бермудес (ex officio).

10. Группа по планированию воссоздала следующую Рабочую группу:

*Рабочая группа по долгосрочной программе работы на пятилетний период:* г-н Д.М. Макрей (Председатель), г-н Л. Кафлиш, г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н М. Форто, г-н Х.А. Хассуна, г-н М.Д. Хмуд, г-жа М.Г. Якобссон, г-н К. Киттичайсари, г-н А. Лараба, г-н С. Мурасэ, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н Н. Сингх, г-н П. Штурма, г-н Д.Д. Тлади, г-н Э.С. Вако, г-н Н. Виснумурти, г-н М. Вуд и г-н М. Васкес-Бермудес (ex-officio).

## **Ф. Секретариат**

11. Заместитель Генерального секретаря и Юриисконсульт Организации Объединенных Наций г-н Мигель де Серпа Суарис представлял Генерального секретаря. Г-н Джордж Коронтсис, директор Отдела кодификации Управления по правовым вопросам, выполнял функции Секретаря Комиссии и в отсутствие Юриисконсульта представлял Генерального секретаря с 4 мая по 5 июня 2015 года. Г-н Хью Ллевеллин, главный сотрудник по правовым вопросам, выполнял функции старшего помощника Секретаря. После ухода в отставку г-на Джорджа Коронтсиса и назначения г-на Хью Ллевеллина на должность директора Отдела кодификации Управления по правовым вопросам г-н Хью Ллевеллин выполнял функции Секретаря Комиссии с 8 июня 2015 года. Г-н Тревор Чимимба и г-н Арнольд Пронто, старшие сотрудники по правовым вопросам, выполняли функции старших помощников Секретаря. Функции помощников Секретаря Комиссии выполняли сотрудники по правовым вопросам г-жа Ханна Дрейфельдт-Лаине и г-н Давид Нанопоулос.

## **Г. Повестка дня**

12. На своем 3244-м заседании, состоявшемся 4 мая 2015 года, Комиссия утвердила повестку дня своей шестьдесят седьмой сессии, состоящую из следующих пунктов:

1. Организация работы сессии.
2. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.
3. Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров.
4. Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации.
5. Временное применение договоров.
6. Выявление международного обычного права.

7. Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами.
8. Охрана атмосферы.
9. Преступления против человечности.
10. Программа, процедуры и методы работы Комиссии и ее документация.
11. Сроки и место проведения шестьдесят восьмой сессии.
12. Сотрудничество с другими органами.
13. Прочие вопросы.

## Глава II

### Резюме работы Комиссии на ее шестьдесят седьмой сессии

13. По теме «**Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации**» Комиссия получила и с признательностью приняла к сведению заключительный доклад о работе Исследовательской группы по вопросу о наиболее благоприятствуемой нации и одобрила краткие выводы Исследовательской группы. Комиссия рекомендовала довести заключительный доклад до сведения Генеральной Ассамблеи и призвала к его как можно более широкому распространению. Комиссия, таким образом, завершила свое рассмотрение этой темы (глава IV).

14. В связи с темой «**Охрана атмосферы**» Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/681), в котором после дальнейшего анализа проекта руководящих положений, предложенных в первом докладе, был представлен ряд пересмотренных руководящих принципов, касающихся использования терминов, сферы охвата проекта руководящих принципов и предмета общей озабоченности человечества, а также проекты руководящих принципов по общему обязательству государств по охране атмосферы и по международному сотрудничеству. После обсуждения доклада Комиссия постановила передать проекты руководящих положений 1, 2, 3 и 5, содержащиеся во втором докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет при том понимании, что проект руководящего положения 3 будет рассмотрен в контексте возможной преамбулы. После рассмотрения доклада Редакционного комитета (A/CN.4/L.851) Комиссия в предварительном порядке приняла проекты руководящих положений 1, 2 и 5 и четыре пункта преамбулы с комментариями (глава V).

15. В связи с темой «**Выявление международного обычного права**» Комиссии был представлен третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/682), который содержал, в частности, дополнительные пункты к трем проектам выводов, предложенным во втором докладе, и пять новых проектов выводов, касающихся соответственно взаимосвязи между двумя составными элементами международного обычного права, роли бездействия, роли договоров и резолюций, судебных решений и трудов, релевантности международных организаций, а также партикулярного обычая и настойчиво возражающего государства. После обсуждения на пленарных заседаниях Комиссия постановила передать проекты выводов, содержащиеся в третьем докладе, в Редакционный комитет. Комиссия получила доклад Редакционного комитета (A/CN.4/L.869) и приняла к сведению проекты выводов 1–16 [15], принятые Редакционным комитетом в предварительном порядке в ходе шестьдесят шестой и шестьдесят седьмой сессий (глава VI).

16. В связи с темой «**Преступления против человечности**» Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/680), который содержал, в частности, два проекта статей, касающихся соответственно предотвращения преступлений против человечности и наказания за них и определения преступлений против человечности. После дискуссии на пленарных заседаниях Комиссия постановила передать проекты статей, предложенные Специальным докладчиком, в Редакционный комитет. Рассмотрев доклад Редакционного комитета (A/CN.4/L.853), Комиссия в предварительном порядке приняла проекты статей 1–4 вместе с комментариями к ним (глава VII).

17. В связи с темой «**Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров**» Комиссии был представлен третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/683), который содержал, в частности, один проект заключения, касающийся учредительных документов международных организаций. После обсуждения на пленарных заседаниях Комиссия постановила

передать проект заключения, предложенный Специальным докладчиком, в Редакционный комитет. После рассмотрения доклада Редакционного комитета (A/CN.4/L.854) Комиссия в предварительном порядке приняла проект заключения II вместе с комментарием к нему (глава VIII).

18. По теме «**Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами**» Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/685), в котором, в частности, определялись и анализировались существующие нормы права вооруженных конфликтов, имеющие прямое отношение к охране окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами. В докладе содержалось пять проектов принципов, а также проект трех пунктов преамбулы, связанных со сферой применения и целью проектов принципов, а также с употреблением терминов. После дискуссии на пленарном заседании Комиссия постановила передать проект пунктов преамбулы, а также проекты принципов в том виде, в котором они содержались в докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет при том понимании, что положение об употреблении терминов передается в него в целях облегчения обсуждений и на текущем этапе было оставлено Редакционным комитетом без рассмотрения. Впоследствии Комиссия получила доклад Редакционного комитета (A/CN.4/L.870) и приняла к сведению проект вводных положений и проекты принципов I-(x)–II-5, принятые Редакционным комитетом в предварительном порядке (глава IX).

19. По теме «**Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции**» Комиссия имела в своем распоряжении четвертый доклад Специального докладчика (A/CN.4/686), который был посвящен рассмотрению оставшихся аспектов материальной сферы охвата иммунитета *ratione materiae*, в частности тому, что представляет собой «действие, совершенное в официальном качестве», а также его временные рамки. В докладе содержались предложения в отношении подпункта f) проекта статьи 2 с определением «действия, совершенного в официальном качестве», и в отношении проекта статьи 6 о сфере охвата иммунитета *ratione materiae*. После обсуждения на пленарном заседании Комиссия постановила передать оба проекта статей Редакционному комитету. Впоследствии Комиссия получила доклад Редакционного комитета (A/CN.4/L.865) и приняла к сведению подпункт f) проекта статьи 2 и проект статьи 6, принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом (глава X).

20. По теме «**Временное применение договоров**» Комиссии был представлен третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/687), в котором рассматривалась связь временного применения с другими положениями Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, а также вопрос о временном применении в контексте международных организаций. Комиссия также рассмотрела меморандум секретариата (A/CN.4/676) о временном применении в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 года. Комиссия направила проекты шести руководящих принципов, предложенные Специальным докладчиком, в Редакционный комитет. Впоследствии Комиссия заслушала промежуточный устный доклад Председателя Редакционного комитета в отношении проектов руководящих положений 1–3, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом, который был представлен Комиссии только для информации (глава XI).

21. Для рассмотрения своей программы, процедур и методов работы Комиссия учредила Группу по планированию (глава XII, раздел A). Комиссия постановила включить в свою программу работы тему «*Jus cogens*» и назначить Специальным докладчиком по этой теме г-на Дире Тлади (глава XII, раздел A.1).

22. Комиссия продолжила обмен информацией с Международным Судом, Афроазиатской консультативно-правовой организацией, Межамериканским юридическим комитетом, Комитетом юридических советников по международному публичному праву Совета Европы, а также Комиссией Африканского союза по международному праву. В Комиссии также выступил Верховный комиссар Организации Объединенных Наций по правам человека. Между членами Комиссии и Международного комитета Красного Креста состоялся неофициальный обмен мнениями.

23. Комиссия рекомендовала провести свою шестьдесят восьмую сессию в Женеве с 2 мая по 10 июня и с 4 июля по 12 августа 2016 года (глава XII, раздел В).



### **Глава III**

## **Конкретные вопросы, изложение мнений по которым представляло бы особый интерес для Комиссии**

24. Комиссия считает, что просьбы о представлении информации по темам «Охрана атмосферы»<sup>4</sup>, «Выявление международного обычного права»<sup>5</sup> и «Преступления против человечности»<sup>6</sup>, которые содержатся в главе III доклада о работе ее прошлой сессии, сохраняют свою силу, и будет приветствовать любую дополнительную информацию.

25. Комиссия также приветствовала бы получение любой информации по указанным ниже вопросам к 31 января 2016 года, чтобы такую информацию можно было учесть в соответствующих докладах специальных докладчиков.

#### **A. Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров**

26. Получение от государств и международных организаций следующей информации помогло бы Комиссии в ее работе:

а) любые примеры решений национальных судов, в которых последующее соглашение или последующая практика способствует толкованию договора; и

б) любые примеры, когда считается, что заявления или иные действия договорного органа в составе независимых экспертов привели к соответствующим последующим соглашениям или последующей практике, имеющим отношение к толкованию договора.

#### **B. Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами**

27. Комиссия была бы признательна за получение от государств информации о том, толковалось ли в их практике международное или внутригосударственное экологическое право как применимое в связи с вооруженными конфликтами международного и немеждународного характера. Комиссия была бы особенно признательна получить примеры:

а) договоров, включая соответствующие региональные или двусторонние договоры;

б) национального законодательства, имеющего отношение к этой теме, включая законодательство об осуществлении региональных или двусторонних договоров;

в) прецедентов, в которых международное или внутригосударственное экологическое право применялось к спорам в связи с вооруженным конфликтом.

28. Комиссия также хотела бы получить от государств информацию о том, располагают ли они какими-либо правовыми инструментами, направленными на охрану окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, например

<sup>4</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10), пункт 27.*

<sup>5</sup> Там же, пункты 29–30.

<sup>6</sup> Там же, пункт 34.

национальным законодательством и регламентами; военными наставлениями и уставами, стандартными оперативными процедурами, правилами применения вооруженных сил или соглашениями об их статусе, применимыми в ходе международных операций; а также стратегиями в области рационального использования окружающей среды, связанные с видами деятельности оборонного характера. Комиссию особенно интересуют инструменты, относящиеся к превентивным мерам и мерам по исправлению положения.

### **С. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции**

29. Комиссия была бы признательна за получение от государств информации об их законодательстве и практике, особенно судебной практике, в отношении пределов и исключений из иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

### **Д. Временное применение договоров**

30. Комиссия была бы признательна за получение от государств информации об их практике в отношении временного применения договоров, в том числе о национальном законодательстве по этому вопросу, включая примеры, в частности касающиеся следующего:

- a) решения применять договор на временной основе;
- b) прекращения такого временного применения; и
- c) правовых последствий временного применения.

### **Е. Jus cogens**

31. Комиссия была бы признательна за получение от государств информации об их практике в отношении характера норм *jus cogens*, критериев их формирования и вытекающих из них последствий, выражающихся в:

- a) официальных заявлениях, в том числе в законодательных органах, судах и международных организациях; и
- b) решениях национальных и региональных судов и трибуналов, включая квазисудебные органы.

## Глава IV

### Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации

#### А. Введение

32. На своей шестидесятой сессии (2008 года) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему «Наиболее благоприятствуемая нация» и учредить на своей шестидесятой первой сессии Исследовательскую группу по этой теме<sup>7</sup>.

33. Исследовательская группа была создана под председательством г-на Доналда М. Макрея и г-на Рохана Переры на шестидесятой первой сессии (2009 года)<sup>8</sup> и была вновь учреждена на шестидесятой второй (2010 года) и шестидесятой третьей (2011 года) сессиях под руководством тех же сопредседателей<sup>9</sup>. На шестидесятой четвертой (2012 года), шестидесятой пятой (2013 года) и шестидесятой шестой сессиях Комиссия вновь учредила Исследовательскую группу под председательством г-на Доналда М. Макрея<sup>10</sup>. В отсутствие г-на Макрея в ходе сессий 2013 и 2014 годов функции председателя выполнял г-н Матьяс Форто.

<sup>7</sup> На своем 2997-м заседании 8 августа 2008 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10)*, пункт 354). Схематическое описание темы см. там же, приложение В. В пункте 6 своей резолюции 63/123 от 11 декабря 2008 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению данное решение.

<sup>8</sup> На своем 3029-м заседании 31 июля 2009 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей о работе Исследовательской группы по клаузуле наиболее благоприятствуемой нации (там же, *шестидесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункты 211–216). Исследовательская группа, в частности, рассмотрела рамки, которые будут служить общими направлениями будущей работы, и достигла договоренности о программе работы, включающей подготовку документов, которые должны были пролить дополнительный свет на вопросы, касающиеся, в частности, сферы охвата клаузул о НБН и их толковании и применении.

<sup>9</sup> На своем 3071-м заседании 30 июля 2010 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей о работе Исследовательской группы (там же, *шестидесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункты 359–373). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала ряд документов, подготовленных на основе рамок 2009 года, определяющих общие направления будущей работы, и согласовала программу работы на 2010 год. На своем 3119-м заседании 8 августа 2011 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей о работе Исследовательской группы (там же, *шестидесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункты 349–363). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала дополнительные документы, подготовленные на основе рамок 2009 года.

<sup>10</sup> На своем 3151-м заседании 27 июля 2012 года Комиссия приняла к сведению устный доклад Председателя Исследовательской группы (там же, *шестидесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункты 245–265). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала дополнительные документы, подготовленные на основе рамок 2009 года. На своем 3189-м заседании 31 июля 2013 года Комиссия приняла к сведению доклад Исследовательской группы (там же, *шестидесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункты 154–164). Исследовательская группа продолжила рассмотрение и анализ дополнительных докладов. Она также изучила современную практику и юриспруденцию, которые имеют отношение к толкованию оговорок о НБН. На своем 3231-м заседании 25 июля 2014 года Комиссия приняла к сведению устный доклад о работе Исследовательской группы (там же, *шестидесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, пункты 254–262). Исследовательская группа провела содержательный и технический анализ проекта окончательного доклада в целях подготовки нового проекта для его согласования Исследовательской группой.

## **В. Рассмотрение темы на нынешней сессии**

34. На нынешней сессии Комиссия на своем 3249-м заседании 12 мая 2015 года вновь учредила Исследовательскую группу по клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации под председательством г-на Доналда М. Макрея.

35. Исследовательская группа провела два заседания, 12 мая и 16 июля 2015 года, в ходе которых она провела и завершила содержательный и технический анализ проекта окончательного доклада. В общей сложности после ее учреждения в 2009 году Исследовательская группа провела 24 заседания.

36. Комиссия получила и рассмотрела окончательный доклад Исследовательской группы на своих 3264-м и 3277-м заседаниях соответственно 6 и 23 июля 2015 года. Окончательный доклад содержится в приложении к настоящему докладу. Комиссия отмечает, что окончательный доклад подразделяется на пять частей. В части I представлена справочная информация, включая истоки и цель работы Исследовательской группы, и анализ предыдущей работы Комиссии над проектами статей о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации (НБН) 1978 года, а также изменений после завершения проектов статей 1978 года, в частности в области инвестиций, и анализ положений о НБН других органов, таких как Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию и Организация экономического сотрудничества и развития. Общая нацеленность работы Исследовательской группы заключалась в том, чтобы воздерживаться от пересмотра проектов статей 1978 года или подготовки нового свода проектов статей.

37. В части II доклада рассмотрена актуальность клаузул о НБН в настоящее время и затронуты вопросы, касающиеся их толкования, в том числе в контексте Генерального соглашения по тарифам и торговле и Всемирной торговой организации, других торговых соглашений, а также договоров об инвестициях. В ней также рассмотрены виды положений о НБН в двусторонних инвестиционных договорах (ДИД) и отдельно изучены вопросы толкования, которые возникали в связи с клаузулами о НБН в ДИД, а именно: а) определение выгодоприобретателя клаузулы о НБН, б) определение необходимого режима и с) определение сферы действия клаузулы о НБН.

38. В части III проанализированы: а) соображения инвестиционной политики, связанные с толкованием инвестиционных соглашений, с учетом вопросов асимметрии на переговорах о ДИД и специфики каждого ДИД, б) последствия арбитражного урегулирования инвестиционных споров как «смешанного арбитража» и с) актуальность проектов статей 1978 года для толкования положений о НБН.

39. В части IV поставлена цель дать определенные ориентиры в отношении толкования клаузул о НБН, выработав основу надлежащего применения принципов толкования договоров применительно к клаузулам о НБН. В ней исследованы различные подходы в прецедентном праве, касающиеся толкования положений о НБН в инвестиционных соглашениях, при рассмотрении трех центральных вопросов: а) могут ли положения о НБН в принципе применяться в отношении положений об урегулировании споров ДИД?; б) затрагивается ли юрисдикция третейского суда условиями ДИД, касающимися положений об урегулировании споров, на которые могут сослаться инвесторы?; с) какие факторы имеют отношение к процессу толкования при определении того, применяются ли положения о НБН в ДИД в отношении условий обращения к урегулированию споров? В этой части также рассмотрены различные способы, с помощью которых в своей договорной

практике государства реагировали на решение по делу *Маффесини*<sup>11</sup>, в том числе путем а) конкретного указания о том, что клаузула о НБН не применима к положениям об урегулировании споров, б) прямого указания на то, что эта клаузула применима к положениям об урегулировании споров, или с) конкретного перечисления областей, в которых применяется клаузула о НБН.

40. Часть V доклада содержит выводы, которых достигла Исследовательская группа, выделяя, в частности, важное значение и актуальность Венской конвенции о праве международных договоров (ВКПМД) в качестве отправной точки при толковании инвестиционных договоров. Толкование клауз о НБН следует проводить на основе правил толкования договоров, изложенных в ВКПМД.

41. На своем 3277-м заседании 23 июля 2015 года Комиссия с удовлетворением приветствовала окончательный доклад о работе Исследовательской группы. Комиссия рекомендовала окончательный доклад вниманию Генеральной Ассамблеи и призвала к его самому широкому распространению.

42. На своем 3277-м заседании 23 июля 2015 года Комиссия приняла следующие краткие выводы:

а) Комиссия отмечает, что клаузулы о НБН остаются неизменными по своему характеру со времени завершения проектов статей 1978 года. Основные положения проектов статей 1978 года по-прежнему составляют основу толкования и применения клауз о НБН в настоящее время. Однако они не дают ответа на все вопросы толкования, которые могут возникать в связи с клаузулами о НБН.

б) Комиссия подчеркивает важное значение и актуальность Венской конвенции о праве международных договоров (ВКПМД) в качестве отправной точки при толковании инвестиционных договоров. Клаузулы о НБН следует толковать на основе правил толкования договоров, изложенных в ВКПМД.

с) Главный вопрос толкования в отношении клауз о НБН связан со сферой действия клауз и применением принципа *eiusdem generis*. Иными словами, объем и характер выгоды, которая может быть получена в соответствии с положением о НБН, зависит от толкования самого положения о НБН.

д) Применение клауз о НБН в отношении положений об урегулировании споров в арбитраже, связанном с инвестиционными договорами, вместо их ограничения материальными обязательствами высветило новый аспект осмысления положений о НБН и, возможно, последствия, которых стороны не предвидели, когда они заключали свои инвестиционные соглашения. Тем не менее этот вопрос остается вопросом толкования договоров.

е) Призваны ли клаузулы о НБН охватывать положения об урегулировании споров – это в конечном счете зависит от государств, согласовывающих на переговорах такие клаузулы. Прямо выраженные формулировки могут обеспечить, чтобы положение о НБН применялось или не применялось в отношении положений об урегулировании споров. В противном случае вопрос будет оставлен на усмотрение третейских судов по урегулированию споров, толкующих клаузулы о НБН в каждом конкретном случае.

43. Комиссия желает подчеркнуть, что методы толкования, рассмотренные в докладе Исследовательской группы, призваны помочь в толковании и применении положений о НБН.

<sup>11</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB 97/7 (25 January 2000), *ICSID Reports*, vol. 5, p. 396.

**С. Выражение признательности Исследовательской группе и ее Председателю**

44. На своем 3277-м заседании 23 июля 2015 года Комиссия приняла путем аккламации следующую резолюцию:

*«Комиссия международного права,*

*с признательностью приветствуя доклад Исследовательской группы о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации,*

*выражает Исследовательской группе и ее Председателю, г-ну Доналду М. Макрею, свою глубокую признательность и теплые поздравления за выдающийся вклад в подготовку доклада о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации и за результаты, достигнутые Исследовательской группой;*

*напоминает с признательностью о вкладе г-на А. Рохана Переры, выполнявшего функции сопредседателя Исследовательской группы с 2009 года по 2011 год, а также г-на Матьяса Форто, выполнявшего функции Председателя в отсутствие г-на Макрея в ходе сессий 2013 года и 2014 года».*

## Глава V Охрана атмосферы

### A. Введение

45. Комиссия решила включить тему «Охрана атмосферы» в свою программу работы вместе с пониманием о том, как ей надлежит работать над ней, на своей шестьдесят пятой сессии (в 2013 году) и назначила г-на Синья Мурасэ Специальным докладчиком по теме<sup>12</sup>.

46. На своей шестьдесят шестой сессии (в 2014 году) Комиссия получила и рассмотрела первый доклад Специального докладчика<sup>13</sup>.

### B. Рассмотрение темы на текущей сессии

47. На текущей сессии Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/681). Развивая положения первого доклада с учетом замечаний, высказанных в Комиссии и в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи, Специальный докладчик дополнительно проанализировал во втором докладе проекты руководящих положений, содержащиеся в первом докладе, предложив ряд пересмотренных руководящих положений, касающихся употребления терминов, включая определение атмосферы, сферы охвата руководящих положений, а также предмета общей озабоченности человечества. Кроме того, Специальный докладчик представил анализ общего обязательства государств охранять атмосферу, а также международного сотрудничества в деле охраны атмосферы. Были представлены проекты руководящих положений, касающиеся общего обязательства государств охранять атмосферу и международного сотрудничества<sup>14</sup>. Он вы-

<sup>12</sup> На своем 3197-м заседании 9 августа 2013 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 168) Комиссия включила эту тему в свою программу 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 таких вопросов, как материальная ответственность государств и их граждан и юридических лиц; принцип "загрязнитель платит"; принцип предосторожности; общая, но дифференцированная ответственность; и передача средств и технологии развивающимся странам, включая права интеллектуальной собственности и никак эти вопросы не затрагивает; б) тема также не будет касаться 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». Исходя из этого понимания Специальный докладчик будет готовить свои доклады. 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)*, пункт 365).

<sup>13</sup> Первый доклад по вопросу об охране атмосферы (документ A/CN.4/667).

<sup>14</sup> Текст проектов руководящих положений, предложенный Специальным докладчиком в его докладе, гласил (текст проектов руководящих положений и пунктов преамбулы, а также комментариев к ним, в предварительном порядке принятый Комиссией на настоящей сессии, см. в разделе C.2 ниже):

сказал мысль о том, что все три проекта руководящих положений, а именно: предмет общей озабоченности человечества, общее обязательство государств и международное сотрудничество, неразрывно связаны друг с другом и составляют триаду охраны атмосферы. Специальный докладчик также представил подробный план дальнейшей работы, как его об этом просили в Комиссии в 2014 году. По его предварительной оценке, работа над темой могла бы быть завершена в 2020 году после рассмотрения таких вопросов, как принцип *sic utere tuo ut alienum non laedas*, принцип устойчивого развития (использование атмосферы и оценка воздействия на окружающую среду), принцип справедливости, особые обстоятельства и уязвимость – в 2016 году; предупреждение, должная осмотрительность и меры предосторожности – в 2017 году; определяющие принципы взаимосвязи с другими областями международного права – в 2018 году; соблюдение и осуществление, а также урегулирование споров – в 2019 году.

48. Комиссия рассмотрела доклад на своих 3244–3249-м заседаниях 4, 5, 6, 7, 8 и 12 мая 2015 года.

#### **«Проект руководящего положения 1**

##### **Употребление терминов**

Для целей настоящих проектов руководящих положений:

- а) "атмосфера" означает газовую оболочку Земли, в которой происходит перенос и дисперсия вредоносных веществ;
- б) "загрязнение воздуха" означает привнесение в атмосферу, прямо или косвенно, в результате человеческой деятельности веществ или энергии, влекущее за собой вредные последствия для жизни и здоровья человека и природной среды Земли;
- с) "деградация атмосферы" включает загрязнение воздуха, разрушение озонового слоя стратосферы, изменение климата и любые другие изменения атмосферных условий, влекущие за собой значительные негативные последствия для жизни и здоровья человека и природной среды Земли.

[Определение другим терминам будет дано на более поздних этапах.]

#### **Проект руководящего положения 2**

##### **Сфера охвата руководящих положений**

- а) Настоящие проекты касаются деятельности человека, в результате которой в атмосферу, прямо или косвенно, привносятся вредные вещества или энергия или изменяется состав атмосферы и которая порождает или может породить значительные отрицательные последствия для жизни и здоровья человека и природной среды Земли.
- б) Настоящие проекты руководящих положений касаются базовых принципов охраны атмосферы, а также их взаимосвязи с другими соответствующими областями международного права.
- с) Ничто в настоящих проектах руководящих положений не затрагивает правового статуса воздушного пространства в соответствии с применимым международным правом.

#### **Часть II**

##### **Общие принципы**

#### **Проект руководящего положения 3**

##### **Предмет общей озабоченности человечества**

Атмосфера является природным ресурсом, необходимым для поддержания жизни на Земле, здоровья и благополучия людей и водных и наземных экосистем, и, следовательно, деградация атмосферных условий является предметом общей озабоченности человечества.

#### **Проект руководящего положения 4**

##### **Общая обязанность государств охранять атмосферу**

Государства обязаны охранять атмосферу.

#### **Проект руководящего положения 5**

##### **Международное сотрудничество**

- а) Государства обязаны добросовестно сотрудничать друг с другом и с соответствующими международными организациями в целях охраны атмосферы.
- б) Государствам рекомендуется сотрудничать в дальнейшем расширении базы научных знаний о причинах и последствиях деградации атмосферы. Сотрудничество может включать обмен информацией и совместный мониторинг».



49. Обсуждение в Комиссии подкреплялось диалогом с представителями науки, организованным Специальным докладчиком 7 мая 2015 года<sup>15</sup>. Члены Комиссии отметили полезность состоявшегося диалога и выразили признательность выступавшим за сделанные сообщения.

50. Обсудив доклад, Комиссия на своем 3249-м заседании 12 мая 2015 года постановила передать проекты руководящих положений 1, 2, 3 и 5, содержащиеся во втором докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет при том понимании, что проект руководящего положения 3 будет рассмотрен в контексте возможной преамбулы. Кроме того, Специальный докладчик предложил Комиссии отложить передачу в Редакционный комитет проекта руководящего положения 4 об общем обязательстве государств охранять атмосферу<sup>16</sup> до проведения дополнительного анализа в 2016 году.

51. На своем 3260-м заседании 2 июня 2015 года Комиссия получила доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке проекты руководящих положений 1, 2 и 5 и четыре пункта преамбулы (см. раздел С.1 ниже).

52. На своих 3287-м и 3288-м заседаниях 5 и 6 августа 2015 года Комиссия приняла комментарии к проектам руководящих положений, принятым в предварительном порядке на текущей сессии (см. раздел С.2 ниже).

## **С. Текст проектов руководящих положений об охране атмосферы вместе с пунктами преамбулы, в предварительном порядке принятый Комиссией к настоящему времени**

### **1. Текст проектов руководящих положений вместе с пунктами преамбулы**

53. Текст проектов руководящих положений об охране атмосферы вместе с пунктами преамбулы, в предварительном порядке принятый Комиссией к настоящему времени, 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,

*признавая поэтому*, что охрана атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации является предметом насущной озабоченности международного сообщества в целом,

<sup>15</sup> Диалог с представителями научной общественности по вопросу об охране атмосферы состоялся под председательством Специального докладчика по данной теме г-на Синья Мураэ. С докладами выступили проф. Эйстейн Хоф (Председатель Комиссии по атмосферным наукам, ВМО); проф. Перинге Греннфелд (Председатель Рабочей группы по воздействию, Конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния); г-н Маса Нагай (Заместитель директора отдела экологического права и природоохранных конвенций ЮНЕП); г-н Кристиан Блонден, Заведующий кабинетом и директор Департамента внешних связей ВМО); г-жа Албена Карадова (секретарь КТЗВБР) и г-жа Жаклин Макглейд (ведущий научный сотрудник и директор отдела раннего оповещения и оценки ЮНЕП). За этим последовал сеанс вопросов и ответов.

<sup>16</sup> Предложенный Специальным докладчиком текст проекта руководящего положения 4 см. в сноске 14 выше.

напоминая, что настоящие проекты руководящих положений не должны создавать помехи для соответствующих политических переговоров, в том числе по изменению климата, разрушению озона, а также трансграничному загрязнению воздуха на большие расстояния, и что они также не преследуют цели заполнения пробелов в договорных режимах или навязывания существующим договорным режимам каких-либо правовых норм или правовых принципов, которые в них уже не заложены<sup>17</sup>,

[На одном из последующих этапов могут быть добавлены некоторые другие пункты, а также может быть согласован порядок следования пунктов.]

...

## **Руководящее положение 1**

### **Употребление терминов**

Для целей настоящих проектов руководящих положений:

- a) «атмосфера» означает газовую оболочку Земли;
- b) «атмосферное загрязнение» означает привнесение или выброс людьми, прямо или косвенно, в атмосферу веществ, способствующих пагубным последствиям, распространяющимся за пределами 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 пагубные последствия такого характера, который ставит под угрозу жизнь и здоровье людей и природную среду Земли.

## **Руководящее положение 2**

### **Сфера охвата руководящих положений**

1. Настоящие проекты руководящих положений [содержат руководящие принципы, касающиеся] [касаются]<sup>18</sup> охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.
2. Настоящие проекты руководящих положений не касаются и не наносят ущерба вопросам, затрагивающим принцип «загрязнитель платит», принцип предосторожности, общую, но дифференцированную ответственность, материальную ответственность государств и их граждан и юридических лиц и передачу средств и технологии, включая права интеллектуальной собственности, развивающимся странам.
3. Настоящие проекты руководящих положений не касаются конкретных веществ, таких как сажистый углерод, тропосферный озон и другие вещества двойного воздействия, являющихся предметом переговоров между государствами.
4. Ничто в настоящих проектах руководящих положений не затрагивает статус воздушного пространства по международному праву, как и вопросов, касающихся космического пространства, включая его делимитацию.

<sup>17</sup> Терминология и место этого пункта, который основывается на пункте 168 доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 168), будут вновь рассмотрены на одном из последующих этапов работы Комиссии над данной темой.

<sup>18</sup> Альтернативные формулировки в квадратных скобках будут рассмотрены дополнительно.

## **Руководящее положение 5**

### **Международное сотрудничество**

1. Государства несут обязанность сотрудничать, когда это уместно, друг с другом и с соответствующими международными организациями для охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.
2. Государствам следует сотрудничать в дальнейшем расширении научных знаний, касающихся причин и последствий атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. Сотрудничество может включать обмен информацией и совместный мониторинг.

## **2. Текст проектов руководящих положений с комментариями к ним, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят седьмой сессии**

54. Текст проектов руководящих положений с комментариями к ним, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят седьмой сессии, воспроизводится ниже.

### **Общий комментарий**

Комиссия признает важность самого внимательного отношения к актуальным проблемам международного сообщества. Признается, что как окружающая человека среда, так и природная среда могут испытывать негативное воздействие некоторых изменений в состоянии атмосферы, вызванных главным образом привнесением вредных веществ, влекущих за собой трансграничное загрязнение воздуха, разрушение озонового слоя, а также изменения атмосферных условий, ведущие к изменению климата. Комиссия ставит задачу выработки на основе прогрессивного развития международного права и его кодификации руководящих положений, которые смогут 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 озонового слоя и изменению климата, не пытается «залатать» пробелы в договорных режимах, равно как и навязать ныне действующим договорным режимам правовые нормы или правовые принципы, уже не содержащиеся в них.

### **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,

*признавая поэтому*, что охрана атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации является предметом насущной озабоченности международного сообщества в целом,

*напоминая*, что настоящие проекты руководящих положений не должны создавать помехи для соответствующих политических переговоров, в том числе по изменению климата, разрушению озона, а также трансграничному загрязнению воздуха на большие расстояния, и что они также не преследуют цели заполнения пробелов в договорных режимах или навязывания

вания существующим договорным режимам каких-либо правовых норм или правовых принципов, которые в них уже не заложены<sup>19</sup>,

[На одном из последующих этапов могут быть добавлены некоторые другие пункты, а также может быть согласован порядок следования пунктов.]

...

### Комментарий

1) В предыдущих случаях преамбулы готовились после того, как Комиссия завершала работу над конкретной темой<sup>20</sup>. В данном случае Комиссия передала проект руководящего положения 3 (о предмете общей озабоченности человечества), который содержался во втором докладе Специального докладчика, Редакционному комитету для его рассмотрения в контексте возможной преамбулы. Соответственно, была подготовлена преамбула, отражающая нынешнюю стадию рассмотрения, при том понимании, что по мере продвижения работы могут появиться дополнительные пункты преамбулы.

2) В преамбуле ставится задача задать общий контекст проектов руководящих положений. Первый пункт преамбулы имеет общий характер, признавая огромную важность атмосферы для поддержания жизни на Земле, здоровья и благополучия людей, а также поддержания водных и наземных экосистем. Атмосфера – крупнейший и один из самых важных природных ресурсов Земли. Наряду с минеральными, энергетическими и водными ресурсами она была указана в числе природных ресурсов бывшим Комитетом Организации Объединенных Наций по природным ресурсам<sup>21</sup>, а также в Стокгольмской декларации по проблемам

<sup>19</sup> Терминология и место этого пункта, который основывается на пункте 168 доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 168), будут вновь рассмотрены на одном из последующих этапов работы Комиссии над данной темой.

<sup>20</sup> В прошлом Комиссия, как правило, представляла Генеральной Ассамблее результаты своей работы без проекта преамбулы, оставляя ее выработку государствам. Однако также имелись прецеденты, когда Комиссия готовила такие преамбулы. В частности, подобное имело место в отношении двух проектов конвенций о ликвидации будущего безгражданства (1954 года), *Yearbook ... 1954*, vol. II, para. 25; и о сокращении будущего безгражданства (1954 года), *Yearbook ... 1954*, vol. II, para. 25; типовых норм в отношении арбитражных процедур (1958 года), *Yearbook ... 1958*, vol. II, para. 22 (в преамбуле были отражены фундаментальные нормы проведения арбитража); проектов статей о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств (1999 года), *Ежегодник... 1999 год*, том II, часть вторая, пункт 47 (текст также воспроизводится в резолюции 55/153 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2000 года, приложение); проектов статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (2001 года), *Ежегодник... 2001 год*, том II, часть вторая, пункт 97 (текст также 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 года), *Ежегодник... 2006 год*, том II, часть вторая, пункт 176; проекта принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности (2006 года), *Ежегодник... 2006 год*, том II, часть вторая, пункт 66 (текст также воспроизводится в резолюции 61/36 Генеральной Ассамблеи от 6 декабря 2006 года, приложение); а также проектов статей о праве трансграничных водоносных горизонтов (2008 года), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10)*, пункты 53 и 54.

<sup>21</sup> Включение «атмосферных ресурсов» в число «других природных ресурсов» бывшим Комитетом Организации Объединенных Наций по природным ресурсам было впервые упомянуто в докладе Комитета о работе его первой сессии (Нью-Йорк, 10 марта 1971 года), раздел 4 («другие природные ресурсы»), пункт 94 d). Работа Комитета (позднее – Комитета Организации Объединенных Наций по энергетическим и природным ресурсам в целях развития) была впоследствии передана Комиссии по устойчивому развитию.

окружающей человека среды<sup>22</sup> и во Всемирной хартии природы 1982 года<sup>23</sup>. Атмосфера обеспечивает возобновляемый «поток ресурсов», необходимых для жизни человека, растений и животных на планете, и она служит средой переноса и сообщения. Атмосферу в течение долгого времени считали неисчерпаемой и неисключительной, поскольку предполагалось, что каждый может пользоваться ею, не лишая ее остальных. Это мнение уже осталось в прошлом<sup>24</sup>. Необходимо иметь в виду, что атмосфера – это ограниченный ресурс, с ограниченными возможностями ассимиляции.

3) Во втором пункте преамбулы рассматривается функциональный аспект атмосферы как средства переноса и рассеивания веществ, вызывающих загрязнение и деградацию. Комиссия сочла уместным упомянуть этот функциональный аспект в преамбуле. Это решение отражает обеспокоенность по поводу того, что включение в определение функционального аспекта может наводить на мысль, что такие перенос и рассеивание являются желательными явлениями, что не отражает намерения Комиссии. Трансграничный перенос на большие расстояния веществ, вызывающих загрязнение и деградацию, признается в качестве одной из важнейших проблем сегодняшней атмосферной среды<sup>25</sup>, при этом арктический

<sup>22</sup> «Природные ресурсы земли, включая воздух... должны быть сохранены на благо нынешнего и будущего поколений путем тщательного планирования и управления по мере необходимости» (Декларация Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды, документ ООН A/CONF.48/14/Rev.1, 16 июня 1972 года, принцип 2).

<sup>23</sup> «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, Общие принципы, пункт 4).

<sup>24</sup> Третейская группа и Апелляционный орган ВТО признали в деле *Gasoline* 1996 года, что чистый воздух – «природный ресурс», который может быть «истощен». *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (1996), Report of the Appellate Body: WT/DS2/AB/R (1996).

<sup>25</sup> См. Стокгольмская конвенция о стойких органических загрязнителях 2001 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2256, 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 1979 года к Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния с поправками, внесенными в него в 2012 году (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 (принята 10 октября 2013 года в Кумамото (Япония) на Конференции полномочных представителей о заключении Минаматской конвенции по ртути, состоявшейся 7–11 октября 2013 года, текст которой имеется по адресу <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, K. P. Shine, T. Berntsen, J. Cook, D. S. Lee, A. Stenke, R. B. Skeie, G. J. M. Velders, I.A. Waitz, "Transport impacts on atmosphere and climate: metrics," *Atmospheric Environment*, vol. 44:37 (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), L02805.

регион считается одним из районов мира, в наибольшей степени затрагиваемых распространением вредных загрязняющих веществ<sup>26</sup>.

4) Третий пункт преамбулы с учетом указанной выше важности проблем, которые связаны с атмосферой, объявляет, что охрана атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации «является предметом насущной озабоченности международного сообщества в целом». Хотя ряд договоров и литература показывают определенные основания концепции «насущной озабоченности человечества»<sup>27</sup>, Комиссия решила не использовать такую формулировку для характеристики проблемы, поскольку юридические последствия концепции общей озабоченности человечества нынешней стадии развития международного права в отношении атмосферы остаются неясными. Было сочтено целесообразным выразить озабоченность международного сообщества серьезностью атмосферной проблемы скорее как вопрос факта, нежели в качестве сугубо нормативного положения. Поэтому в этом контексте было использовано выражение «насущная озабоченность международного сообщества в целом». Это выражение Комиссия

<sup>26</sup> Было выявлено несколько из этих угроз загрязнения среды Арктики, таких как стойкие органические загрязнители (СОЗ) и ртуть, происходящие главным образом из источников за пределами региона. Эти загрязнители оказываются в Арктике, переносимые господствующими ветрами и океанскими течениями в северном направлении из южных промышленных регионов Европы и других континентов. См. Timo Koivurova, Paula Kankaanpää and Adam Stepien, "Innovative Environmental Protection: Lessons from the Arctic," *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), pp. 1–27, at p. 13. Доступно по адресу <http://jel.oxfordjournals.org/content/early/2015/02/13/jel.equ037.full.pdf?keytype=ref&ijkey=BjgzEgqY2lZXodu>.

<sup>27</sup> Пункт 1 преамбулы Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата 1992 года (РКИКООН) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1771, p. 107) признает, что «изменение климата Земли и его неблагоприятные последствия являются предметом общей озабоченности человечества». Сходным образом преамбула к Конвенции по биологическому разнообразию 1992 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1760, p. 79) показывает, что стороны «[сознают]... большое значение биологического разнообразия для эволюции и сохранения поддерживающих жизнь систем биосферы» (пункт 2) и подтверждают, что «сохранение биологического разнообразия является общей задачей всего человечества» (пункт 3). Конвенция Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием в тех странах, которые испытывают серьезную засуху и/или опустынивание, особенно в Африке, 1994 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1954, p. 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 о ТЗВБР 1979 года, используют сходные концепции, касающиеся общей заботы. См. Alan E. Boyle, "International Law and the Protection of the Global Atmosphere: Concepts, Categories and Principles," Robin Churchill and David Freestone, eds., *International Law and Global Climate Change*, (Leiden: Kluwer Academic Publishing, 1991), pp. 11–12; Duncan French, "Common Concern, Common Heritage and Other Global(-ising) Concepts: Rhetorical Devices, Legal Principles or a Fundamental Challenge?," p. 13; Alexander Kiss, "The Common Concern of Mankind," *Environmental Policy and Law*, vol. 27, (1997), p. 246; A.A. Cançado-Trindade and D.J. Attard, "The Implication of the "Common Concern of Mankind" Concept on Global Environmental Issues", в Toru Iwama, ed., *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis* (Tokyo: Environmental Research Center, 1991), pp. 7–13; Jutta Brunnée, "Common Areas, Common Heritage, and Common Concern," *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Daniel Bodansky, Jutta Brunnee and Helen Hey, eds., (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 565–566. См. также Charlotte Kreuter-Kirchhoff, "Atmosphere, International Protection", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Rüdiger Wolfrum, ed., (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 737–744 (атмосфера – «предмет общей заботы человечества»).



часто использовала в качестве одного из критериев выбора новых тем для включения в свою долгосрочную программу работы<sup>28</sup>.

5) Четвертый пункт преамбулы – воспроизведение понимания Комиссии 2013 года о включении темы в свою программу работы на шестьдесят пятой сессии в 2013 году. Было решено, что терминология и место этого пункта будут вновь рассмотрены на одном из последующих этапов работы Комиссии по этой теме<sup>29</sup>.

6) На одном из последующих этапов могут быть добавлены некоторые другие пункты, а также может быть согласован порядок следования пунктов.

### **Руководящее положение 1 Употребление терминов**

Для целей настоящих проектов руководящих положений:

- a) «атмосфера» означает газовую оболочку Земли;
- b) «атмосферное загрязнение» означает привнесение или выброс людьми, прямо или косвенно, в атмосферу веществ, способствующих пагубным последствиям, распространяющимся за пределами государства происхождения, такого характера, как угроза жизни и здоровью людей и природной среде Земли;
- c) «атмосферная деградация» означает изменение людьми, прямо или косвенно, атмосферных условий, имеющее значительные пагубные последствия такого характера, как угроза жизни и здоровью людей и природной среде Земли.

### **Комментарий**

1) Комиссия сочла желательным, в плане практической необходимости, предоставить проект руководящего положения «Употребление терминов», чтобы иметь общее понимание того, что должно быть охвачено в настоящих проектах руководящих положений. Употребляемые термины предоставлены только «для целей настоящих проектов руководящих положений» и не призваны каким бы то ни было образом затрагивать какие-либо существующие или будущие определения любых подобных терминов в международном праве.

2) В соответствующих международно-правовых актах не было дано определение термина «атмосфера». Однако Комиссия сочла необходимым дать рабочее определение для нынешних проектов руководящих положений, и определение в пункте a) следует определению, данному Межправительственной группой экспертов по изменению климата (МГЭИК)<sup>30</sup>.

3) Комиссия посчитала необходимым, чтобы ее правовое определение соответствовало подходу, которого придерживаются ученые. Согласно ученым, атмо-

<sup>28</sup> *Ежегодник... 1997 год*, том II, часть II, пункт 238; *Ежегодник... 1998 год*, том II, часть II, пункт 553. См. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, пункт 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.

<sup>29</sup> См. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 168.

<sup>30</sup> 5th Assessment Report, Working Group III, Annex I. IPCC, Climate Change 2014, имеется по адресу [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/ipcc\\_wg3\\_ar5\\_annex-i.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/ipcc_wg3_ar5_annex-i.pdf).

сфера существует в виде так называемой атмосферной оболочки<sup>31</sup>. Она распространяется вверх от поверхности Земли, которая является нижней границей сухой атмосферы. Атмосфера имеет следующий 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 двуокись углерода (0,035%) и озон, а также парниковые водяные пары в резко колеблющихся количествах<sup>32</sup>. Атмосфера также содержит облака и аэрозоли<sup>33</sup>. По высоте атмосфера делится на пять областей, выделяемых по температурным характеристикам. От нижнего до верхнего слоев это следующие области: тропосфера, стратосфера, мезосфера, термосфера и экзосфера. Примерно 80% массы воздуха 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 отделяться от «*верхних слоев атмосферы*»<sup>34</sup>. Температура атмосферы изменяется с высотой. В тропосфере (до тропопаузы на высоте около 12 км) температура убывает с высотой из-за поглощения и отражения солнечной энергии поверхностью планеты<sup>35</sup>. В отличие от этого в стратосфере (до стратопаузы на высоте около 50 км) температура постепенно растет с высотой<sup>36</sup> из-за поглощения ультрафиолетового излучения озоном. В мезосфере (до мезопаузы на высоте выше 80 км) температура вновь начинает снижаться с высотой. В термосфере температура опять начинает быстро расти из-за рентгеновского и ультрафиолетового излучения солнца. Атмосфера «не имеет четко определенного верхнего предела»<sup>37</sup>.

4) Определение в пункте а) атмосферы как газовой оболочки, окружающей Землю, представляет собой «физическое» определение атмосферы. Имеется также «функциональный аспект», который связан с перемещением больших масс воздуха. Движение атмосферы имеет динамический и изменяющийся характер.

<sup>31</sup> Американское метеорологическое общество определяет «атмосферную оболочку» (также называемую атмосферным слоем или атмосферной областью) как «любую из определенного числа страт или "слоев" земной атмосферы» (доступно по адресу <http://amsglossary.allenpress.com/glossary/search?id=atmospheric-shell1>).

<sup>32</sup> В физическом смысле водяные пары, на которые приходится примерно 0,25% массы атмосферы, представляют собой составной элемент, изменяющийся в широких пределах. «В силу больших колебаний содержания водяных паров в воздухе в науке об атмосфере процентное содержание различных составляющих атмосферы обычно указывается для сухого воздуха». В больших пределах колеблется и содержание озона. Свыше 0,1 ppmv (частей на миллион по объему) содержание озона в атмосфере считается опасным для человека. См. John M. Wallace and Peter V. Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 2nd ed. (Boston, Elsevier Academic Press, 2006), p. 8.

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

<sup>34</sup> 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 противопоставление общепринятому значению верхних слоев атмосферы» (<http://amsglossary.allenpress.com/glossary/search?p=1&query=lower+atmosphere&submit=Search>). «Верхние слои атмосферы» определяются как оставшая часть атмосферы, т.е. «как общий термин, обозначающий атмосферу выше тропосферы» (<http://amsglossary.allenpress.com/glossary/search?p=1&query=upper+atmosphere&submit=Search>).

<sup>35</sup> Высотная граница тропосферы не везде одинакова, завися от широты и времени года; она проходит на высоте от примерно 17 км на экваторе, хотя на полюсах она ниже. В среднем высота внешней границы тропосферы составляет около 12 километров. См. Edward J. Tarbuck, Frederick K. Lutgens and Dennis Tasa, *Earth Science*, 13th ed. (Pearson, 2011), p. 466.

<sup>36</sup> Строго говоря, температура стратосферы остается постоянной до высоты около 20–35 км и затем начинает постепенно расти.

<sup>37</sup> См. Tarbuck, Lutgens and Tasa, сноска 35 выше, p. 467.



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 преамбулы<sup>38</sup>.

5) Особо 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 c) дается определение «атмосферная деградация» и упоминаются глобальные атмосферные проблемы. С помощью слова «людьми» в пунктах b) и c) уточняется, что проекты руководящих положений касаются «антропогенного» атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. Комиссии известно, что центральное внимание к деятельности людей, прямой или косвенной, имеет преднамеренный характер, поскольку в 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 климата<sup>39</sup>, однако этот термин используется в настоящих проектах руководящих положений в узком смысле в соответствии с существующей договорной практикой. Таким образом, он исключает глобальные проблемы из определения атмосферного загрязнения.

8) Давая определение «атмосферного загрязнения», пункт b) использует формулировку, по сути основанную на подпункте a) статьи I Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния 1979 года (КТЗВБР)<sup>40</sup>, который гласит:

<sup>38</sup> См. выше, пункт 3) комментария к преамбуле.

<sup>39</sup> Так, в пункте 1 статьи I Каирской резолюции (1987 года) Института международного права (*Institut de droit international*) «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 окружающей среде других государств или областей за пределами национальной юрисдикции» (курсив наш). Имеется по адресу [http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/1987\\_caire\\_03\\_en.PDF](http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_03_en.PDF).

<sup>40</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 1302, p. 217. Формулировка пункта a) статьи I КТЗВБР 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, p. 242), которое гласит следующее: «Для цели настоящих принципов загрязнение означает привнесение людьми, прямо или косвенно, веществ или энергии в окружающую среду, влекущее за собой вредные последствия такого характера, как угроза жизни людей, ущерб живым ресурсам и экосистемам, а также ухудшение или нарушение функций и других законных видов использования окружающей среды». См. Н. van Edig (ed.), *Legal Aspects of Transfrontier Pollution* (Paris: OECD, 1977), p. 13; см. также Patricia Birnie, Alan Boyle, Catherine Redgwell, *International Law and the Environment* (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp. 188–189; A. Kiss and D. Shelton, *International Environmental Law* (London: Graham & Trotman, 1991), p. 117 (определение загрязнения: «также включены такие формы энергии, как шум, вибрации, тепло и излучение»).

«"загрязнение воздуха" означает введение человеком, прямо или косвенно, веществ или энергии в воздушную среду, влекущее за собою вредные последствия такого характера, как угроза здоровью людей, нанесение вреда живым ресурсам, экосистемам и материальным ценностям, а также нанесение ущерба ценности ландшафта или помехи другим законным видам использования окружающей среды; определение "загрязнители воздуха" понимается соответствующим образом».

Можно также отметить, что в пункте 4 статьи 1 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (КООНМП)<sup>41</sup> термин «загрязнение» 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...»<sup>42</sup>. 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 КТЗВБР и подпункт 4 пункта 1 статьи 1 КООНМП 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 слово «вещества» для целей проектов руководящих положений включает «энергию». «Энергия» понимается как включающая тепло, свет, шум и радиоактивность, привнесенные и высвобожденные в атмосфере в результате деятельности людей<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, p. 3.

<sup>42</sup> Статья 212 КООНМП предусматривает обязательства по предотвращению загрязнения моря из атмосферы или через нее и в этой степени определение «загрязнение» в этой Конвенции имеет отношение к атмосферному загрязнению.

<sup>43</sup> В отношении тепла см. WMO/IGAC Report: Impact of Megacities on Air Pollution and Climate, GAW Report No. 205, WMO, (September 2012); David Simon and Hayley Leck, "Urban Adaptation to Climate/Environmental Change: Governance, Policy and Planning", Special Issue, *Urban Climate*, vol. 7, (2014) pp. 1–134; John 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, pp.1–26; Lisa Gartland, *Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas*, (London: Earthscan, 2008); см. в общем плане, Brian Stone Jr., *The City and the Changing Climate: Climate Change in the Places We Live*, (Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2012). Regarding light pollution, see Catherine Rich and Travis Longcore, eds., *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting*, (Washington DC: Island Press, 2006); Pierantonio Cinzano and Fabio Falchi, "The propagation of light pollution in the atmosphere", *Monthly Notices of the Royal Astronomical Society*, vol. 427 (2012), pp. 3337–3357; Fereshteh Bashiri and Che 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/шумового загрязнения см. Annex 16 of the 1944 Convention on International Civil Aviation (United Nations, *Treaty Series*, vol. 15, p. 295), vol. I: *Aircraft Noise*, 5th edn. 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. также Dietrich 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 219; а также IAEA, *Environmental Consequences of the Chernobyl Accident and their Remediation: Twenty Years of Experience, Report of the Chernobyl Forum Expert Group 'Environment' (Radiological Assessment Report Series)*, IAEA, April 2006, STI/PUB/1239. См. также United Nations Scientific Committee on the Effects of Atomic Radiation 2013 Report to the General Assembly, Scientific Annex A: Levels and effects of radiation exposure due to the nuclear accident after the 2011 great east-Japan earthquake and tsunami, 2014, UN Publication Sales No. E14.IX.1, доступно по адресу [http://www.unscear.org/docs/reports/2013/13-85418\\_Report\\_2013\\_Annex.A.pdf](http://www.unscear.org/docs/reports/2013/13-85418_Report_2013_Annex.A.pdf). В частности, это не наносит ущерба мирному

10) Выражение «последствиям, распространяющимся за пределами государства происхождения» в пункте b) уточняет, что проект руководящих положений касается трансграничных последствий в смысле, предусмотренном в пункте b) статьи 1 КТЗВБР 1979 года, что «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 должно отражать проблемы разрушения озона и изменения климата. Оно охватывает 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 слоя<sup>44</sup> 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 накладывається на естественные колебания, наблюдаемые на протяжении сопоставимых периодов времени».

12) Термин «значительные пагубные последствия» призван отразить ряд видов деятельности людей, которые должны охватываться в проектах руководящих положений. Термин «значительный» Комиссия часто использовала в своей прежней работе<sup>45</sup>. Комиссия указала, что «...под термином "значительный" понимается нечто большее, чем "поддающееся обнаружению, но необязательно "серьезный" или "существенный". Вред должен иметь действительно неблагоприятные последствия [и] ...такие отрицательные последствия должны поддаваться количественной оценке с помощью фактических и объективных стандартов»<sup>46</sup>. Кроме того, термин «значительный», хотя и был определен с помощью фактографических и объективных критериев, также связан с субъективной оценкой, которая зависит от обстоятельств конкретного дела и периода, когда дана такая оценка.

---

использованию ядерной энергии в связи с изменением климата (см. *Climate Change and Nuclear Power*, IAEA (2014), p. 7).

<sup>44</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 1513, p. 293.

<sup>45</sup> См., например, статью 7 Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков (1997 года); проект статьи 1 проектов статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (2001 года) (резолюция 62/68 Генеральной Ассамблеи, приложение); проект принципа 2 проектов принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности (2006 года) (резолюция 61/36 Генеральной Ассамблеи, приложение); проект статьи 6 проектов статей о праве трансграничных водоносных горизонтов (2008 года) (резолюция 63/124 Генеральной Ассамблеи, приложение).

<sup>46</sup> Пункт 4) комментария к проекту статьи 2 проекта статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, 2001 год, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 152, пункт 98.

Например, нехватка данного ресурса в данный момент времени может не считаться «значительной», поскольку в это время научные знания или представления людей не связывали с этим ресурсом большой ценности. Вопрос о том, что представляет собой «значительный», скорее является вопросом фактографической оценки<sup>47</sup>.

13) Если применительно к «атмосферному загрязнению» привнесение или выброс веществ должны способствовать только «пагубным» последствиям, в случае «атмосферной деградации» изменение атмосферных условий должно иметь «значительные пагубные последствия». Как ясно следует из проекта руководящего положения 2, Сфера 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<sup>48</sup> означает изменения, которые имеют значительные вредные последствия. Слово «пагубные» обозначает нечто вредное, часто неявным или неожиданным образом.

### **Руководящее положение 2 Сфера охвата руководящих положений**

1. Настоящие проекты руководящих положений [содержат руководящие принципы, касающиеся] [касаются] охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.
2. Настоящие проекты руководящих положений не касаются и не наносят ущерба вопросам, затрагивающим принцип «загрязнитель платит», принцип предосторожности, общую, но дифференцированную ответственность, материальную ответственность государств и их граждан и юридических лиц и передачу средств и технологии, включая права интеллектуальной собственности, развивающимся странам.
3. Настоящие проекты руководящих положений не касаются конкретных веществ, таких как сажистый углерод, тропосферный озон, а также другие вещества двойного воздействия, являющихся предметом переговоров между государствами.
4. Ничто в настоящих проектах руководящих положений не затрагивает статус воздушного пространства по международному праву, как и вопросов, касающихся космического пространства, включая его делимитацию.

### **Комментарий**

- 1) В проекте руководящего положения 2 установлена сфера действия проектов руководящих принципов в отношении охраны атмосферы. В пункте 1 сфера действия характеризуется позитивным образом, указывая, чему посвящены руководящие положения, в то время как пункты 2 и 3 изложены в виде отрицания, указывая, что не охватывается настоящими проектами руководящих положений. Пункт 4 содержит защитительную оговорку в отношении воздушного и космического пространства.
- 2) В пункте 1 сфера действия проекта руководящих положений определяется на основе определений, содержащихся в пунктах b) и c) проекта руководящего

<sup>47</sup> См., например, комментарий к проектам статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (комментарий к принципу 2, пункты 4 и 7). См. также комментарий к проектам принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности (комментарий к проекту принципа 2, пункты 1–3).

<sup>48</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 1513, p. 293.

положения 1. В нем затронут вопрос об охране атмосферы в двух областях: атмосферное загрязнение и атмосферная деградация. Проект руководящих положений посвящен только антропогенным причинам, а не причинам естественной природы, таким как вулканические извержения и столкновения метеоритов. Нацеленность на трансграничное загрязнение и глобальную атмосферную деградацию в результате деятельности людей отражает нынешнюю реальность, которая имеет обоснование в науке<sup>49</sup>. Согласно МГЭИК, наука с 95-процентной вероятностью указывает, что деятельность людей – доминирующая причина потепления, наблюдающегося с середины XX столетия. МГЭИК отмечает, 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 мирового океана, а также в изменениях некоторых экстремальных климатических явлений<sup>50</sup>. МГЭИК далее отмечает, что крайне вероятно, что больше чем наполовину наблюдаемое повышение средней температуры земной поверхности в 1951–2010 годах вызвано антропогенным увеличением содержания парниковых газов и другими антропогенными факторами вместе взятыми<sup>51</sup>.

3) В руководящих положениях также не будут рассматриваться вопросы внутреннего или местного загрязнения. Вместе с тем важно отметить, что все, что происходит на местном уровне, иногда может оказывать воздействие в трансграничном и глобальном контексте, в том что касается 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) Двуокись серы и оксиды азота – главные источники трансграничного атмосферного загрязнения<sup>52</sup>, в то время как изменение климата и разрушение озонового слоя – две главных проблемы, вызывающих атмосферную деградацию<sup>53</sup>. Некоторые озоноразрушающие вещества также способствуют глобальному потеплению<sup>54</sup>.

5) По мере дальнейшего продвижения работы необходимо дополнительно рассмотреть вопрос о том, «содержат» ли проекты руководящих положений «руководящие принципы, касающиеся» охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации, или же они «касаются» такой ее охраны.

6) Пункты 2 и 3, а также четвертый пункт преамбулы отражают договоренность Комиссии 2013 года, когда тема была включена в программу работы Комиссии на ее шестьдесят пятой сессии в 2013 году<sup>55</sup>.

7) 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

<sup>49</sup> См. в общем плане, IPCC *Climate Change 2013: The Physical Science Basis, Summary for Policy makers*, имеется по адресу [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5\\_SummaryVolume\\_FINAL.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SummaryVolume_FINAL.pdf).

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Birnie, Boyle, Redgwell, сноска 40 выше, р. 342.

<sup>53</sup> *Ibid.*, р. 336. Связи между изменением климата и истощением озонового слоя рассматриваются в преамбуле, а также в статье 4 РКИКООН. Связь между трансграничным загрязнением атмосферы и изменением климата рассматривается в преамбуле и в пункте 1 статьи 2 поправки 2012 года к Гётеборгскому протоколу.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10), пункт 168.*



статичное и пространственное установление, в отношении которого государство в пределах своей территории обладает «полным и исключительным суверенитетом». Например, статья 1 Конвенции международной гражданской авиации<sup>56</sup> предусматривает, что «...каждое государство обладает полным и исключительным суверенитетом над воздушным пространством над своей территорией»<sup>57</sup>. В свою очередь, статья 2 той же Конвенции рассматривает в качестве территории государства 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 и открыто для использования всеми государствами, как и открытое море. С другой стороны, атмосфера как оболочка газов, окружающих Землю, динамична и колеблется, а наполняющие ее газы постоянно перемещаются вне зависимости от каких-либо территориальных границ<sup>58</sup>. Атмосфера невидима, неосязаема и неотделима.

8) Кроме того, хотя атмосфера в пространственном отношении подразделяется на сферы, выделяемые по температурным свойствам, не имеется резкой научной границы между атмосферой и космическим пространством. Выше 100 км следы атмосферы постепенно сливаются с пустотой космоса<sup>59</sup>. Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, обходит молчанием определение «космического пространства»<sup>60</sup>. Этот вопрос рассматривался в контексте Юридического подкомитета Комитета Организации Объединенных Наций по использованию космического пространства в мирных целях (Комитета по космосу) с 1959 года, который рассмотрел как пространственный, так и функциональный подходы к вопросам делимитации<sup>61</sup>.

9) Соответственно, Комиссия предпочла указать в пункте 4, что проекты руководящих положений на затрагивают юридический статус воздушного пространства и не касаются вопросов, касающихся космического пространства. Кроме того, упоминание космического пространства отражает понимание Комиссии 2013 года.

#### **Руководящее положение 5 Международное сотрудничество**

1. Государства несут обязанность сотрудничать, когда это уместно, друг с другом и с соответствующими международными организациями для охраны атмосферы от атмосферного загрязнения и атмосферной деградации.
2. Государствам следует сотрудничать в дальнейшем расширении научных знаний, касающихся причин и последствий атмосферного загрязнения и атмосферной деградации. Сотрудничество может включать обмен информацией и совместный мониторинг.

<sup>56</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 15, p. 295.

<sup>57</sup> См. пункт 2 статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года), где сказано, что «...суверенитет распространяется на воздушное пространство над территориальным морем, равно как на его дно и недра» (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, p. 3).

<sup>58</sup> См. общий анализ Birnie, Boyle, Redgwell, сноска 40 выше, chap. 6.

<sup>59</sup> Tarbuck, Lutgens and Tasa, сноска 35 выше, pp. 465 and 466.

<sup>60</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 610, p. 205.

<sup>61</sup> См. в общем плане, Bhupendra 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, Philadelphia, Washington DC, London, Taylor and Francis, 1991), особенно Chap. 2 and 3.

## Комментарий

1) Международное сотрудничество находится в центре всего свода проекта руководящих положений об охране атмосферы. Концепция международного сотрудничества также претерпела значительные изменения в международном праве<sup>62</sup> и в значительной мере строится сегодня на понятии единства интересов «международного сообщества в целом»<sup>63</sup>. В третьем пункте преамбулы к настоящим руководящим положениям это признается посредством указания на то, что охрана атмосферы от атмосферного загрязнения и деградации представляет собой «насущную озабоченность международного сообщества в целом».

2) В этой связи пункт 1 проекта руководящего положения 5 предусматривает обязательство государств сотрудничать, когда это уместно. В конкретном плане такое сотрудничество осуществляется с другими государствами и соответствующими международными организациями. Выражение «надлежащим образом» обозначает определенную гибкость и свободу действий государств в выполнении обязательств сотрудничать в зависимости от необходимого 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 уровне. Государства могут также принимать необходимые меры на индивидуальной основе.

3) Международное сотрудничество предусмотрено в нескольких многосторонних правовых актах, имеющих отношение к охране окружающей среды. Как в Стокгольмской декларации об окружающей человека среде, так и в Рио-де-Жанейрской декларации об окружающей среде и развитии, соответственно, в принципе 24 и принципе 27 подчеркивается важность сотрудничества<sup>64</sup>. Кроме

<sup>62</sup> W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (London: Stevens & Sons, 1964), pp. 60–71; Charles 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.

<sup>63</sup> Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interests in International Law”, The Hague Academy of International Law, *Recueil des cours*, vol. 250, 1994, pp. 217–384; Naoya Okuwaki, “On Compliance with the Obligation to Cooperate: New Developments of ‘International Law for Cooperation’”, в Jun’ichi Eto, ed., *Aspects of International Law Studies* (Festschrift for Shinya Murase) (Токуо: Shinzansha, 2015), pp. 5–46; pp. 16–17 (на японском языке).

<sup>64</sup> 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*, Организация Объединенных Наций, документ [A/CONF.48/14](#), at 2 и Corr.1 (1972).

Принцип 24 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*, Стокгольм, 5–16 июня 1972 года (United Nations publication, Sales No. E.73.II.A.14 and corrigendum), глава I.

того, в деле *О целлюлозных заводах* Международный Суд подчеркнул связи между обязательством информировать, 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»<sup>65</sup>.

4) 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»<sup>66</sup>.

5) Статья 8 Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков об общем обязательстве сотрудничать предусматривает:

«Государства водотока сотрудничают на основе суверенного равенства, территориальной целостности, взаимной выгоды и добросовестности в целях достижения оптимального использования и надлежащей защиты международного водотока».

6) В своей работе Комиссия также признает важное значение обязательства сотрудничать. Статьи о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (2001 года) 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 статьях 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».

<sup>65</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 49, para. 77.

<sup>66</sup> См. также раздел 2 части XII Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года), где содержатся положения о «Всемирном и региональном сотрудничестве», включая «Сотрудничество на всемирной или региональной основе» (статья 194), «Уведомление о неминуемом или нанесенном ущербе» (статья 198), «Планы чрезвычайных мер на случай загрязнения» (статья 199), «Исследовательские работы, программы научных исследований и обмен информацией и данными» (статья 200) и «Научные критерии для разработки правил» (статья 201). Раздел 2 части XIII о морских научных исследованиях этой Конвенции предусматривает «Международное сотрудничество», включая «Содействие международному сотрудничеству» (статья 242), «Создание благоприятных условий» (статья 243) и «Публикацию и распространение информации и знаний» (статья 244) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, p. 3).



2. Для цели пункта 1 государства водоносного горизонта следует создавать совместные механизмы сотрудничества».

7) Наконец, обязанность сотрудничать предусмотрена в проекте статьи 8 проектов статей о защите лиц в случае бедствий, принятых в предварительном порядке в первом чтении в 2014 году<sup>67</sup>.

8) Сотрудничество может принимать самые разные формы. В пункте b) проекта этого руководящего положения, в частности, подчеркивается важность сотрудничества в деле расширения научных знаний, связанных с причинами и последствиями атмосферного загрязнения и атмосферной деградации, которое считается критически важным. Сотрудничество могло принимать ряд форм. В пункте b) также выделяется обмен информацией и совместный мониторинг.

9) Венская конвенция об охране озонового слоя в своей преамбуле предусматривает, что международное сотрудничество и международные действия должны «основываться на соответствующих научно-технических соображениях», а в пункте 1 статьи 4, Сотрудничество в правовой и научно-технической областях, имеется следующее положение:

«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 договаряются 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.

10) В пункте 1 статьи 4 рамочной Конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата в связи с обязательствами предусматривается следующее:

«Все Стороны... e) 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;...».

<sup>67</sup> Проект статьи 8 предусматривает: «В соответствии с настоящими проектами статей государства по мере необходимости сотрудничают между собой и с Организацией Объединенных Наций и другими компетентными межправительственными организациями, Международной федерацией обществ Красного Креста и Красного Полумесяца и Международным комитетом Красного Креста, а также соответствующими неправительственными организациями».

11) Обязательство сотрудничества 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 детальное положение об обмене данными и информацией. Кроме того, КТЗВБР в статье 4 предусматривает, 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 детальные положения о сотрудничестве в области исследований и разработок (статья 7); обмене информацией (статья 8); а также об осуществлении и дальнейшем развитии совместной программы наблюдения и оценки распространения загрязнителей воздуха на большие расстояния в Европе (статья 9). Аналогичным образом Восточноафриканское региональное рамочное соглашение о загрязнении воздуха (Найробийское соглашение 2008 года)<sup>68</sup> и рамочное соглашение о загрязнении воздуха в регионе Западной и Центральной Африки (Абиджанское соглашение 2009 года)<sup>69</sup> имеют идентичные положения о международном сотрудничестве. Участники согласились:

«1.2 Рассмотреть синергизмы и совместные выгоды осуществления совместных мер против выбросов загрязнителей воздуха и парниковых газов; 1.4 Содействовать обмену образовательной и исследовательской информацией о регулировании качества воздуха; 1.5 Поощрять региональное сотрудничество и укреплять учреждения по урегулированию...».

12) Второе предложение пункта 4 проекта статьи 17 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: «Для целей настоящих проектов статей сотрудничество включает в себя гуманитарную помощь, координацию международных мер и коммуникаций в области экстренной помощи, а также 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: «Сотрудничество 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.

<sup>68</sup> Одиннадцать стран – Бурунди, Демократическая Республика Конго, Джибути, Кения, Руанда, Сомали, Судан, Танзания, Уганда, Эритрея, Эфиопия – являются участниками этого рамочного соглашения, имеющегося по адресу [http://www.unep.org/urban\\_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreement.pdf](http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreement.pdf).

<sup>69</sup> Участниками этого соглашения является 21 страна – Ангола, Бенин, Буркина-Фасо, Гамбия, Гана, Гвинея, Гвинея-Бисау, Демократическая Республика Конго, Кабо-Верде, Камерун, Конго (Браззавиль), Кот-д'Ивуар, Либерия, Мали, Нигер, Нигерия, Сенегал, Сьерра-Леоне, Того, Чад и Экваториальная Гвинея; имеется по адресу [http://www.unep.org/urban\\_environment/PDFs/BAQ09\\_AgreementEn.Pdf](http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementEn.Pdf).

## Глава VI

### Выявление международного обычного права

#### А. Введение

55. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 года) Комиссия приняла решение включить тему «Формирование и доказательства существования международного обычного права» в свою программу работы и назначила г-на Майкла Вуда Специальным докладчиком по этой теме<sup>70</sup>. На этой же сессии Комиссии была представлена записка Специального докладчика (A/CN.4/653)<sup>71</sup>. На этой же сессии Комиссия также обратилась к секретариату с просьбой подготовить меморандум, в котором указывались бы элементы результатов предыдущей работы Комиссии, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме<sup>72</sup>.

56. На своей шестьдесят пятой сессии (2013 года) Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/663), а также меморандум Секретариата по данной теме (A/CN.4/659)<sup>73</sup>. На этой же сессии Комиссия решила поменять название темы на «Выявление норм международного обычного права». На своей шестьдесят шестой сессии (2014 года) Комиссия рассмотрела второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/672)<sup>74</sup>.

57. После обсуждения второго доклада Специального докладчика Комиссия на своем 3227-м заседании постановила передать проекты выводов 1–11, содержащиеся во втором докладе Специального докладчика, Редакционному комитету. На 3242-м заседании Комиссии Председатель Редакционного комитета представил промежуточный доклад Редакционного комитета (выявление норм международного обычного права), содержащий восемь проектов выводов, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом на своей шестьдесят шестой сессии.

#### В. Рассмотрение темы на нынешней сессии

58. На нынешней сессии Комиссии был представлен третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/682). Комиссия рассмотрела доклад на своих 3250–3254-м заседаниях 13–21 мая 2015 года.

<sup>70</sup> На своем 3132-м совещании, состоявшемся 22 мая 2012 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункт 157). Генеральная Ассамблея в пункте 7 своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года с признательностью приняла к сведению решение Комиссии включить эту тему в свою программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестьдесят третьей сессии (2011 года) на основе предложения, содержавшегося в приложении А к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункты 305–314).

<sup>71</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункты 157–202.

<sup>72</sup> Там же, пункт 159.

<sup>73</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 64.

<sup>74</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, пункт 135.

59. На своем 3254-м заседании 21 мая 2015 года Комиссия передала проекты выводов, содержащиеся в третьем докладе Специального докладчика, Редакционному комитету<sup>75</sup>.

<sup>75</sup> Текст проектов выводов, предложенных Специальным докладчиком в его третьем докладе (A/CN.4/682), гласил:

**Проект вывода 3 [4]**

***Оценка доказательств в отношении двух элементов***

...

2. Каждый элемент должен отдельно устанавливаться. Это, как правило, требует оценки конкретных доказательств в отношении каждого элемента.

**Проект вывода 4 [5]**

***Требование в отношении практики***

...

3. Поведение других негосударственных субъектов не является практикой для целей формирования или выявления международного обычного права.

**Проект вывода 11**

***Доказательства признания в качестве правовой нормы***

...

3. Бездействие также может служить доказательством признания в качестве правовой нормы при том условии, что обстоятельства требуют определенной реакции.

**Часть пятая**

**Особые формы практики и доказательств**

**Проект вывода 12**

***Договоры***

То или иное договорное положение может отражать или стать отражающим норму международного обычного права, если установлено, что рассматриваемое положение:

- a) во время заключения договора кодифицирует существующую норму международного обычного права;
- b) привело к формированию новой возникающей нормы международного обычного права; или
- c) привело к выработке новой нормы международного обычного права, породив общую практику, признанную в качестве правовой нормы.

**Проект вывода 13**

***Резолюции международных организаций и конференций***

Резолюции, принятые международными организациями или на международных конференциях, могут, при определенных обстоятельствах, служить свидетельством международного обычного права или способствовать его развитию; сами по себе они не могут создавать его.

**Проект вывода 14**

***Судебные решения и труды специалистов***

Судебные решения и труды специалистов могут являться вспомогательным средством для выявления норм международного обычного права.

**Часть шестая**

**Изъятия из общего применения норм международного обычного права**

**Проект вывода 15**

***Партикулярный обычай***

1. Партикулярный обычай является нормой международного обычного права, на которую могут ссылаться только некоторые государства и только в отношении некоторых государств.

2. Для определения наличия того или иного партикулярного обычая и его содержания необходимо установить, существует ли общая практика в отношениях соответствующих государств, которая признана каждым из них в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

**Проект вывода 16**

***Настойчиво возражающее государство***

Государство, которое настойчиво возражало против той или иной новой нормы международного обычного права, в то время как эта норма находилась в процессе формирования, не связано этой нормой до тех пор, пока оно продолжает возражать.

60. На 3280-м заседании Комиссии 29 июля 2015 года Председатель Редакционного комитета представил доклад Редакционного комитета по теме «Выявление международного обычного права», содержащий проекты выводов 1–16 [15], принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом на шестьдесят шестой и шестьдесят седьмой сессиях (A/CN.4/L.869)<sup>76</sup>. На своем 3288-м заседании 6 августа 2015 года Комиссия приняла к сведению проекты выводов 1–16. Ожидается, что на следующей сессии Комиссия рассмотрит вопрос о принятии в предварительном порядке этих проектов выводов вместе с комментариями к ним.

61. На своем 3288-м заседании 6 августа 2015 года Комиссия просила секретариат подготовить меморандум по вопросу о роли решений национальных судов в прецедентном праве международных судов и трибуналов универсального характера для цели выявления международного обычного права.

### 1. Представление Специальным докладчиком третьего доклада

62. Представляя свой третий доклад, Специальный докладчик указал, что в нем предполагалось охватить вопросы, которые были подняты в 2014 году в отношении двух составных элементов («всеобщая практика» и «признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*)»), а также новые вопросы, такие как партикулярный обычай и настойчиво возражающее государство. В докладе предложены дополнительные пункты к трем проектам выводов, предложенным во втором докладе, а также пять новых проектов выводов, которые включены в две новые части (часть пятую, «Особые формы практики и доказательств», и часть шестую, «Изыятия из общего применения норм международного обычного права»).

63. Третий доклад содержал девять разделов. Первый раздел представляет собой введение, освещение истории этой темы, в частности работы, проделанной в ходе предыдущей сессии Комиссии, а также прений по этой теме в Шестом комитете в 2014 году. Далее в разделе II доклада рассмотрена взаимосвязь между всеобщей практикой и *opinio juris* (проект вывода 3 [4], пункт 2). В разделе III рассматривается роль бездействия как формы практики и/или доказательства признания в качестве права (проект вывода 11, пункт 3). Другие особые формы практики и доказательств были рассмотрены в разделах IV и V: в разделе IV рассмотрена роль договоров и резолюций международных организаций и конференций (соответственно проекты выводов 12 и 13), а в разделе V были рассмотрены два вспомогательных средства определения норм международного обычного права, а именно судебные решения и труды юристов (проект вывода 14). В разделе VI рассмотрена релевантность международных организаций и практики негосударственных акторов (проект вывода 4 [5], пункт 3). Наконец, в разделах VII и VIII доклада с разных сторон затрагивается применение *ratione personae* норм международного обычного права, которым посвящена часть шестая проекта выводов. Часть шестая состоит из двух проектов выводов: соответственно о партикулярном обычае и о настойчиво возражающем государстве (проекты выводов 15 и 16).

64. Представляя доклад, Специальный докладчик выразил признательность за полученную им практическую помощь и поддержку в ходе подготовки третьего доклада, а также за письменные представления, полученные по этой теме от нескольких государств. Он отметил, что он попытался завершить свод проектов выводов, которые должны быть охвачены в заключительных итогах работы по этой теме, и просил членов Комиссии указать на любые вопросы, которые были

<sup>76</sup> Заявление Председателя Редакционного комитета, приложение к которому содержит 16 проектов выводов, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом, размещено на веб-сайте Комиссии по адресу <http://legal.un.org/ilc>.

упущены. Он обратил особое внимание на взаимосвязь между этой темой и другими темами, которые значились или значатся в повестке дня Комиссии международного права, и подтвердил, что работу Комиссии следует рассматривать как единое целое.

65. Специальный докладчик напомнил, что в соответствии с просьбой Комиссии в третьем докладе он возвратился к связи между всеобщей практикой и *opinio juris*. В нем он пришел к выводу, что при выявлении того, появилась ли та или иная норма международного обычного права, в каждом случае необходимо рассмотреть и проверить наличие каждого элемента отдельно и что это в целом требует оценки различных свидетельств по каждому элементу. Другой момент заключается в том, что при определении существования нормы международного обычного права важно присутствие обоих элементов, а не их порядок следования во времени. Наконец, в докладе отмечается, что возможны различия в применении двухэлементного подхода в разных областях международного права и что в некоторых случаях особая форма (или особые проявления) практики или особые свидетельства признания в качестве права могли бы иметь большее отношение к делу, чем в других.

66. Специальный докладчик также вновь рассмотрел вопрос о бездействии, в частности его возможный вклад во всеобщую практику и возможную роль доказательства признания в качестве права. Он подчеркнул, что, несмотря на важность бездействия для установления всеобщей практики в некоторых случаях, обстоятельства, в которых бездействие может быть релевантно, не всегда очевидны. Докладчик также отметил, что бездействие может служить доказательством *opinio juris*, когда обстоятельства требуют той или иной реакции. Из этого вытекает, что соответствующее государство должно было фактически знать о данной практике или что обстоятельства должны были быть таковы, что оно считается знающим о ней, а также что бездействие должно продолжаться достаточный период времени.

67. В третьем докладе рассмотрены некоторые особые формы практики и свидетельств *opinio juris*, а именно договоры и резолюции международных организаций и конференций, поскольку к ним часто прибегают при выявлении международного обычного права. Специальный докладчик отметил, что сходные соображения могут также касаться и других письменных текстов, например подготовленных Комиссией международного права. Доклад советует проявлять осторожность при рассмотрении того, могут ли эти тексты быть релевантны для выявления международного обычного права, и вновь обращает внимание на необходимость рассмотреть и взвесить все сопутствующие обстоятельства. В любом случае письменные тексты сами по себе не могут представлять собой международное обычное право.

68. По поводу значения договоров и заключения договоров в докладе упоминается о трех способах, которыми такие письменные тексты могут увязываться с международным обычным правом: кодификация существующего права, кристаллизация формирующегося права или как источник нового права. В докладе также рассмотрен вопрос о практике государств – участников многосторонних конвенций, а также вопрос о возможной релевантности двусторонних договоров.

69. В докладе также затрагивается вопрос о релевантности резолюций, принятых государствами в международных организациях или на международных конференциях, в качестве практики государств или свидетельств *opinio juris*. Специальный докладчик признает ту важную роль, которую такие резолюции могут играть в определенных обстоятельствах при формировании и выявлении международного обычного права. Сами по себе они не могут создавать международного обычного права, однако могут служить доказательством существования или фор-

мирования права и, действительно, создавать практику, которая может вести к формированию новой нормы. При таком процессе оценки конкретная формулировка, использованная в соответствующей резолюции, имеет особое значение, как и обстоятельства, связанные с принятием данной резолюции.

70. В докладе далее рассмотрены два «вспомогательных», хотя и важных средства определения норм международного обычного права: судебные решения и труды. Под судебными решениями в докладе понимаются как решения международных судов и трибуналов, так и решения национальных судов. Подчеркивалась важность первых. Решения национальных судов также могут быть авторитетными, однако к ним следует подходить с известной осторожностью. В докладе также признается, что труды остаются полезным источником информации и анализа для выявления норм международного обычного права, хотя важно проводить различие между теми из них, которые призваны отражать ныне действующее право (*lex lata*), и теми, в которых речь идет о формирующемся праве (*lex ferenda*).

71. Что касается практики международных организаций как таковой, то в докладе напоминается вывод, достигнутый в прошлом году, что в известных случаях практика международных организаций также вносит вклад в формирование или выражение норм международного обычного права. Специальный докладчик подчеркнул важное значение различия между практикой государств в рамках международных организаций и практикой самих международных организаций. Он также подчеркнул важное значение проведения различия между практикой организаций, связанной с внутренним функционированием организаций, и практикой организаций в ее отношениях с государствами и другими. Кроме того, было предложено, чтобы в проекте выводов было затронуто поведение негосударственных акторов, помимо международных организаций.

72. Далее в докладе рассмотрена категория «партикулярного обычая» – термин, который призван охватывать, как пояснил Специальный докладчик, то, что иногда называют «специальными», «региональными», «местными» или «двусторонними» обычными нормами. Специальный докладчик подчеркнул, что в свете характера партикулярного обычая как обязательного только для ограниченного числа государств важно четко выявить, какие государства участвовали в данной практике и признали ее в качестве права. Для определения существования такого обычая важно поэтому установить, имеется ли среди соответствующих государств общая практика, которая была признана каждым из них в качестве права (*opinio juris*).

73. В докладе также рассмотрена норма о настойчиво возражающем государстве, в соответствии с которой государство, которое настойчиво возражало против формирующейся нормы международного обычного права и продолжало возражать против нее после того, как эта норма выкристаллизовалась, не связано ею. Специальный докладчик подчеркнул, что эта норма прочно укоренилась в юриспруденции, в предыдущей работе Комиссии, а также в литературе. Специальный докладчик подчеркнул важность рассмотрения этой нормы, в частности для прояснения ее строгих требований.

## **2. Резюме прений**

### **а) Общие замечания**

74. Члены Комиссии вновь выразили поддержку двухэлементного подхода, которому следовал Специальный докладчик. Было выражено общее согласие с тем, что итогом рассмотрения темы должен быть свод практических и простых выводов с комментарием, призванных помочь в практическом выявлении норм меж-

дународного обычного права. Рекомендовалось придерживаться осторожности и избегать упрощений; было также высказано мнение, что для проектов выводов были бы полезны дальнейшие уточнения.

75. Состоялся обмен мнениями по поводу сферы охвата темы. Некоторые члены Комиссии отметили, что она должна глубже затрагивать формирование норм международного обычного права. Согласно этой точке зрения, изменение названия темы не предполагает смещения акцентов в ее рассмотрении. Согласно другому мнению, проекты выводов должны ограничиваться вопросом выявления таких норм и не должны касаться вопроса об их формировании как таковом. В этой связи отмечалось, что данная тема касается выявления обычной нормы в данный момент времени, не затрагивая дальнейшую эволюцию этой нормы. Еще одна точка зрения заключалась в том, что, хотя тема непосредственно касается выявления, это обстоятельство не препятствует рассмотрению вопросов формирования в той мере, в которой они связаны с таким процессом выявления.

**b) Связь между двумя составными элементами**

76. Некоторые члены Комиссии поддержали тот вывод, что, хотя всегда должны наличествовать оба элемента, может иметься различие в применении двухэлементного подхода в различных областях или в отношении различных видов норм. Вместе с тем было указано, что необходимо поддерживать единообразный стандарт в отношении всех различных областей. Некоторые члены Комиссии указали, что оба элемента не применяются последовательным образом и что для темы было бы полезно дальнейшее изучение соответствующего значения обоих элементов в различных областях.

77. Был поддержан тот вывод, что наличие каждого из элементов должно быть подтверждено отдельно и что это обычно требует оценки конкретных свидетельств по каждому из элементов. Несколько членов Комиссии подчеркнули, что отдельная оценка обоих требований не означает, что один и тот же материал не может служить свидетельством обоих элементов.

78. Что касается хронологической связи между обоими элементами обычных норм, то было выражено мнение, что практика должна предшествовать *opinio juris*, в то время как согласно другой точке зрения между обоими элементами нет необходимой временной последовательности.

**c) Бездействие как практика и/или доказательство признания в качестве права (*opinio juris*)**

79. Хотя представленный в третьем докладе анализ относимости бездействия для выявления норм международного обычного права был в целом одобрен, ряд членов Комиссии отметили практическую трудность признания бездействия в качестве свидетельства такого рода. Несколько членов указали на необходимость уточнения конкретных обстоятельств, при которых бездействие имеет отношение к делу, в особенности в контексте оценки признания в качестве права (*opinio juris*). Предлагалось указать конкретные критерии, которые должны учитываться при признании бездействия в качестве свидетельства права, в тексте самого проекта вывода.

80. Перечисленные в докладе критерии, позволяющие считать бездействие свидетельством признания в качестве права, получили общую поддержку в Комиссии. Ряд членов Комиссии отметили, что данная ситуация требует реакции соответствующих государств, что государства должны реально знать о данной практике и что бездействие должно продолжаться достаточный период времени. Однако высказывались разные мнения по поводу того, может ли бездействие при-



равняться в этом контексте к согласию. Отмечалось важность выявления того, можно ли приравнять к *opinio juris* бездействие в каком-либо конкретном случае.

**d) Роль договоров и резолюций**

81. Ряд членов Комиссии выразили поддержку достигнутого в докладе вывода о роли договоров как свидетельства международного обычного права. Некоторые члены Комиссии полагали, что ссылки на влияние договоров на формирование обычных норм следует опустить и что необходимо заострить внимание исключительно на их ценности как свидетельств. Было высказано мнение, что для целей этой темы нет разницы между кристаллизацией обычной нормы и выработкой новой нормы путем принятия договора. Кроме того, предлагалось затронуть статью 38 Венской конвенции о праве международных договоров. Несколько членов Комиссии подчеркнули, что все договорные положения не в равной степени имеют отношение к делу в качестве свидетельства норм международного обычного права и что только договорные нормы «основополагающего нормоустановленного характера» могут создавать такие нормы.

82. Подчеркивалась важность установления критериев определения релевантности положений договоров в качестве свидетельства существования нормы международного обычного права. Несколько членов Комиссии заявили, что концепция «особо затронутых государств» неприемлема, в то время как было выражено мнение, что география участников договора может служить свидетельством всеобщего характера практики.

83. Имелись разнообразные мнения по поводу ценности в качестве таких свидетельств резолюций, принятых международными организациями и международными конференциями. Как считали некоторые члены Комиссии, такие резолюции, в частности резолюция Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, при определенных обстоятельствах могли бы рассматриваться как источники международного обычного права. Ряд членов Комиссии считали, что ценность в качестве свидетельств этих резолюций во многих случаях следует оценивать с большой осторожностью. Подчеркивался ряд элементов, которые необходимо принимать во внимание, таких как состав организации, порядок голосования и процедура принятия резолюции или ее предмет. Также подчеркивалось, что релевантность резолюций, принятых на международных конференциях, зависит от участия государств на данной конференции.

84. Члены Комиссии в целом согласились с тем, что одни только резолюции международных организаций и конференций не могут сами по себе служить достаточным свидетельством существования обычной нормы. Было выражено мнение, что в некоторых случаях резолюции могут быть свидетельством существования норм международного обычного права. Отмечалось, что ценность таких резолюций зависит от других свидетельств, подтверждающих всеобщую практику и *opinio juris*. Отмечалось, что, для того чтобы основываться на резолюции (которая, однако, может служить доказательством для этой цели), необходима отдельная оценка того, подкрепляется ли норма, содержащаяся в данной резолюции, всеобщей практикой, признанной в качестве права (*opinio juris*).

**e) Судебные решения и труды**

85. Члены Комиссии приветствовали вывод, в соответствии с которым судебные решения и труды относятся к делу при выявлении международного обычного права. Состоялся обмен мнениями по поводу конкретной роли, которую играют, соответственно, судебные решения и труды. Было высказано мнение, что они не имеют одинакового характера и поэтому должны быть рассмотрены в отдель-

ных выводах. Также отмечалось, что их значение не может быть рассмотрено в общем плане и его следует, скорее, рассматривать в каждом конкретном случае.

86. Некоторые члены Комиссии подчеркивали особую важность судебных решений, которые не могут считаться вторичным или вспомогательным свидетельством. Некоторые члены Комиссии подчеркивали центральное значение Международного Суда, в то время как другие отмечали, что не следует игнорировать прецедентное право других судебных органов, равно как и роль особых и несогласных мнений международных судей. Состоялся обмен мнениями по поводу релевантности решений национальных судов. Согласно некоторым членам Комиссии, эти решения необходимо отнести к категории «судебных решений» для целей выявления норм международного обычного права. При этом некоторые другие члены Комиссии считали, что такие решения должны быть рассмотрены отдельно и что их роль следует оценивать с осторожностью.

87. Было высказано мнение, что термин «труды», предложенный Специальным докладчиком, слишком широк и нуждается в конкретизации. Несколько членов Комиссии также заявили, что выбор соответствующих трудов не может быть равнозначным предпочтению юристов конкретных регионов и должен быть универсальным.

88. Несколько членов заявили о том, что они не считают возможным ставить знак равенства между работой Комиссии международного права, являющейся вспомогательным органом Генеральной Ассамблеи с мандатом на содействие прогрессивному развитию международного права и его кодификацию, и «трудами» или учениями специалистов по публичному международному праву.

**f) Релевантность международных организаций и негосударственных акторов**

89. В Комиссии высказывались разные мнения по поводу релевантности практики международных организаций. В частности, ряд членов Комиссии отмечали, что такого рода практика может способствовать формированию или выражению норм международного обычного права и что необходимо особо выделить важность практики международных организаций в некоторых областях. Ряд других членов подчеркивали, что подобное может иметь место только в том случае, если практика международной организации отражает практику или твердое мнение ее государств-членов или послужит катализатором практики государств, но при этом практика международных организаций как таковая не имеет отношения к оценке всеобщей практики. Было выражено мнение, что в своей нынешней формулировке предлагаемый проект вывода не дает ответа на такие ключевые вопросы, как вопрос о том, можно ли принимать за практику бездействие международной организации, требуется ли наличие одновременно и практики, и *opinio juris* международных организаций, и является ли норма, формированию которой содействует международная организация, обязательной только для международных организаций, только для государств, или же она является обязательной для всех.

90. Несколько членов Комиссии поддержали проект вывода, предложенный Специальным докладчиком, согласно которому поведение других негосударственных акторов не является практикой для целей формирования или выявления обычного права. Термин «другие негосударственные акторы» был расценен как недостаточно четкий, поскольку международные организации состоят из государств. Некоторые члены Комиссии считали это предложение чересчур строгим, в частности в свете важности практики определенных негосударственных акторов, таких как Международный комитет Красного Креста, а также в свете важности деятельности, в которой участвуют как государства, так и негосударственные акторы.

**g) Партикулярный обычай**

91. Состоялось обсуждение по вопросу о партикулярном обычае. Хотя ряд членов Комиссии поддержали проект вывода, предложенный Специальным докладчиком, некоторые из ее членов считали, что этот вопрос находится за рамками темы. Также поднимались вопросы, касающиеся наиболее подходящей терминологии для обозначения такой конкретной категории норм международного обычного права, которые называют «региональными», «местными» или «партикулярными» обычаями. Кроме того, было высказано предложение уточнить концепцию «региона» и рассмотреть вопрос географической связи между участниками регионального обычая.

92. Подчеркивалось, что для выявления партикулярного обычая необходимо уделять особое внимание важности согласия. Как считали некоторые члены Комиссии, из этого следует, что применительно к партикулярным обычаям существуют более строгие стандарты, чем для общих или универсальных обычаев. Однако некоторые другие члены указали, что на все нормы международного обычного права распространяются одни и те же условия. Было высказано мнение, что, допуская существование партикулярного обычая среди сильно разрозненной группы государств, не имеющих какого-либо общего географического признака, предлагаемый проект вывода провоцирует разноречивые претензии на существование такого обычая и порождает риск фрагментации международного обычного права без какой-либо опоры на практику.

**h) Настойчиво возражающее государство**

93. Широкая дискуссия состоялась по поводу нормы о настойчиво возражающем государстве. Несколько членов Комиссии поддержали включение этой нормы в свод проектов выводов, в то время как другие члены Комиссии считали, что это – спорная теория, не подтверждаемая достаточной практикой государств и юриспруденцией, которая к тому же может вести к фрагментации международного права. Предлагалось представить в комментарии конкретные примеры для обоснования этой нормы, которая, по мнению некоторых членов, получила широкое признание в литературе.

94. Члены Комиссии также провели продолжительное обсуждение условий применения нормы о настойчиво возражающем государстве, а также ее последствий. Некоторые члены Комиссии указывали, что в любом случае, даже если бы такая норма существовала, она не могла бы быть применимой к обязательствам *erga omnes* или правилам, имеющим императивный характер (*jus cogens*).

**i) Будущая программа работы**

95. Что касается будущей программы работы по этой теме, то приветствовалось предложение Специального докладчика изучить практические способы расширения доступности материалов, на основе которых можно определить общую практику и признание в качестве права. Несколько членов Комиссии также предложили, чтобы Специальный докладчик изучил вопрос об изменении международного обычного права с течением времени, а также ряд связанных с этим вопросов.

96. Несколько членов Комиссии указали, что необходимо выделить достаточно времени для завершения работы Комиссии над этой темой и что прогресс в ее рассмотрении не может достигаться за счет качества.

### 3. Заключительные замечания Специального докладчика

97. Специальный докладчик подчеркнул, что цель темы заключается в том, чтобы помочь в определении наличия или отсутствия нормы международного обычного права и ее содержания. Такая задача стоит перед судьями, арбитрами и адвокатами, высказывающими свое мнение по поводу права, как то существует в данный момент времени, в отличие от тех, кто высказывает свое мнение по поводу того, как право может развиваться или как его следует развивать. Тем не менее понимание того, как появляются и эволюционируют обычные нормы, составляет часть фона темы и будет затронуто в комментарии.

98. Что касается различных вопросов, касающихся взаимосвязи между обоими элементами, то Специальный докладчик считает, что временной аспект этой связи скорее касается формирования обычных норм, нежели их выявления, однако, тем не менее, является важным аспектом, который необходимо отразить в комментарии. Что касается применения двухэлементного подхода в различных областях, то он подчеркнул, что необходимо учитывать контекст, в котором возникают свидетельства, и что для этого необходима тщательная оценка фактических оснований каждого дела и их значения. Наконец, по поводу вопроса об отдельной оценке обоих элементов Специальный докладчик отметил общее согласие членов Комиссии с тем, что для выявления норм международного обычного права каждый элемент должен устанавливаться отдельно. Более дискуссионным оказался вопрос, который иногда называют «повторным счетом». По этому аспекту Специальный докладчик пояснил, что возможны случаи, когда для подтверждения наличия обоих элементов могли бы использоваться одни и те же свидетельства. Важный аспект заключается в том, что должны наличествовать оба элемента и что теории, согласно которым масштабное присутствие одного элемента может компенсировать отсутствие другого, неубедительны.

99. По мнению Специального докладчика вывод, согласно которому практика международных организаций как таковая релевантна для целей выявления норм международного обычного права, не вызывает споров, поскольку практика международных организаций в их отношениях между собой могла бы по меньшей мере вести к возникновению обычных норм, обязательных в таких отношениях. Этот вывод также важен в случае международных организаций, таких как Европейский союз, осуществляющих компетенцию от имени своих государств-членов. Этот вывод, признанный в предыдущей работе Комиссии, по-видимому, получил общее признание государств. Специальный докладчик подчеркнул, что роль международных организаций, несмотря на их важность, несопоставима с ролью государств. Что касается роли негосударственных акторов, то Специальный докладчик указал, что такие образования могли бы играть роль при формировании и выявлении норм международного обычного права, но лишь в силу того, что они стимулируют или фиксируют практику государств и практику международных организаций, а не в силу своего поведения как такового.

100. Что касается роли бездействия, то Специальный докладчик отметил, что предложение отразить в соответствующем пункте проекта вывода суть условий, предусмотренных в докладе, заслуживает серьезного рассмотрения.

101. По поводу роли договоров при выявлении норм международного обычного права Специальный докладчик, признав важное значение многосторонних договоров, высказал мнение, что двусторонние договоры не могут быть исключены из проектов выводов, даже если к их влиянию следует подходить с особой осторожностью. Специальный докладчик также отметил, что значение статьи 38 Венской конвенции о праве международных договоров для данной темы будет затронуто в комментарии и что в нем будет отражено понятие «основополагающего нормоустановительного характера».

102. Специальный докладчик отметил, что проект вывода о резолюциях международных организаций и конференций не вызвал в Комиссии особых дискуссий. Он подтвердил, что их роль можно было бы отразить в более позитивном ключе, даже если на такие резолюции следует ссылаться с осторожностью.

103. Специальный докладчик отметил, что предложенный проект вывода о судебных решениях и трудах необходимо доработать и что эти два источника следует рассмотреть в двух отдельных проектах выводов. Специальный докладчик согласился с тем мнением, что в действительности судебные решения выступают в качестве элемента единого процесса определения того, существует ли известная обычная норма. Он также признал, что особые и несогласные мнения, не будучи при его представлениях судебными решениями по смыслу подпункта d) пункта 1 статьи 38, имеют определенное значение для данной темы. Специальный докладчик указал, что под «трудами» он имеет в виду «труды юристов». Он также отметил, что в комментарии необходимо отразить полезность рассмотрения трудов юристов, представляющих разные правовые системы мира.

104. Специальный докладчик отметил предложение многих коллег о необходимости разработки отдельного вывода, касающегося работы Комиссии международного права. Сам он не убежден в необходимости такого отдельного вывода и полагает, что роль Комиссии можно было бы разъяснить в комментариях. Тем не менее он рассчитывает, что этот вопрос будет рассмотрен в Редакционном комитете.

105. По поводу партикулярного обычая Специальный докладчик подтвердил, что все прочие проекты выводов применимы в отношении партикулярного обычая, включая проект вывода о договорах, за исключением того, что в проекте вывода 15 предусмотрено иное. Он также отметил, что, даже если в теории географическая связь между государствами, придерживающимися такой нормы, не является необходимой, она часто требуется на практике.

106. Специальный докладчик отметил, что проект вывода 16 о настойчиво возражающем государстве получил широкую поддержку, и согласился с тем, что его необходимо проиллюстрировать в комментарии ссылкой на практические примеры. Он отметил, что на норму о настойчиво возражающем государстве могут ссылаться – и не так уж нечасто ссылаются – в делах, в которых судьям надлежит выявить международное обычное право, и что поэтому важно дать практикам ориентиры в этом вопросе, в особенности для уточнения требований для того, чтобы государство стало настойчиво возражающим государством.

107. Что касается будущей программы работы по этой теме, то Специальный докладчик указал, что в свете всего сказанного в ходе прений реалистичная цель заключалась бы в завершении в первом чтении проектов выводов и комментариев к концу шестидесятой восьмой сессии (2016 года). Таким образом, вопрос заключался бы в том, как разделить работу между этой сессией и следующей сессией. В свете важности комментариев представляется целесообразным выделить два этапа. На первом этапе, если Редакционный комитет сможет завершить свою работу на этой сессии и в предварительном порядке принять полный свод проектов выводов (полный в том смысле, что в него могут вноситься любые дополнительные положения и предложения, которые могут возникнуть в результате прений по четвертому докладу), Специальный докладчик затем мог бы подготовить проект комментариев по всем выводам своевременно к началу сессии 2016 года. После этого члены Комиссии имели бы достаточно времени для тщательного рассмотрения проекта комментариев и, как можно надеяться, Комиссия могла бы принять в первом чтении полный свод проектов выводов и комментариев к концу своей сессии 2016 года.

## Глава VII Преступления против человечности

### А. Введение

108. На своей шестьдесят пятой сессии (в 2013 году) Комиссия постановила включить в свою долгосрочную работу тему «Преступления против человечности»<sup>77</sup>, исходя из предложения, подготовленного г-ном Шоном Д. Мерфи и воспроизведенного в приложении В к докладу Комиссии о работе этой сессии<sup>78</sup>. В пункте 8 своей резолюции 68/112 от 16 декабря 2013 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению включение этой темы в долгосрочную программу работы Комиссии.

109. На своей шестьдесят шестой сессии (в 2014 году) Комиссия постановила включить эту тему в свою программу работы и назначила г-на Шона Д. Мерфи Специальным докладчиком по этой теме<sup>79</sup>. Впоследствии в пункте 7 своей резолюции 69/118 от 10 декабря 2014 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению решение Комиссии включить эту тему в свою программу работы.

### В. Рассмотрение темы на нынешней сессии

110. На нынешней сессии Комиссии был представлен первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/680), который был рассмотрен на ее 3254–3258-м заседаниях 21–28 мая 2015 года<sup>80</sup>.

111. В своем первом докладе Специальный докладчик, оценив возможные положительные стороны разработки конвенции о преступлениях против человечности (раздел II), представил общую справочную информацию в отношении преступлений против человечности (раздел III) и рассмотрел некоторые аспекты ныне действующих многосторонних конвенций, которые направлены на предотвращение, криминализацию и межгосударственное сотрудничество в связи с преступлениями (раздел IV). Кроме того, Специальный докладчик рассмотрел общее обязательство, предусмотренное различными договорными режимами, согласно которому государства обязаны предотвращать преступления и наказывать за них (раздел V), и определение понятия «преступления против человечности» для целей темы (раздел VI). В докладе также содержится информация о будущей программе работы по данной теме (раздел VII). Специальный докладчик предложил два проекта статей, соотносящихся с вопросами, рассмотренными соответственно в разделах V и VI<sup>81</sup>.

112. На своем 3258-м заседании 28 мая 2015 года Комиссия передала статьи 1 и 2, содержащиеся в первом докладе Специального докладчика, Редакционному комитету.

<sup>77</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункты 169–170.

<sup>78</sup> Там же, приложение В.

<sup>79</sup> Там же, *шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, пункт 266.

<sup>80</sup> См. предварительные краткие отчеты о 3254–3258-м заседаниях (документы A/CN.4/SR.3254, A/CN.4/SR.3255, A/CN.4/SR.3256, A/CN.4/SR.3257 и A/CN.4/SR.3258).

<sup>81</sup> См. первый доклад о преступлениях против человечности в документе A/CN.4/680 (проект статьи 1 «Предотвращение и наказание преступлений против человечности» и проект статьи 2 «Определение преступлений против человечности»).

113. На своем 3263-м заседании 5 июня 2015 года Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета и в предварительном порядке приняла проекты статей 1, 2, 3 и 4 (см. раздел С.1 ниже).

114. На своих 3282–3284-м заседаниях 3 и 4 августа 2015 года Комиссия одобрила комментарии к проектам статей, принятым в предварительном порядке на текущей сессии (см. раздел С.2 ниже).

115. На своем 3282-м заседании 3 августа 2015 года Комиссия просила секретариат подготовить меморандум с информацией о существующих договорных режимах контроля за соблюдением, которая могла бы быть полезной для ее будущей работы по данной теме<sup>82</sup>.

## **С. Текст проектов статей о преступлениях против человечности, принятых в предварительном порядке Комиссией на своей шестьдесят седьмой сессии**

### **1. Текст проектов статей**

116. Текст проектов статей, принятых Комиссией в предварительном порядке на шестьдесят седьмой сессии, воспроизводится ниже.

#### **Статья 1 Сфера охвата**

Настоящие проекты статей применяются к предотвращению и наказанию преступлений против человечности.

#### **Статья 2 Общее обязательство**

Преступления против человечности независимо от того, совершены они во время вооруженного конфликта или нет, являются преступлениями по международному праву, которые государства обязуются предотвращать и наказывать.

#### **Статья 3 Определение преступлений против человечности**

1. Для цели настоящих проектов статей «преступление против человечности» означает любое из следующих деяний, когда они совершаются в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц, если такое нападение совершается сознательно:

- a) убийство;
- b) истребление;
- c) порабощение;
- d) депортация или насильственное перемещение населения;
- e) заключение в тюрьму или другое жестокое лишение физической свободы в нарушение основополагающих норм международного права;
- f) пытки;

<sup>82</sup> Этот вопрос был поднят в ходе обсуждения Комиссией на пленарных заседаниях первого доклада Специального докладчика в мае 2015 года, а также обсуждался во время посещения Комиссии Верховным комиссаром по правам человека в июле 2015 года.

g) изнасилование, обращение в сексуальное рабство, принуждение к проституции, принудительная беременность, принудительная стерилизация или любые другие формы сексуального насилия сопоставимой тяжести;

h) преследование любой идентифицируемой группы или общности по политическим, расовым, национальным, этническим, культурным, религиозным, гендерным, как это определяется в пункте 3, или другим мотивам, которые повсеместно признаны недопустимыми согласно международному праву, в связи с любыми деяниями, указанными в настоящем пункте, или в связи с преступлением геноцида или военными преступлениями;

i) насильственное исчезновение людей;

j) преступление апартеида;

к) другие бесчеловечные деяния аналогичного характера, заключающиеся в умышленном причинении сильных страданий или серьезных телесных повреждений либо серьезного ущерба психическому или физическому здоровью.

2. Для цели пункта 1:

a) «нападение на любых гражданских лиц» означает линию поведения, заключающуюся в многократном совершении деяний, указанных в пункте 1, против любых гражданских лиц, предпринимаемых в целях проведения политики государства или организации, направленной на совершение такого нападения, или в целях содействия такой политике;

b) «истребление» включает умышленное создание условий жизни, в частности лишение доступа к продуктам питания и лекарствам, рассчитанных на то, чтобы уничтожить часть населения;

c) «порабощение» означает осуществление любого или всех правомочий, связанных с правом собственности в отношении личности, и включает в себя осуществление таких правомочий в ходе торговли людьми, и в частности женщинами и детьми;

d) «депортация или насильственное перемещение населения» означает насильственное перемещение лиц из района, в котором они законно находятся, путем выселения или других принудительных действий, при отсутствии оснований, допускаемых международным правом;

e) «пытки» означают умышленное причинение сильной боли или страданий, будь то физических или психических, лицу, находящемуся под стражей или под контролем обвиняемого; но пытками не считается боль или страдания, которые возникают лишь в результате законных санкций, неотделимы от этих санкций или вызываются ими случайно;

f) «принудительная беременность» означает незаконное лишение свободы какой-либо женщины, которая стала беременной в принудительном порядке, с целью изменения этнического состава какого-либо населения или совершения иных серьезных нарушений международного права. Это определение ни в коем случае не истолковывается как затрагивающее национальное законодательство, касающееся беременности;

g) «преследование» означает умышленное и серьезное лишение основных прав вопреки международному праву по признаку принадлежности к определенной группе или общности;

h) «преступление апартеида» означает бесчеловечные действия, аналогичные по своему характеру тем, которые указаны в пункте 1, совер-



шаемые в контексте институционализованного режима систематического угнетения и господства одной расовой группы над другой расовой группой или группами и совершаемые с целью сохранения такого режима;

i) «насильственное исчезновение людей» означает арест, задержание или похищение людей государством или политической организацией или с их разрешения, при их поддержке или с их согласия, при последующем отказе признать такое лишение свободы или сообщить о судьбе или местонахождении этих людей с целью лишения их защиты со стороны закона в течение длительного периода времени.

3. Для цели настоящих проектов статей понимается, что термин «гендерный» в контексте общества относится к обоим полам, мужскому и женскому. Термин «гендерный» не имеет какого-либо иного значения, отличного от вышеупомянутого.

4. Настоящий проект статьи не затрагивает никакого более широкого определения, содержащегося в любом международном инструменте или национальном праве.

#### **Статья 4**

##### **Обязательство предотвращения**

1. Каждое государство обязуется предотвращать преступления против человечности в соответствии с международным правом, в том числе посредством:

a) эффективных законодательных, административных, судебных или других мер предотвращения на любой территории, находящейся под его юрисдикцией или контролем; и

b) сотрудничества с другими государствами, соответствующими межправительственными организациями, а также, в соответствующих случаях, другими организациями.

2. Никакие исключительные обстоятельства, такие как вооруженный конфликт, внутренняя политическая нестабильность или другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием преступлений против человечности<sup>83</sup>.

## **2. Текст проектов статей и комментариев к ним, принятый Комиссией в предварительном порядке на своей шестьдесят седьмой сессии**

117. Текст проектов статей вместе с комментариями, принятый Комиссией в предварительном порядке на своей шестьдесят седьмой сессии, воспроизводится ниже.

#### **Статья 1**

##### **Сфера охвата**

Настоящие проекты статей применяются к предотвращению и наказанию преступлений против человечности.

#### **Комментарий**

1) В проекте статьи 1 сфера охвата настоящих статей устанавливается указанием на то, что они применяются как к предотвращению, так и к наказанию преступлений против человечности. Предотвращение преступлений против человечности

<sup>83</sup> Вопрос о месте этого пункта будет рассмотрен на более позднем этапе.

ности касается предупреждения совершения такого рода преступлений, в то время как наказание за преступления против человечности касается уголовного судопроизводства в отношении лиц после того, как такого рода преступления имели место или когда они совершаются.

2) Настоящие проекты статей посвящены только преступлениям против человечности, которые являются тяжкими международными преступлениями, где бы они ни имели место. Настоящие проекты статей не затрагивают других тяжких международных преступлений, таких как геноцид, военные преступления или преступление агрессии. Хотя высказывалось мнение, что эта тема могла бы включать в себя и эти преступления, Комиссия решила сосредоточиться на преступлениях против человечности.

3) Кроме того, настоящие проекты статей будут исключать какие-либо коллизии с соответствующими ныне действующими договорами. Например, настоящие проекты статей будут избегать коллизий с договорами, касающимися исковой давности, беженцев, насильственных исчезновений, а также других вопросов, относящихся к преступлениям против человечности. В свое время один или более проектов статей будут рассмотрены для решения вопроса о любой такой коллизии.

4) Кроме того, настоящие проекты статей будут исключать любые конфликты с обязательствами государств, вытекающими из учредительных актов и международных или «гибридных» (содержащих смесь международно-правовых и национально-правовых элементов) уголовных судов или трибуналов, включая Международный уголовный суд (ниже – «МУС»). Если Римский статут<sup>84</sup>, учредивший МУС, регламентирует отношения между МУС и его государствами-участниками («вертикальная связь»), то центр внимания настоящих проектов статей составит принятие национальных законов и межгосударственное сотрудничество («горизонтальная связь»). Часть IX Римского статута «Международное сотрудничество и судебная помощь» предполагает, что межгосударственное сотрудничество в делах о преступлениях, подлежащих юрисдикции МУС, будет и далее существовать без ущерба для Римского статута, однако сама она не направлена на регулирование такого сотрудничества. В настоящих проектах статей будет затронуто межгосударственное сотрудничество в вопросах предупреждения преступлений против человечности, а также расследование, задержание, привлечение к ответственности, выдача и наказание в национальных правовых системах лиц, совершивших такого рода преступления, – цель, соответствующая Римскому статуту. При этом настоящие проекты статей будут содействовать осуществлению принципа дополнительности в соответствии с Римским статутом. Наконец, учредительные акты международных или гибридных уголовных судов или трибуналов затрагивают преследование лиц за преступления в пределах их юрисдикции, а не шаги, которые должны быть предприняты государствами для предупреждения таких преступлений до того, как те совершаются, или когда они совершаются.

## **Статья 2**

### **Общее обязательство**

Преступления против человечности независимо от того, совершены они во время вооруженного конфликта или нет, являются преступлениями по международному праву, которые государства обязуются предотвращать и наказывать.

<sup>84</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, done at Rome on 17 July 1998, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, p. 3 (ниже – «Римский статут»).

## Комментарий

1) В проекте статьи 2 установлено общее обязательство государств предотвращать и наказывать преступления против человечности. Содержание этого общего обязательства будет рассмотрено с привлечением различных более конкретных обязательств, изложенных в следующих ниже проектах статей, начиная с проекта статьи 4. Эти конкретные обязательства будут касаться шагов, которые государства должны предпринимать в пределах своих национальных правовых систем, а также их сотрудничества с другими государствами, соответствующими межправительственными организациями и, в необходимых случаях, с другими организациями.

2) Излагая общую обязанность, проект статьи 2 квалифицирует преступление против человечности как «преступление по международному праву». Устав Международного военного трибунала (МВТ), учрежденного в Нюрнберге<sup>85</sup>, относит «преступления против человечности» к юрисдикции МВТ в качестве одного из ее элементов. В числе прочего, МВТ отметил, что «за нарушение международного права могут быть наказаны и отдельные лица. Преступления против международного права совершаются людьми, не абстрактными категориями, и только путем наказания отдельных лиц, совершающих такие преступления, могут быть соблюдены установления международного права»<sup>86</sup>. Преступления против человечности подлежали и юрисдикции Токийского трибунала<sup>87</sup>.

3) Принципы международного права, признанные Нюрнбергским уставом, были приняты к сведению и подтверждены в 1946 году Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций<sup>88</sup>. Ассамблея также поручила Комиссии международного права «сформулировать» принципы Нюрнбергского устава и подготовить проект кодекса преступлений<sup>89</sup>. В 1950 году Комиссия подготовила «Принципы международного права, признанные статутom Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении этого Трибунала», согласно которым преступления против человечности «наказуются как международно-правовые преступления»<sup>90</sup>. Кроме того, в 1954 году Комиссия завершила проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, который в пункте 11 статьи 2 предусматривал преступление в виде серии бесчеловечных деяний, понимаемых сегодня в качестве преступлений против человечности, и статья 1 которого гласила: «преступления против мира и безопасности человечества, определяемые в настоящем Кодексе, являются международно-правовыми преступлениями, ответственные за которые индивидуумы наказуются»<sup>91</sup>.

4) Отнесение преступлений против человечности к категории «преступлений по международному праву» указывает на то, что они существуют в качестве преступления вне зависимости от того, было ли квалифицировано данное поведение преступным по международному праву. В Нюрнбергском уставе преступления

<sup>85</sup> Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, art. 6 (c), done at London on 8 August 1945, United Nations, *Treaty Series*, vol. 82, p. 279 (ниже «Нюрнбергский устав»).

<sup>86</sup> *Judgment of 30 September 1946, International Military Tribunal*, in *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, vol. 22 (1947), p. 466.

<sup>87</sup> Charter of the International Military Tribunal for the Far East, art. 5(c), done at Tokyo on 19 January 1946 (as amended 26 April 1946), 4 Bevans 20. Однако этим трибуналом не были осуждены какие-либо лица.

<sup>88</sup> *Подтверждение принципов международного права, признанных Уставом Нюрнбергского трибунала*, резолюция 95 (I) Генеральной Ассамблеи (11 декабря 1946 года).

<sup>89</sup> *Формулирование принципов, признанных в Уставе Нюрнбергского трибунала и в приговоре Трибунала*, резолюция 177 (II) Генеральной Ассамблеи (21 ноября 1947 года).

<sup>90</sup> *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 376, para. 109 (Principle VI).

<sup>91</sup> *Yearbook ... 1954*, vol. II, p. 150 at art. 1.

против человечности определялись как совершение определенных актов «независимо от того, являлись ли эти действия нарушением внутреннего права страны, где они были совершены»<sup>92</sup>. В 1996 году Комиссия завершила Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, где, в частности, предусматривается, что преступления против человечности являются «преступлениями по международному праву и наказуются как таковые вне зависимости от того, наказуемы ли они по внутригосударственному праву»<sup>93</sup>. Тяжесть подобных преступлений очевидна; ранее Комиссия указывала, что запрещение преступлений против человечности «явно принято и признано» в качестве императивной нормы международного права<sup>94</sup>.

5) В проекте статьи 2 преступления против человечности также названы преступлениями по международному праву независимо от того, «совершены они во время вооруженного конфликта или нет». Ссылку на «вооруженный конфликт» надо понимать как включающую как международные, так и немеждународные вооруженные конфликты. Определение преступлений против человечности в Нюрнбергском уставе в редакции Берлинского протокола<sup>95</sup> было связано с наличием международного вооруженного конфликта; действия представляли собой преступления по международному праву, только если они были совершены «в целях осуществления или в связи с» любым преступлением, подлежащим юрисдикции МВТ, означая преступление против мира или военное преступление. Как таковое обоснование рассмотрения вопросов, которые традиционно относились к национальной юрисдикции государства, строилось на связи преступления с межгосударственным конфликтом. Эта связь в свою очередь указывала на чудовищные преступления, совершенные в массовых масштабах, возможно, в рамках систематического поведения<sup>96</sup>. МВТ, которому было поручено провести суд над высшим военно-политическим руководством Третьего рейха, осудил нескольких обвиняемых за преступления против человечности, совершенные во время вой-

<sup>92</sup> Nürnberg Charter, сноска 85 выше, at art. 6 (c).

<sup>93</sup> *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 19, пункт 50 (статья 1). Проект кодекса 1996 года содержал пять категорий преступлений, одной из которых были преступления против человечности.

<sup>94</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 102, пункт 5) (комментарий к проекту статьи 26 Проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния) (где говорится, что в число этих «императивных норм, которые были ясно приняты и признаны, входят запреты, касающиеся... преступлений против человечности...»); см. также Исследовательская группа Комиссии международного права, «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные с диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», документ [A/CN.4/L.682](#), пункт 374 (13 апреля 2006 года), с поправками, содержащимися в документе [A/CN.4/L.682/Corr.1](#) (11 августа 2006 года) (где преступления против человечности определяются как «один из наиболее часто упоминающихся кандидатов на статус *jus cogens*»).

<sup>95</sup> Protocol Rectifying Discrepancy in Text of Charter, done at Berlin on 6 October 1945, in *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, vol. 1 (1947), at pp. 17–18 (далее «Берлинский протокол»). В Берлинском протоколе точка с запятой после слов “during the war” («во время войны») была заменена запятой, чтобы согласовать английский и французский тексты с русским текстом. *Ibid.*, p. 17. В результате этого первая часть положения была связана со второй частью положения («в связи с любым преступлением, подлежащим юрисдикции Трибунала») и, таким образом, с наличием международного вооруженного конфликта.

<sup>96</sup> См. United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* (His Majesty's Stationery Office, 1948), p. 179 («Только преступления, которые в силу либо своих масштабов, либо своего варварского характера, либо их многочисленности, либо того, что похожая система применялась в разное время и в разных местах, ставили под угрозу международное сообщество или уязвили совесть человечества, требовали вмешательства со стороны государств помимо тех, на чьей территории были совершены преступления или чьи граждане стали их жертвами»).

ны, хотя в некоторых случаях связь этих преступлений с другими преступлениями, отнесенными к юрисдикции МВТ, была условной<sup>97</sup>.

б) Однако в «Принципах международного права, признанных статутом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в приговоре Трибунала» Комиссии 1950 года, преступления против человечности определялись в принципе VI с) так, что для них не требовалось наличия связи с вооруженным конфликтом<sup>98</sup>. В своем комментарии к этому принципу Комиссия подчеркивала, что преступление не обязательно должно быть совершено во время войны, но утверждала, что довоенные преступления должны, тем не менее, быть связаны с преступлением против мира<sup>99</sup>. В то же время Комиссия утверждала, что «акты могут быть преступлениями против человечности, даже если они совершены виновным против своего населения»<sup>100</sup>. Конвенция 1968 года о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества в пункте b) статьи 1 называла «преступления против человечества независимо от того, были ли они совершены во время войн или в мирное время, как они определяются в Уставе Международного нюрнбергского военного трибунала, от 8 августа 1945 года и подтверждаются в резолюциях 3 (I) от 13 февраля 1946 года и 95 (I) от 11 декабря 1946 года Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций...»<sup>101</sup>.

7) Юрисдикция Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (ниже – «МУТЮ») включала «преступления против человечности». В статье 5 Устава МУТЮ устанавливается, что трибунал полномочен осуществлять судебное преследование лиц, ответственных за совершение ряда деяний (таких, как убийства, пытки или изнасилования), «когда они совершаются в ходе вооруженного конфликта, будь то международного или внутреннего характера, и направлены против любого гражданского населения»<sup>102</sup>. Таким образом, формулировка, использованная в статье 5, сохраняет связь с вооруженным конфликтом, однако ее лучше всего понимать в контексте. Статут МУТЮ был составлен в 1993 году при том понимании, что в бывшей Югославии действительно имел место вооруженный конфликт; Совет Безопасности Организации Объединенных Наций уже вынес решение о том, что эта ситуация представляет собой угрозу международному миру и безопасности, что вело к осуществлению полномочий Совета Безопасности согласно главе VII Устава Организации Объединенных Наций. Как таковая, формулировка, используемая в статье 5 («вооруженный конфликт») должна была главным образом отвергнуть тот тезис, что преступления против человечности должны быть связаны с «международным вооруженным конфликтом». В той мере, в какой эта формулировка могла истолковываться в том плане, что международное обычное право требует связи с вооруженным конфликтом, Апелляционная камера МУТЮ позднее уточнила, что не имеется «ка-

<sup>97</sup> См., например, *Prosecutor v. Kupreškić et al., Judgment, Trial Chamber, Case No. IT-95-16-T*, 14 January 2000, para. 576 (где отмечается условная связь между преступлениями против человечности, совершенными Бальдуром фон Ширахом, и другими преступлениями, подсудными МВТ) (ниже – *Kupreškić 2000*).

<sup>98</sup> *Yearbook... 1950*, vol. II, p. 377 at para. 119.

<sup>99</sup> *Ibid.*, para. 123.

<sup>100</sup> *Ibid.*, para. 124.

<sup>101</sup> Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, done at New York on 26 November 1968, United Nations, *Treaty Series*, vol. 754, p. 73. На август 2015 года эта Конвенция насчитывала 55 государств-участников. Региональную конвенцию сходного характера см. European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes, done at Strasbourg on 25 January 1974, Council of Europe, *Treaty Series*, No. 82. На август 2015 года эта Конвенция насчитывала восемь государств-участников.

<sup>102</sup> Устав Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, резолюция № 827 (1993) Совета Безопасности от 25 мая 1993 года, документ [S/RES/827](#), статья 5 (ниже – «Устав МУТЮ»).

ких-либо логических или юридических оснований» для сохранения связи с вооруженным конфликтом, поскольку в практике государств после Нюрнберга «от нее отошли»<sup>103</sup>. Апелляционная камера также отметила, что «доказательством устарелости требования связи служат международные конвенции о геноциде и апартеиде, обе из которых запрещают конкретные виды преступлений против человечности вне зависимости от какой-либо связи с вооруженным конфликтом»<sup>104</sup>. Так, позднее Апелляционная камера утверждала, что такого рода связь в статуте МУТЮ лишь очерчивала предмет юрисдикции МУТЮ, не кодифицируя международного обычного права<sup>105</sup>.

8) В 1994 году Совет Безопасности учредил Международный уголовный трибунал по Руанде (ниже – «МУТР»), наделив его юрисдикцией в отношении «преступлений против человечности». Хотя в статье 3 Устава МУТР был сохранен тот же перечень деяний, который фигурирует в Уставе МУТЮ, формулировка заголовочной части не сохранила упоминания вооруженного конфликта<sup>106</sup>. Сходным образом статья 7 Римского статута, принятая в 1998 году, не сохраняла какой-либо ссылки на вооруженный конфликт.

9) Так, хотя более ранние определения преступлений против человечности требовали, чтобы соответствующие акты были совершены в связи с вооруженным конфликтом, такая связь исчезла из уставов современных международных уголовных судов и трибуналов, включая Римский статут. Ее место, как об этом говорится в связи с проектом статьи 3 ниже, заняли требования «заголовка» о том, чтобы преступление было совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения против гражданского населения в целях проведения политики государства или организации, направленной на совершение такого нападения.

### Статья 3 Определение преступлений против человечности

1. Для цели настоящих проектов статей «преступление против человечности» означает любое из следующих деяний, когда они совершаются в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц, если такое нападение совершается сознательно:

- a) убийство;
- b) истребление;
- c) порабощение;
- d) депортация или насильственное перемещение населения;

<sup>103</sup> *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, para. 140.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> См., например, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Judgment, Trial Chamber*, Case No. IT-95-14/2-T, 26 February 2001, para. 33 (ниже – *Kordić 2001*); *Prosecutor v. Tadić, Judgment, Appeals Chamber*, Case No. IT-94-1-A, 15 July 1999, paras. 249–251 (ниже – *Tadić 1999*) («Требование наличия вооруженного конфликта выполняется доказыванием того, что вооруженный конфликт имел место; это все, чего требует Устав, и тем самым объем его требований выходит за рамки международного обычного права.»).

<sup>106</sup> *Устав Международного уголовного трибунала по Руанде*, резолюция 955 (1994) Совета Безопасности от 8 ноября 1994 года, документ [S/RES/955](#), приложение, статья 3 (ниже – «Устав МУТР»); см. *Semanza v. Prosecutor, Judgment, Appeals Chamber*, Case No. ICTR-97-20-A, 20 May 2005, para. 269 («... в противоположность статье 5 Устава МУТЮ статья 3 Устава МУТР не требует того, чтобы преступления были совершены в контексте вооруженного конфликта. Это – важное различие.»).



e) заключение в тюрьму или другое жестокое лишение физической свободы в нарушение основополагающих норм международного права;

f) пытки;

g) изнасилование, обращение в сексуальное рабство, принуждение к проституции, принудительная беременность, принудительная стерилизация или любые другие формы сексуального насилия сопоставимой тяжести;

h) преследование любой идентифицируемой группы или общности по политическим, расовым, национальным, этническим, культурным, религиозным, гендерным, как это определяется в пункте 3, или другим мотивам, которые повсеместно признаны недопустимыми согласно международному праву, в связи с любыми деяниями, указанными в настоящем пункте, или в связи с преступлением геноцида или военными преступлениями;

i) насильственное исчезновение людей;

j) преступление апартеида;

k) другие бесчеловечные деяния аналогичного характера, заключающиеся в умышленном причинении сильных страданий или серьезных телесных повреждений либо серьезного ущерба психическому или физическому здоровью.

2. Для цели пункта 1:

a) «нападение на любых гражданских лиц» означает линию поведения, заключающуюся в многократном совершении деяний, указанных в пункте 1, против любых гражданских лиц, предпринимаемых в целях проведения политики государства или организации, направленной на совершение такого нападения, или в целях содействия такой политике;

b) «истребление» включает умышленное создание условий жизни, в частности лишение доступа к продуктам питания и лекарствам, рассчитанных на то, чтобы уничтожить часть населения;

c) «порабощение» означает осуществление любого или всех правомочий, связанных с правом собственности в отношении личности, и включает в себя осуществление таких правомочий в ходе торговли людьми, и в частности женщинами и детьми;

d) «депортация или насильственное перемещение населения» означает насильственное перемещение лиц из района, в котором они законно находятся, путем выселения или других принудительных действий, при отсутствии оснований, допускаемых международным правом;

e) «пытки» означают умышленное причинение сильной боли или страданий, будь то физических или психических, лицу, находящемуся под стражей или под контролем обвиняемого; но пытками не считается боль или страдания, которые возникают лишь в результате законных санкций, неотделимы от этих санкций или вызываются ими случайно;

f) «принудительная беременность» означает незаконное лишение свободы какой-либо женщины, которая стала беременной в принудительном порядке, с целью изменения этнического состава какого-либо населения или совершения иных серьезных нарушений международного права. Это определение ни в коем случае не истолковывается как затрагивающее национальное законодательство, касающееся беременности;

g) «преследование» означает умышленное и серьезное лишение основных прав вопреки международному праву по признаку принадлежности к определенной группе или общности;

h) «преступление апартеида» означает бесчеловечные действия, аналогичные по своему характеру тем, которые указаны в пункте 1, совершаемые в контексте институционализированного режима систематического угнетения и господства одной расовой группы над другой расовой группой или группами и совершаемые с целью сохранения такого режима;

i) «насильственное исчезновение людей» означает арест, задержание или похищение людей государством или политической организацией или с их разрешения, при их поддержке или с их согласия, при последующем отказе признать такое лишение свободы или сообщить о судьбе или местонахождении этих людей с целью лишения их защиты со стороны закона в течение длительного периода времени.

3. Для цели настоящих проектов статей понимается, что термин «гендерный» в контексте общества относится к обоим полам, мужскому и женскому. Термин «гендерный» не имеет какого-либо иного значения, отличного от вышеупомянутого.

4. Настоящий проект статьи не затрагивает никакого более широкого определения, содержащегося в любом международном инструменте или национальном праве.

### Комментарий

1) В первых трех пунктах проекта статьи 3 для целей настоящих проектов статей устанавливается определение «преступления против человечности». Текст этих трех пунктов дословно воспроизводит текст статьи 7 Римского статута, за исключением трех несущественных изменений (о которых будет сказано ниже), которые необходимы в свете иного контекста, в котором используется это определение. Пункт 4 проекта статьи 3 – оговорка, которая указывает, что это определение не затрагивает «каких-либо более широких определений», предусмотренных в международно-правовых актах и в законах государств.

#### *Определения в других инструментах*

2) С 1945 года как в международно-правовых актах, так и в законах государств, кодифицировавших это преступление, были даны разные определения «преступлений против человечности». Нюрнбергский устав определил «преступление против человечности» следующим образом:

«убийства, истребление, порабощение, ссылка и другие жестокости, совершенные в отношении гражданского населения до или во время войны, или преследования по политическим, расовым или религиозным мотивам в целях осуществления или в связи с любым преступлением, подлежащим юрисдикции Трибунала, независимо от того, являлись ли эти действия нарушением внутреннего права страны, где они были совершены, или нет»<sup>107</sup>.

3) Принцип VI с) «Принципов международного права, признанных в статуте Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в решении этого Трибунала» Комиссии 1950 года определяет преступление против человечности следующим образом: «Убийства, истребление, порабощение, высылка и другие бесчеловечные акты, совершаемые в отношении гражданского населения, или преследова-

<sup>107</sup> Nürnberg Charter, сноска 85 выше, at art. 6 (c).



ние по политическим, расовым или религиозным мотивам, если такие действия совершаются или такие преследования имеют место при выполнении какого-либо преступления против мира или какого-либо военного преступления, или в связи с таковыми»<sup>108</sup>.

4) Кроме того, в проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, подготовленного Комиссией в 1954 году, в качестве одного из таких преступлений определяется следующее: «бесчеловечные акты, как-то: убийства, истребления, порабощение, высылка или преследования, совершаемые в отношении любого гражданского населения по политическим, расовым, религиозным или "культурным" мотивам властями какого-либо государства или частными лицами, действующими по подстрекательству или при попустительстве этих властей»<sup>109</sup>.

5) В статье 5 Устава МУТЮ устанавливается, что Трибунал «полномочен осуществлять судебное преследование лиц, ответственных» за ряд деяний (таких, как убийства, пытки и изнасилования), «когда они совершаются в ходе вооруженного конфликта, будь то международного или внутреннего характера, и направлены против любого гражданского населения...»<sup>110</sup>. Хотя в докладе Генерального секретаря Организации Объединенных Наций, в котором была предложена эта статья, указывалось, что под преступлением против человечности «понимаются бесчеловечные акты весьма серьезного характера... совершаемые как часть широкомасштабного или систематического нападения на любое гражданское население по национальным, политическим, этническим, расовым или религиозным мотивам»<sup>111</sup>, эта конкретная формулировка не была включена в текст статьи 5.

6) В свою очередь в Уставе МУТР 1994 года в статье 3 был сохранен тот же перечень актов, однако в текст заголовочной части была введена формулировка из доклада Генерального секретаря 1993 года, «преступления, когда они совершаются в рамках широкомасштабного и систематического нападения на гражданское население», и затем, далее, «по национальным, политическим, этническим, расовым или религиозным мотивам...»<sup>112</sup>. Таким образом, Устав МУТР прямо предусматривает, что для установления факта данного преступления должен присутствовать мотив дискриминации. В разработанном Комиссией в 1996 году Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества «преступления против человечности» также определяются как ряд перечисленных в нем деяний, «когда они совершаются в систематическом порядке или в широких масштабах и инспирируются или направляются правительством или любой организацией или группой», однако не включалась формулировка с указанием мотива дискриминации<sup>113</sup>. Преступления против человечности также определялись в юрисдикции гибридных уголовных судов и трибуналов<sup>114</sup>.

<sup>108</sup> *Yearbook... 1950*, vol. II, p. 377 at para. 119.

<sup>109</sup> *Yearbook... 1954*, vol. II, p. 150 at para. 49 (art. 2 (11)).

<sup>110</sup> *Устав МУТЮ*, сноска 102 выше, статья 5.

<sup>111</sup> Совет Безопасности, доклад Генерального секретаря во исполнение пункта 2 Резолюции 808 (1993) Совета Безопасности, документ S/25704, стр. 15, пункт 48.

<sup>112</sup> *Устав МУТР*, сноска 106 выше, приложение, статья 3.

<sup>113</sup> *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 58–59, статья 18.

<sup>114</sup> См., например, Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone (with Statute), done at Freetown on 16 January 2002, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2178, p. 137 at p. 145; “The Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea,” art. 5, 27 October 2004, at [http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR\\_Law\\_as\\_amended\\_27\\_Oct\\_2004\\_Eng.pdf](http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf) (ссылка проверена 22 июня 2015 года).

7) В подпункте b) пункта 1 статьи 5 Римского статута преступления против человечности были включены в юрисдикцию МУС<sup>115</sup>. В пункте 1 статьи 7 «преступление против человечности» определяется как любое из ряда деяний, «когда они совершаются в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц и если такое нападение совершается сознательно»<sup>116</sup>. В пункте 2 статьи 7 содержится ряд определений, которые, в частности, уточняют, что нападение на любых гражданских лиц «означает линию поведения, включающую многократное совершение актов, указанных в пункте 1, против любых гражданских лиц, предпринимаемых в целях проведения политики государства или организации, направленной на совершение такого нападения, или в целях содействия такой политике»<sup>117</sup>. В пункте 3 статьи 7 предусмотрено, что «понимается, что термин "гендерный" в контексте общества относится к обоим полам, мужскому и женскому. Термин "гендерный" не имеет какого-либо иного значения, отличного от вышеупомянутого»<sup>118</sup>. Статья 7 не сохраняет связи с вооруженным конфликтом, которая присутствовала в Уставе МУТЮ, равно как и (кроме как в отношении актов преследования)<sup>119</sup> требования дискриминационного мотива, присутствовавшего в Уставе МУТР.

8) В статье 7 Римского статута определение «преступления против человечности» было принято более чем 120 государствами – участниками Римского статута, и в настоящее время используется многими государствами при принятии своих законов или внесении в них поправок. Комиссия сочла, что статья 7 Римского статута служит надлежащей основой определения таких преступлений в пунктах 1–3 проекта статьи 3. Так, текст статьи 7 используется дословно, за исключением трех несущественных изменений, которые необходимы в свете иного контекста, в котором используется данное определение. Во-первых, первая фраза пункта 1 гласит: «Для целей настоящих проектов статей», а не «для целей настоящего Статута». Во-вторых, то же изменение было внесено в первую фразу пункта 3. В-третьих, в подпункте h) пункта 1 статьи 7 Римского статута предусмотрена криминализация актов преследования, когда те совершаются «в связи с любыми деяниями, указанными в данном пункте, или любыми преступлениями, подпадающими под юрисдикцию Суда». И в этом случае с учетом иного контекста эта фраза в проекте статьи 3 звучит как «в связи с любыми деяниями, указанными в настоящем пункте, или в связи с преступлением геноцида или военными преступлениями». В свое время МУС, возможно, будет осуществлять юрисдикцию в отношении преступления агрессии, когда будут выполнены условия, предусмотренные на Конференции в Кампале, и в этом случае эту формулировку, возможно, придется рассмотреть вновь.

#### *Пункты 1–3*

9) Определение «преступлений против человечности», изложенное в пунктах 1–3 проекта статьи 3, содержит три общих требования, заслуживающих определенного обсуждения. Эти требования, все из которых фигурируют в пункте 1, были проиллюстрированы с привлечением прецедентного права МУС и других международных или гибридных судов и трибуналов. Это определение также содержит перечень исходных запрещенных деяний применительно к преступлениям против человечности и определяет несколько терминов, используемых в этом определении (тем самым давая определения в определении). Несомненно, эволюционирующая юриспруденция МУС и других международных или

<sup>115</sup> Римский статут, сноска 84 выше.

<sup>116</sup> Там же.

<sup>117</sup> Там же.

<sup>118</sup> Там же.

<sup>119</sup> См. там же, статья 7, пункт 1 h).

гибридных судов и трибуналов будет и далее помогать национальным органам, включая суды, в разъяснении смысла этого определения и тем самым будет способствовать согласованным подходам на национальном уровне. Комиссия отмечает, что соответствующее прецедентное право по-прежнему развивается с течением времени и, таким образом, следующий ниже разбор призван всего-навсего указать на некоторые параметры этих терминов по состоянию на 2015 год.

«Широкомасштабного или систематического нападения»

10) Первое общее требование заключается в том, что деяния должны быть совершены в рамках «широкомасштабного или систематического нападения». Это требование впервые появилось в Уставе МУТР<sup>120</sup>, хотя в некоторых решениях МУТЮ утверждалось, что это требование неявным образом присутствует даже в Уставе МУТЮ ввиду того, что такая формулировка включена в доклад Генерального секретаря, в котором предлагался этот Устав<sup>121</sup>. Юриспруденция как МУТЮ, так и МУТР поддерживает ту трактовку, что условия «широкомасштабности» и «систематичности» – это дизъюнктивные, а не конъюнктивные требования; для установления наличия преступления достаточно любого из этих условий<sup>122</sup>. Такое прочтение требования широкомасштабности/систематичности отражено также в комментарии Комиссии по Проекту кодекса 1996 года, где указывается, что «деяние может представлять собой преступление против человечности, если выполнено любое из этих условий [масштабов или систематичности]»<sup>123</sup>.

11) Когда этот стандарт рассматривался на предмет включения в Римский статут, некоторые государства выразили мнение, что условия «массовости» и «си-

<sup>120</sup> В отличие от английского текста, во французском тексте статьи 3 Устава МУТР используется конъюнктивная формулировка («généralisée et systématique»). В деле *Akayesu* Судебная камера указала: «В тексте Устава французского оригинала эти требования были изложены кумулятивным образом... тем самым значительно повышая порог применения этого положения. Поскольку международное обычное право требует лишь того, чтобы нападение было либо широкомасштабным, либо систематическим, имеются достаточные основания предполагать, что французский вариант содержит ошибку в переводе». *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment, Trial Chamber I, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 579, n. 144 (ниже – *Akayesu 1998*).

<sup>121</sup> *Prosecutor v. Blaškić*, Judgment, Trial Chamber, Case No. IT-95-14-T, 3 March 2000, para. 202 (ниже – *Blaškić 2000*); *Prosecutor v. Tadić*, Trial Chamber, Opinion and Judgment, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, para. 648 (ниже – *Tadić 1997*).

<sup>122</sup> См., например, *Prosecutor v. Mrkšić*, Judgment, Trial Chamber, Case No. IT-95-13/1-T, 27 September 2007, para. 437 (ниже – *Mrkšić 2007*) («Нападение должно быть масштабным или систематическим, и это требование является дизъюнктивным, а не кумулятивным».); *Prosecutor v. Kayishema*, Judgment, Trial Chamber II, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, para. 123 (ниже – *Kayishema 1999*) («В случае нападения должно присутствовать одно из альтернативных условий широкомасштабности или систематичности».); *Akayesu 1998*, сноска 120 выше, пункт 579; *Tadić 1997*, сноска 121 выше, пункт 648 («Либо вывод о широкомасштабности... или систематичности... выполняет это требование».).

<sup>123</sup> *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 59. См. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия*, Дополнение № 22 (A/50/22), пункт 78 (Доклад Специального комитета по вопросу об учреждении Международного уголовного суда) («В число конкретных замечаний в отношении элементов, которые следует отразить в определении преступлений против человечности, входили следующие: ...преступления, как правило, сопряжены с широко распространенными или систематическими нападениями») (курсив наш); *Ежегодник... 1995 год*, том II (часть вторая), стр. 27, пункт 90 («Понятие "систематические" и "массовые" нарушения является дополнительным элементом данного преступления»); *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 42 («Определение преступлений против человечности охватывает бесчеловечные деяния крайне тяжелого характера, включающие широко распространенные или систематические нарушения»); *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 120 («Для констатации наличия преступления достаточно, чтобы любая из этих особенностей – систематичность или массовость была присуща любому из деяний, перечисленных...»).

стематичности» должны быть конъюнктивными требованиями – т.е. они должны присутствовать для установления факта преступления, – поскольку в ином случае этот стандарт будет включать слишком многое<sup>124</sup>. В самом деле, если достаточно одного лишь «широкомасштабного» совершения деяний, считали эти государства, самопроизвольные волны широкомасштабных, однако не связанных друг с другом преступлений будут представлять собой преступления против человечности. В силу этой озабоченности был выработан компромисс, в соответствии с которым эти условия были сохранены в дизъюнктивной формулировке<sup>125</sup>, однако при этом в подпункт а) пункта 2 статьи 7 Римского статута было включено определение термина «нападение», которое, как указывается ниже, содержит элемент «политики».

12) В соответствии с решением Судебной камеры МУТЮ в деле *Кунарача* «прилагательное "другие масштабы" обозначает массовый характер нападения и числа жертв»<sup>126</sup>. Как таковое, это требование указывает на «большое число жертв»<sup>127</sup> и исключает изолированные акты насилия<sup>128</sup>, такие как убийства отдельных жертв лицами, действующими исходя из личных побуждений, нежели в рамках более широкой инициативы. В то же время единичный акт, совершенный отдельным лицом, может представлять собой преступление против человечности, если он совершен в условиях более широкой кампании<sup>129</sup>. Не имеется ка-

<sup>124</sup> См. United Nations, Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, document A/CONF/183/13 (Vol. II), p. 148 (India); *ibid.*, p. 150 (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, France); *ibid.*, p. 151 (Thailand, Egypt); *ibid.*, p. 152 (Islamic Republic of Iran); *ibid.*, p. 154 (Turkey); *ibid.*, p. 155 (Russian Federation); *ibid.*, p. 156 (Japan).

<sup>125</sup> Прецедентное право МУС подтвердило, что условия «широкомасштабности» и «систематичности» в статье 7 Римского статута являются дизъюнктивными. См. *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09, 31 March 2010, para. 94 (ниже – *Kenya Authorization Decision 2010*); см. также *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, para. 82 (ниже – *Bemba 2009*).

<sup>126</sup> *Prosecutor v. Kunarac*, Judgment, Trial Chamber, Case No. IT-96-23-T, 22 February 2001, at para. 428 (ниже – *Kunarac 2001*); see *Prosecutor v. Katanga*, Judgment, Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, para. 1123 (ниже – *Katanga 2014*); *Prosecutor v. Katanga*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07, 26 September 2008, para. 394 (ниже – *Katanga 2008*); *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, Judgment, Trial Chamber I, Case No. IT-02-60-T, 17 January 2005, paras. 545–46; *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Judgment, Appeals Chamber, Case No. IT-95-14/2-A, 17 December 2004, para. 94 (ниже – *Kordić 2004*).

<sup>127</sup> *Bemba 2009*, сноска 125 выше, пункт 83; *Kayishema 1999*, сноска 122 выше, пункт 123; *Akayesu 1998*, сноска 120 выше, пункт 580; *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 59, статья 18 (об использовании выражения «в широких масштабах» вместо термина «массовые масштабы»); см. также *Mrkšić 2007*, сноска 122 выше, пункт 437 («слово "широкомасштабный" применительно к нападению обозначает большие масштабы и большое число жертв»). В *Prosecutor v. Ntaganda*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/04-02/06, 9 June 2014, para. 24 (ниже – *Ntaganda 2014*) Палата заключила, что нападение на гражданское население было широкомасштабным, «поскольку оно привело к большому числу гражданских жертв».

<sup>128</sup> См. *Prosecutor v. Ntaganda*, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/04-02/06, 13 July 2012, para. 19 (ниже – *Ntaganda 2012*); *Prosecutor v. Harun*, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/07, 27 April 2007, para. 62 (ниже – *Harun 2007*); см. также *Prosecutor v. Rutaganda*, Judgment, Trial Chamber I, Case No. ICTR-96-3-T, 6 December 1999, paras. 67–69; *Kayishema 1999*, сноска 122 выше, пункты 122–123; *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 59; *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 120.

<sup>129</sup> *Kupreškić 2000*, сноска 97 выше, at para. 550; *Tadić 1997*, сноска 121 выше, at para. 649.

кого-либо конкретного численного предела количества жертв, который должен быть достигнут для того, чтобы нападение считалось «широкомасштабным».

13) Термин «широкомасштабный» может также иметь географический аспект, когда нападение происходит в разных местах<sup>130</sup>. Таким образом, в деле *Vemba* Палата предварительного производства МУС пришла к выводу, что имеются достаточные доказательства, позволяющие установить, что нападение было «широкомасштабным», исходя из сообщений о нападениях в разных местах обширного географического района, включая доказательства тысяч изнасилований, массовых захоронений и большого числа жертв<sup>131</sup>. При этом не имеется требования обширного географического района: МУТЮ пришел к выводу, что нападение может иметь место в небольшом географическом районе против большого числа гражданских лиц<sup>132</sup>.

14) В своем решении *о санкциях на расследование в Кении 2010 года* Палата предварительного производства МУС отметила, что «оценка не является ни исключительно количественной, ни географической, а должна осуществляться на основе индивидуальных фактов»<sup>133</sup>. Нападение может быть широкомасштабным в силу кумулятивного воздействия множественных бесчеловечных деяний или результатом одного бесчеловечного деяния в больших масштабах<sup>134</sup>.

15) Как и термин «широкомасштабный», термин «систематический» исключает изолированные или несвязанные акты насилия<sup>135</sup>, и юриспруденция МУТЮ, МУТР и МУС отражает сходное понимание смысла этого термина. МУТЮ определяет «систематический» как «организованный характер актов насилия и маловероятность их случайного возникновения»<sup>136</sup> и пришел к выводу, что повторяющиеся признаки или методический план позволяют считать, что нападение было систематическим<sup>137</sup>. Таким образом, в деле *Кунарача* Апелляционная камера подтвердила, что «повторяющиеся черты преступлений – т.е. неслучайное повторение сходного преступного поведения на регулярной основе – служат сходным выражением такого систематического возникновения»<sup>138</sup>. МУТР избрал сходный подход<sup>139</sup>.

16) В соответствии с юриспруденцией МУТЮ и МУТР Палата предварительного производства МУС в деле *Harun* пришла к выводу, что «"систематический" означает "организованный характер актов насилия и невероятность их случайного возникновения"»<sup>140</sup>. В деле *Katanga* Палата предварительного производства

<sup>130</sup> См., например, *Ntaganda 2012*, сноска 128 выше, at para. 30; *Prosecutor v. Ruto*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, para. 177 (ниже – *Ruto 2012*).

<sup>131</sup> *Vemba 2009*, сноска 125 выше, at paras. 117–24.

<sup>132</sup> *Kordić 2004*, сноска 126 выше, at para. 94; *Blaškić 2000*, сноска 121 выше, at para. 206.

<sup>133</sup> *Kenya Authorization Decision 2010*, сноска 125 выше, at paras. 95–96.

<sup>134</sup> *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 58–59. См. также *Vemba 2009*, сноска 125 выше, at para. 83 (где сделан тот вывод, что широкомасштабное нападение «совершенно в пределах обширного географического района или нападения в небольшом географическом районе против большого числа гражданских лиц»).

<sup>135</sup> См. *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 58–59; *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 120.

<sup>136</sup> *Mrkšić 2007*, сноска 122 выше, at para. 437; *Kunarac 2001*, сноска 126 выше, at para. 429.

<sup>137</sup> См., например, *Tadić 1997*, сноска 121 выше, at para. 648.

<sup>138</sup> *Prosecutor v. Kunarac, Judgment, Appeals Chamber*, Case No. IT-96-23/1-A, 12 June 2002, para. 94 (ниже – *Kunarac 2002*).

<sup>139</sup> *Kayishema 1999*, сноска 122 выше, at para. 123; *Akayesu 1998*, сноска 120 выше, at para. 580.

<sup>140</sup> *Harun 2007*, сноска 128 выше, at para. 62 (где цитируется *Kordić 2004*, сноска 128 выше, at para. 94, где в свою очередь цитируется *Kunarac 2001*, сноска 126 выше, at para. 429); см. также *Ruto 2012*, сноска 130 выше, at para. 179; *Kenya Authorization Decision 2010*, сноска 125 выше, at para. 96; *Katanga 2008*, сноска 126 выше, at para. 394.



МУС пришла к выводу, что этот термин «понимается либо как организованный план осуществления общей политики, который характеризуется регулярной системой и приводит к неоднократному совершению актов, либо как "характерные черты преступлений", например то, что преступление представляет собой "неслучайное повторение сходного преступного поведения на регулярной основе"<sup>141</sup>. Применяя этот стандарт, Палата предварительного производства МУС в деле *Ntaganda* пришла к заключению, что нападение было систематическим, поскольку «при его совершении были использованы сходные средства и методы нападения в разных местах: нападавшие приближались к объектам одновременно, массой и с разных направлений, нападали на деревни с использованием тяжелого оружия и систематически преследовали жителей с использованием аналогичных методов, обыскивая дом за домом и кустарниковые заросли, сжигая все строения и мародерствуя»<sup>142</sup>. Кроме того, в решении о подтверждении обвинения в деле *Ntaganda* Палата предварительного производства пришла к выводу, что нападение было систематическим, поскольку оно характеризовалось «регулярно повторяющимися признаками» с «повторяющимся *modus operandi*, включая создание пропускных пунктов на дорогах, установку мин и координированное осуществление незаконных актов... для нападения на гражданское население помимо хема»<sup>143</sup>. В деле *Gbagbo* Палата предварительного производства МУС пришла к выводу, что нападение было систематическим, поскольку «подготовка к нападению была проведена заблаговременно» и нападение было запланировано и координировалось с актами насилия, вскрывающими «явные повторяющиеся признаки»<sup>144</sup>.

«На любых гражданских лиц»

17) Второе общее требование заключается в том, что деяние должно быть совершено в рамках нападения «на любых гражданских лиц». В подпункте а) пункта 2 проекта статьи 3 дается определение «нападения на любых гражданских лиц» для целей пункта 1 как «устойчивое поведение, связанное с многократным совершением деяний, указанных в пункте 1, против любых гражданских лиц, предполагаемых в целях проведения политики государства или организации, направленной на совершение такого нападения»<sup>145</sup>. Как показано ниже, юриспруденция МУТЮ, МУТР и МУС выводит смысл каждого из этих терминов: «направленное против», «любого», «гражданского», «населения», «в ходе поведения, связанного с множественным совершением актов» и «политика государства или организации».

18) МУТЮ пришел к выводу, что выражение «направленное против» требует, чтобы гражданские лица были главной избранной целью нападения, а не случайными жертвами<sup>146</sup>. Палата предварительного производства МУС впоследствии приняла это толкование в деле *Vemba* и в решении о санкциях на расследование в Кении 2010 года<sup>147</sup>. Судебная палата МУС приняла то же толкование в решении

<sup>141</sup> *Katanga 2008*, сноска 126 выше, at para. 397.

<sup>142</sup> *Ntaganda 2012*, сноска 128 выше, at para. 31; см. также *Ruto 2012*, сноска 130 выше, at para. 179.

<sup>143</sup> *Ntaganda 2014*, сноска 127 выше, para. 24.

<sup>144</sup> *Prosecutor v. Gbagbo*, Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/11-01/11, 12 June 2014, para. 225 (ниже – *Gbagbo 2014*).

<sup>145</sup> Римский статут, сноска 84 выше; см. также International Criminal Court, *Elements of Crimes*, document PCNICC/2000/1/Add.2, p. 5 (ниже – ICC, *Elements of Crimes*).

<sup>146</sup> См., например, *Kunarac 2001*, сноска 126 выше, at para. 421 («Выражение "направленное против" указывает, что в контексте преступления против человечности гражданское население является главным объектом нападения»).

<sup>147</sup> *Kenya Authorization Decision 2010*, сноска 125 выше, at para. 82; *Vemba 2009*, сноска 125 выше, at para. 76.

по делу *Katanga*<sup>148</sup>. В деле *Bemba* Палата предварительного производства МУС пришла к заключению, что имеются достаточные свидетельства, демонстрирующие, что нападение было «направлено против» гражданских лиц в Центральноафриканской Республике<sup>149</sup>. Палата пришла к заключению, что солдаты Движения за освобождение Конго (ниже – «ДОК») знали, что их жертвы были гражданскими лицами ввиду прямых свидетельств того, что гражданские лица подвергались нападениям в своих домах или у себя во дворе<sup>150</sup>. Палата далее пришла к заключению, что солдаты ДОК выбирали своей целью *главным образом* гражданских лиц, о чем свидетельствует нападение в одном месте, где солдаты ДОК не нашли каких-либо войск повстанцев, которых по их утверждениям они преследовали<sup>151</sup>. Термин «направленный» делает акцент на намерении совершить нападение, нежели на физическом результате нападения<sup>152</sup>. «Направлено против» избранного в качестве цели населения должно быть нападение, а не акт, совершенный отдельным лицом<sup>153</sup>.

19) Слово «любого» указывает, что «гражданское население» должно получить широкое определение и толковаться в общем смысле<sup>154</sup>. Нападение может быть совершено против любых гражданских лиц «вне зависимости от их гражданства, этнической принадлежности или любых других отличительных особенностей»<sup>155</sup> и может быть совершено против либо граждан, либо иностранцев<sup>156</sup>. Подвергшиеся нападению могут «включать группу, определяемую по ее (внешне оцениваемой) политической принадлежности»<sup>157</sup>. Для того чтобы они считались «гражданским населением» в период вооруженного конфликта, объекты нападения должны быть «преимущественно» гражданскими по характеру; присутствие определенного числа комбатантов среди населения не меняет его характера<sup>158</sup>. Такой подход соответствует другим нормам, вытекающим из международного гуманитарного права. Например, Дополнительный протокол I к Женевским конвенциям гласит: «Присутствие среди гражданского населения отдельных лиц, не

<sup>148</sup> *Katanga 2014*, сноска 126 выше, para. 1104.

<sup>149</sup> *Bemba 2009*, сноска 125 выше, at para. 94; см. также *Ntaganda 2012*, сноска 128 выше, at paras. 20–21.

<sup>150</sup> *Bemba 2009*, сноска 125 выше, at para. 94.

<sup>151</sup> *Ibid.*, paras. 95–98.

<sup>152</sup> См., например, *Blaškić 2000*, сноска 121 выше, at para. 208, n. 401.

<sup>153</sup> *Kunarac 2002*, сноска 138 выше, at para. 103.

<sup>154</sup> См., например, *Mrkšić 2007*, сноска 122 выше, at para. 442; *Kupreškić 2000*, сноска 97 выше, at para. 547 («Широкое определение "гражданского" "населения" взято намеренно. Оно требуется прежде всего в силу предмета и цели общих принципов и норм гуманитарного права, в частности норм, запрещающих преступление против человечности»); *Kayishema 1999*, сноска 122 выше, at para. 127; *Tadić 1997*, сноска 121 выше, at para. 643.

<sup>155</sup> *Katanga 2008*, сноска 126 выше, at para. 399 (цитируется *Tadić 1997*, сноска 121 выше, at para. 635); см. также *Katanga 2014*, сноска 126 выше, at para. 1103.

<sup>156</sup> См., например, *Kunarac 2001*, сноска 126 выше, at para. 423.

<sup>157</sup> *Ruto 2012*, сноска 130 выше, at para. 164.

<sup>158</sup> См., например, *Katanga 2014*, сноска 126 выше, at para. 1105 (мнение о том, что ставшее объектом население «должно состоять главным образом из гражданских лиц» и что «присутствие среди него негражданских лиц не имеет, следовательно, каких-либо последствий для его статуса гражданского населения»); *Mrkšić 2007*, сноска 122 выше, at para. 442; *Kunarac 2001*, сноска 126 выше, at para. 425 («присутствие некоторых негражданских лиц в их числе не меняет характера населения»); *Kordić 2001*, сноска 105 выше, at para. 180; *Blaškić 2000*, сноска 121 выше, at para. 214 («присутствие солдат среди умышленно выбранного в качестве объекта гражданского населения не меняет гражданского характера этого населения»); *Kupreškić 2000*, сноска 97 выше, at para. 549 («присутствие активных участников конфликта не должно исключать того, чтобы население считалось гражданским»); *Kayishema 1999*, сноска 122 выше, at para. 128; *Akayesu 1998*, сноска 120 выше, at para. 582 («Там, где среди гражданского населения имеются некоторые отдельные лица, не подпадающие под определение гражданских лиц, это не лишает население его характера гражданского населения»); *Tadić 1997*, сноска 121 выше, at para. 638.

подпадающих под определение гражданских лиц, не лишает это население его гражданского характера»<sup>159</sup>. В деле *Kayishema* Судебная камера МУТР заключила, что в мирное время «гражданскими» считаются все лица, за исключением тех лиц, которые обязаны поддерживать общественный порядок и имеют законные средства применять для этого силу во время нападения на них<sup>160</sup>. Статус любой данной жертвы должен оцениваться в момент совершения преступлений<sup>161</sup>; лицо следует считать гражданским, если имеются какие-либо сомнения в отношении его статуса<sup>162</sup>.

20) «Население» не означает, что нападению должно подвергаться все население в данном географическом месте<sup>163</sup>. Этот термин, скорее, предполагает коллективный характер преступления как нападения на многих жертв<sup>164</sup>. Как отметила Судебная камера МУТЮ в деле *Gotovina*, эта концепция означает, что нападение совершено на более чем «ограниченное и произвольно выбранное число лиц»<sup>165</sup>. Решения МУС в делах *Bemba* и в решении *о санкциях на расследование в Кении 2010 года* следуют сходному подходу, признав, что Прокурор должен установить, что нападение было совершено против более чем лишь ограниченной группы лиц<sup>166</sup>.

21) Первая часть подпункта а) пункта 2 статьи 3 содержит формулировку «устойчивое поведение, связанное с многократным совершением деяний, указанных в пункте 1, против любых гражданских лиц». Хотя никакой подобной формулировки не содержалось в определении преступления против человечности в уставах МУТЮ и МУТР, эта формулировка отражает юриспруденцию обоих этих трибуналов<sup>167</sup> и была прямо включена в подпункт а) пункта 2 статьи 7 Рим-

<sup>159</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), art. 50(3), done at Geneva on 8 June 1977, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, p. 3.

<sup>160</sup> *Kayishema 1999*, сноска 122 выше, at para. 127 (где говорится о «всех лицах, за исключением тех, которые несут обязанность поддерживать общественный порядок и имеют законные средства применения силы. Негражданское население будет включать, например, личный состав ВСП, членов РПФ и сотрудников полиции и национальной жандармерии»).

<sup>161</sup> *Blaškić 2000*, сноска 121 выше, at para. 214 («При определении принадлежности гражданским лицам необходимо принимать во внимание конкретное положение жертвы в момент совершения преступлений, а не ее статус»); см. также *Kordić 2001*, сноска 105 выше, at para. 180 («Лица, которые в один момент времени совершали акты сопротивления, в других обстоятельствах могут быть жертвами преступления против человечности»); *Akayesu 1998*, сноска 120 выше, at para. 582 (вывод о том, что гражданское население включает «военнослужащих вооруженных сил, сложивших оружие, и лиц, выведенных hors de combat»).

<sup>162</sup> *Kunarac 2001*, сноска 126 выше, at para. 426.

<sup>163</sup> См. *Kenya Authorization Decision 2010*, сноска 125 выше, at para. 82; *Bemba 2009*, сноска 125 выше, at para. 77; *Kunarac 2001*, сноска 126 выше, at para. 424; *Tadić 1997*, сноска 121 выше, at para. 644; см. также *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 42 (где преступления против человечности определяются как «бесчеловечные деяния крайне тяжелого характера, включающие широко распространенные или систематические нарушения, направленные против гражданского населения в целом или какой-либо его части») (курсив наш).

<sup>164</sup> См. *Tadić 1997*, сноска 121 выше, at para. 644.

<sup>165</sup> *Prosecutor v. Gotovina*, Judgment, Trial Chamber I, Case No. IT-06-90-T, 15 April 2011, para. 1704.

<sup>166</sup> *Kenya Authorization Decision 2010*, сноска 125 выше, at para. 81; *Bemba 2009*, сноска 125 выше, at para. 77.

<sup>167</sup> См., например, *Kunarac 2001*, сноска 126 выше, at para. 415 (где нападение определяется как «линия поведения, связанная с совершением актов насилия»); *Kayishema 1999*, сноска 122 выше, at para. 122 (где нападение определяется как «событие, часть которого должны образовывать перечисленные преступления»); *Akayesu 1998*, сноска 120 выше, at para. 581 («Концепция нападения может быть определена как незаконный акт наподобие актов, перечисленных в [Уставе]. Нападение по своему характеру может также не быть сопряжено



ского статута. В «элементах преступлений» в Римском статуте предусмотрено, что «акты», упомянутые в подпункте а) пункта 2 статьи 7, «не обязательно должны представлять собой военное нападение»<sup>168</sup>. Судебная камера в деле *Katanga* признала, что «нападение не обязательно должно иметь военный характер и может быть сопряжено с любой формой насилия в отношении гражданского населения»<sup>169</sup>.

22) Во второй части подпункта а) пункта 2 проекта статьи 3 устанавливается, что нападение должно быть предпринято «в целях проведения политики государства или организации, направленной на совершение такого нападения или в целях содействия такой политике». Требование наличия элемента «политики» не фигурировало в качестве части определения преступления против человечности в уставах международных судов и трибуналов до принятия Римского статута<sup>170</sup>. Хотя уставы МУТЮ и МУТР не содержат требования, связанного с политикой, в своем определении преступления против человечности<sup>171</sup>, некоторая ранняя юриспруденция требовала его<sup>172</sup>. Так, в деле *Тадича* Судебная камера дала важное рассмотрение элемента политики на раннем этапе деятельности МУТЮ, которое впоследствии повлияло на разработку Римского статута. Судебная камера заключила следующее:

«причины, по которым преступления против человечности настолько уязвляют сознание человечества и требуют вмешательства международного сообщества, заключаются в том, что это – не изолированные случайные акты отдельных лиц, а, наоборот, результат целенаправленной попытки нападения на гражданское население. Традиционно это требование понимается в том смысле, что должна наличествовать в той или иной форме политика совершения таких актов... Важно, однако, что такая политика необязательно должна быть формализована и может быть выведена из того, каким образом совершаются такие акты»<sup>173</sup>.

Далее Судебная камера отметила, что в силу элемента политики такие преступления «не могут быть результатом действий одних изолированных индивидов»<sup>174</sup>. Однако в дальнейшем в юриспруденции МУТЮ элемент политики занимал под-

---

с насилием, например, введение системы апартеида... или осуществление давления на население, с тем чтобы оно действовало определенным образом...»).

<sup>168</sup> См. ICC, *Elements of Crimes*, сноска 145 выше, at p. 5.

<sup>169</sup> *Katanga 2014*, сноска 126 выше, at para. 1101.

<sup>170</sup> Пункт с) статьи 6 Нюрнбергского устава не содержит прямого упоминания плана или политики. Однако Нюрнбергский приговор содержит определение термина «политический» в подпункте с) статьи 6 в контексте концепции «нападения» в целом. См. *Judgment of 30 September 1946*, сноска 86 выше, at p. 493 («Политика террора, несомненно, проводилась в широких масштабах, и во многих случаях она была организованной и систематической. До войны 1939 года в Германии самым безжалостным образом проводилась политика преследования, подавления и убийства всех лиц из числа гражданского населения, о которых можно было предположить, что они настроены враждебно по отношению к правительству»). Подпункт с) пункта 1 статьи II закона Контрольного совета № 10 также содержит упоминание плана или политики в своем определении преступлений против человечности.

<sup>171</sup> Апелляционная камера МУТЮ постановила, что международное обычное право не предусматривает элемент политики применительно к преступлениям против человечности, см. *Kunarac 2002*, сноска 138 выше, at para. 98 («Ничто во внутригосударственном праве или в обычном международном праве в период совершения расследуемых актов не требовало доказательства существования плана или политики совершения этих преступлений»). Хотя эта позиция критиковалась в трудах юристов.

<sup>172</sup> *Tadić 1997*, сноска 121 выше, at paras. 644, 653–655 and 626.

<sup>173</sup> *Ibid.*, para. 653.

<sup>174</sup> *Ibid.*, para. 655 (цитируется *Prosecutor v. Nikolić, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Trial Chamber, Case No. IT-94-2-R61, 20 October 1995, para. 26*).

чиненное место, рассматриваясь как достаточный лишь для доказывания существования широкомасштабного или систематического нападения<sup>175</sup>.

23) До Римского статута в работе КМП над своими проектами кодексов обычно требовался элемент «политики». В Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, подготовленном Комиссией в 1954 году, преступления против человечности определялись следующим образом: «бесчеловечные акты, как-то: убийства, истребление, порабощение, высылка или преследования, совершаемые в отношении любого гражданского населения по политическим, расовым, религиозным или "культурным" мотивам *властями какого-либо государства или частными лицами, действующими по подстрекательству или при попустительстве этих властей*»<sup>176</sup>. Комиссия решила включить требование подстрекательства или попустительства со стороны государства, чтобы исключить бесчеловечные акты, совершенные частными лицами самостоятельно без какого-либо участия государства<sup>177</sup>. В то же время определение преступлений против человечности, включенное в Проект кодекса 1954 года, не содержит какого-либо требования масштабов («широкомасштабности») или систематичности.

24) Проект кодекса преступлений против мер и безопасности человечества Комиссии 1996 года также признает требование «политики», определяющее преступление против человечности как «любое из следующих деяний, когда они совершаются в систематическом порядке или в широких масштабах и *инспируются или направляются правительствам или любой организацией или группой*»<sup>178</sup>. Комиссия включила это требование для того, чтобы исключить бесчеловечные акты, совершенные лицом, «действующим по своей инициативе и согласно своему преступному плану в отсутствие какого-либо поощрения или руководства как со стороны правительства, так и со стороны группы или организации»<sup>179</sup>. Иными словами, элемент «политики» призван исключить «обычные преступления» лиц, действующих по своей инициативе, без какой-либо связи с государством или организацией.

25) В подпункте а) пункта 2 проекта статьи 3 содержится тот же элемент «политики», который предусмотрен в подпункте а) пункта 2 статьи 7 Римского статута. В «элементах преступлений» в Римском статуте предусматривается, что «политика по совершению такого нападения» требует, чтобы «государство или организация активно поощряли или способствовали такому нападению против гражданского населения»<sup>180</sup>, и что «политика может в исключительных обстоятельствах дополняться умышленным принятием мер, которое сознательно направлено на поощрение такого нападения»<sup>181</sup>.

<sup>175</sup> См., например, *Kunarac 2002*, сноска 138 выше, at para. 98; *Kordić 2001*, сноска 105 выше, at para. 182 (где сделан тот вывод, что «существование плана или политики следует, скорее, рассматривать как указание на систематический характер преступлений, квалифицируемых в обвинении как преступление против человечности»); *Kayishema 1999*, сноска 122 выше, at para. 124 («Для того чтобы акт массовой виктимизации был преступлением против человечности, он должен содержать элемент политики. Любое из требований широкомасштабности или систематичности достаточно для исключения актов, не совершенных в рамках более широкой политики или более широкого плана»); *Akayesu 1998*, сноска 120 выше, at para. 580.

<sup>176</sup> *Yearbook... 1954*, vol. II, p. 150 (курсив наш).

<sup>177</sup> *Ibid.*

<sup>178</sup> *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 58–59 (курсив наш).

<sup>179</sup> Там же. Поясняя включение ею требования «политики», Комиссия отметила: «действуя в одиночку, было бы крайне сложно совершить бесчеловечные деяния, предусмотренные в статье 18».

<sup>180</sup> ICC, *Elements of Crimes*, сноска 145 выше, at p. 5.

<sup>181</sup> *Ibid.* Другие прецеденты также подчеркивают, что умышленное принятие мер может соответствовать критерию элемента «политики». См. *Kupreškić 2000*, сноска 97 выше,

26) Такой элемент «политики» был рассмотрен в нескольких делах МУС<sup>182</sup>. В деле *Katanga 2014* Судебная палата МУС подчеркнула, что требование «политики» не синонимично требованию «систематичности», поскольку это противоречило бы дизъюнктивному требованию «широкомасштабности» или «систематичности» нападения в статье 7<sup>183</sup>. Скорее, хотя «систематичность» требует высокого уровня организации и типа поведения или повторяющегося насилия<sup>184</sup>, для «установления» «политики» необходимо продемонстрировать только то, что государство или организация имели в виду совершить нападение против гражданского населения. Анализ систематического характера нападения выходит поэтому за рамки наличия любой политики, ставящей цель ликвидации, преследования или гонений в отношении конкретной общины<sup>185</sup>. Кроме того, требование «политики» не требует наличия официальных концепций или заранее разработанных планов, может быть результатом действий или бездействия и может быть выведено из обстоятельств<sup>186</sup>. Судебная камера пришла к выводу, что политика не должна быть официально принята или одобрена заблаговременно до нападений, может быть выведена из повторения актов, из подготовительной деятельности или из коллективной мобилизации<sup>187</sup>. Кроме того, политика необязательно должна быть конкретной или точной и может меняться с течением времени в зависимости от развития ситуации<sup>188</sup>.

27) Аналогичным образом в своем решении, подтверждающем обвинение Лорена Гбагбо, Палата предварительного производства МУС пришла к выводу, что «политика» не должна смешиваться с «систематичностью»<sup>189</sup>. Конкретно, Судебная палата заявила, что «доказательства планирования, организации или руководства со стороны государства или организации могут иметь отношение к делу для доказательства как политического и систематического характера нападения, хотя обе концепции не должны смешиваться, поскольку они служат разным целям и предполагают разные пороговые уровни согласно положениям пункта 1 и подпункта а) пункта 2 статьи 7 Статута»<sup>190</sup>. Элемент «политики» требует того, чтобы акты были «связаны»<sup>191</sup> и он исключает «спонтанные или изолированные акты насилия»; при этом политика необязательно должна быть официально принята<sup>192</sup> и не требуется доказательства конкретного обоснования или мотива<sup>193</sup>. В деле *Bemba* Палата предварительного производства МУС пришла к выводу, что нападение было совершено в соответствии с политикой организации, исходя из доказательств, позволивших установить, что силы ДОК «осуществили нападение, совершенное по одной схеме»<sup>194</sup>.

---

at paras. 554–55 («утверждение», «попустительство», «прямое или косвенное одобрение»); *Yearbook... 1954*, vol. II, p. 150 (art. 2(11)) (“toleration”); Совет Безопасности, Доклад Комиссии экспертов, созданной во исполнение резолюции 780 (1992) Совета Безопасности, документ S/1994/674, пункт 85.

<sup>182</sup> См., например, *Ntaganda 2012*, сноска 128 выше, at para. 24; *Bemba 2009*, сноска 125 выше, at para. 81; *Katanga 2008*, сноска 126 выше, at para. 396.

<sup>183</sup> *Katanga 2014*, сноска 126 выше, at para. 1112; см. также *ibid.*, para. 1101; *Gbagbo 2014*, сноска 144 выше, at para. 208.

<sup>184</sup> *Katanga 2014*, сноска 126 выше, at paras 1111–13.

<sup>185</sup> *Ibid.*, para. 1113.

<sup>186</sup> *Ibid.*, paras. 1108–1109 and 1113.

<sup>187</sup> *Ibid.*, para. 1109; см. также *Gbagbo 2014*, сноска 144 выше, at paras. 211–212, 215.

<sup>188</sup> *Katanga 2014*, сноска 126 выше, at para. 1110.

<sup>189</sup> *Gbagbo 2014*, сноска 144 выше, at paras. 208 and 216.

<sup>190</sup> *Ibid.*, para. 216.

<sup>191</sup> *Ibid.*, para. 217.

<sup>192</sup> *Ibid.*, para. 215.

<sup>193</sup> *Ibid.*, para. 214 (сноски опущены).

<sup>194</sup> *Bemba 2009*, сноска 125 выше, at para. 115.

28) Вторая часть подпункта а) пункта 2 статьи 3 говорит о политике «государства» или «организации», направленной на совершение такого нападения, как и подпункт а) пункта 2 статьи 7 Римского статута. В своем *решении о санкциях на расследование в Кении 2010 года* Палата предварительного производства МУС указала, что смысл слова «государство» в подпункте а) пункта 2 статьи 7 «самоочевиден»<sup>195</sup>. Палата далее отметила, что политика, проводимая региональными или местными органами государства, может соответствовать критерию политики государства<sup>196</sup>.

29) Юриспруденция МУС указывает на то, что термин «организация» включает любую организацию или группу, имеющую возможности и ресурсы для планирования и осуществления широкомасштабного или систематического нападения. Например, в деле *Катанги* Палата предварительного производства заявила: «Такого рода политика может проводиться либо группами лиц, руководящих конкретной территорией, либо организациями, имеющими возможности совершать широкомасштабные или систематические нападения на гражданское население»<sup>197</sup>. В деле *Катанги* Судебная палата МУС пришла к выводу, что организация должна иметь «достаточные ресурсы, средства и возможности для реализации линии действий или операций, связанных с неоднократным совершением актов... ряд структур и механизмов, какими бы те ни были, которые достаточно эффективны для обеспечения координации, необходимой для осуществления нападения, направленного против гражданского населения»<sup>198</sup>.

30) В *решении о санкциях на расследование в Кении 2010 года* большинством голосов Палата предварительного производства МУС отвергла ту идею, что «только аналогичные государству организации могут считаться» организациями для целей подпункта а) пункта 2 статьи 7, и далее указала, что «формальный характер группы и уровень ее организации не должны быть определяющим критерием. Вместо этого... необходимо проводить различие, исходя из того, имеет ли группа возможность осуществлять акты, нарушающие элементарные человеческие ценности»<sup>199</sup>. В 2012 году Палата предварительного производства МУС в деле *Руто* заявила, что при определении того, можно ли считать данную группу «организацией» согласно статье 7 Римского статута:

<sup>195</sup> *Kenya Authorization Decision 2010*, сноска 125 выше, at para. 89.

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> *Katanga 2008*, сноска 126 выше, at para. 396 (ссылаясь на прецедентное право МУТЮ и МУТР, а также принятый Комиссией в 1991 году Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 103); см. также *Vemba 2009*, сноска 125 выше, at para. 81.

<sup>198</sup> *Katanga 2014*, сноска 126 выше, at para. 1119.

<sup>199</sup> *Kenya Authorization Decision 2010*, сноска 125 выше, at para. 90. Это понимание сходным образом было принято Судебной палатой в деле *Катанги*, когда Палата заявила «то, что нападение должно далее характеризоваться как широкомасштабное или систематическое, не означает, однако, что организация, которая поощряет или поддерживает его, должна иметь такую структуру, которая обладает чертами государства». *Katanga 2014*, сноска 126 выше, at para. 1120. Судебная палата также пришла к выводу, что «"Общая практика признана в качестве права"... связана с преступлениями против человечности, совершенными государствами и организациями, которые конкретно не определены в качестве требующих наличия черт, присущих квазигосударству». *Ibid.*, para. 1121.

«Палата, возможно, примет во внимание ряд факторов, в частности: i) имеет ли группа ответственное командование или установившуюся иерархию; ii) обладает ли группа фактически средствами проведения широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население; iii) осуществляет ли группа контроль в отношении части территории государства; iv) является ли преступная деятельность группы в отношении гражданского населения ее главной целью; v) выражено ли группой, прямо или косвенно, намерение совершить нападение на гражданское население; vi) является ли группа частью более крупной группы, отвечающей некоторым или всем из указанных выше критериев»<sup>200</sup>.

31) Как следствие «политики», потенциально исходящей от негосударственной организации, определение, установленное в пунктах 1–3 статьи 3, не требует того, чтобы преступник был государственным должностным лицом или агентом государства. Такой подход соответствует развитию понятия преступления против человечности в международном праве. Комментируя в 1991 году проект положения о преступлениях против человечности, который впоследствии стал Проектом кодекса преступлений 1996 года, Комиссия указала, что «в проекте статьи возможные исполнители предусмотренных в нем преступлений не сводятся исключительно к агентам или представителям государства» и что эта статья «не исключает того, что и обычные лица в силу реальной власти или организованные в банды или преступные группы также могут осуществлять систематические или массовые нарушения прав человека, о которых идет речь в настоящей статье; в таком случае их деяния подпадают под действие проекта кодекса»<sup>201</sup>. Как об этом было сказано выше, проект Кодекса 1996 года добавил то требование, что для того, чтобы бесчеловечные деяния считались преступлениями против человечности, они должны «инспирироваться или направляться правительством или любой организацией или группой»<sup>202</sup>. В своем комментарии к этому требованию Комиссия отметила: «Если же деяние инспирируется или направляется правительством или любой организацией или группой, которая может быть связана с правительством или не связана с ним, то это обуславливает его огромные масштабы и делает его преступлением против человечности, вменяемым в вину частным лицам или представителям государства»<sup>203</sup>.

32) Юриспруденция МУТЮ допускает возможность привлечения негосударственных акторов к ответственности за преступления против человечности. Например, Судебная камера МУТЮ в деле *Тадича* заявила, что «право, касающееся преступлений против человечности, развилось таким образом, что оно учитывает те силы, которые, хотя и не являются силами законного правительства, обладают де-факто контролем в отношении определенной территории или могут беспрепятственно передвигаться в ее пределах»<sup>204</sup>. С этим выводом перекликается дело *Лимая*, в котором Судебная камера признала обвиняемых членов Освобо-

<sup>200</sup> *Ruto 2012*, сноска 130 выше, at para. 185; см. также *Kenya Authorization Decision 2010*, сноска 125 выше, at para. 93; *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire", Pre-Trial Chamber III, ICC-02/11, 15 November 2011, paras. 45–46.

<sup>201</sup> *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 120.

<sup>202</sup> *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 59 (статья 18) (курсив наш).

<sup>203</sup> Там же.

<sup>204</sup> *Tadić 1997*, сноска 121 выше, at para. 654. Более подробный разбор негосударственных исполнителей преступлений см. *ibid.*, para. 655.

дательной армии Косово подлежащими привлечению к ответственности за преступления против человечности<sup>205</sup>.

33) В деле *Нтаганды* МУС были подтверждены обвинения в отношении обвиняемого, связанного с двумя военизированными группами, *Union des Patriotes Congolais* и *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* в Демократической Республике Конго<sup>206</sup>. Аналогичным образом в деле *Калликсты Мбарушиманы* обвинитель поддержал обвинения, предъявленные обвиняемому, связанному с *Forces Démocratiques pour la Libération du Rwanda*, которая в соответствии с ее уставом характеризовалась как «вооруженная группа, ставящая задачу "гесконquéir et défendre la souveraineté nationale" Руанды»<sup>207</sup>. В деле против Джозефа Кони, связанном с положением в Уганде, обвиняемый подозревался в связи с Армией сопротивления Господа, «вооруженной группой, осуществляющей повстанческую деятельность против правительства Уганды и угандийской армии»<sup>208</sup>, которая «имеет иерархию военного типа и действует как армия»<sup>209</sup>. По поводу ситуации в Кении Судебная палата подтвердила обвинение в преступлениях против человечности, предъявленных обвиняемым в силу их связи с «сетью» исполнителей, «включающей видных политических представителей [Партии оранжевого демократического движения (ОДД)], представителей средств массовой информации, бывших сотрудников кенийской полиции и военнослужащих кенийской армии, старейшин календжин и местных лидеров»<sup>210</sup>. Аналогичным образом обвинения были подтверждены в отношении других обвиняемых, связанных с «координированными нападениями, которые были совершены монгики и молодежным крылом Партии национального единства ("ПНЕ") в различных районах Макуру и Наиваши», которые были «совершены против лиц, считавшихся сторонниками [ОДД] с использованием ряда средств выявления, таких как списки, внешние черты, проверки на дорогах и язык»<sup>211</sup>.

*«Если такое нападение совершается сознательно»*

34) Третье общее требование – «такое нападение совершается сознательно». В своей юриспруденции МУТЮ и МУТР пришли к тому выводу, что исполнитель должен знать о том, что совершается нападение на гражданское население, а также что его акт составляет часть этого нападения<sup>212</sup>. Такой двухсоставный подход отражен в «Элементах преступлений» в Римском статуте, который применительно к каждому из запрещенных актов требует в качестве последнего элемента данного акта наличия следующего: «Исполнитель знал, что его поведение составляло часть, или предполагал, что его поведение является частью широко-масштабного или систематического нападения на гражданское население». Даже при этом:

<sup>205</sup> *Prosecutor v. Limaj et al.*, Judgment, Trial Chamber, Case No. IT-03-66-T, 30 November 2005, paras. 212–213.

<sup>206</sup> *Ntaganda 2012*, сноска 128 выше, at para. 22.

<sup>207</sup> *Prosecutor v. Mbarushimana*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/10, 16 December 2011, para. 2.

<sup>208</sup> *Situation in Uganda*, Warrant of Arrest for Joseph Kony Issued on 8 July 2005 as Amended on 27 September 2005, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-01/05, 27 September 2005, para. 5.

<sup>209</sup> *Ibid.*, para. 7.

<sup>210</sup> *Ruto 2012*, сноска 130 выше, at para. 182.

<sup>211</sup> *Prosecutor v. Muthaura et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-02/11, 23 January 2012, para. 102.

<sup>212</sup> См., например, *Kunarac 2001*, сноска 126 выше, at para. 418; *Kayishema 1999*, сноска 122 выше, at para. 133.



«последний элемент следует толковать как требующий доказательства того, что исполнитель знал о всех характеристиках нападения или точные сведения о плане или политике государства или организации. В случае возникающего широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население положение о намерении в последнем элементе указывает на то, что этот субъективный элемент наличествует, если исполнитель намеревался продолжить совершение такого нападения»<sup>213</sup>.

35) В своем решении, подтверждающем обвинение, предъявленное Лорану Гбагбо, Палата предварительного производства МУС пришла к выводу, что «необходимо лишь установить, что данное лицо знало о нападении в общем плане»<sup>214</sup>. Так, нет необходимости доказывать, что исполнитель знал конкретные подробности нападения<sup>215</sup>; наоборот, осведомленность исполнителей может быть выведена из косвенных улик<sup>216</sup>. Таким образом, сделав вывод в деле *Бембы*, что силы ДОК действовали, зная о нападении, Палата предварительного производства МУС признала, что осведомленность этих сил может быть «выведена из методов нападения, использованных ими», которые обнаруживали явную систему<sup>217</sup>. В деле *Катанги* Палата предварительного производства МУС заключила:

«знание о нападении и понимание исполнителем того, что его поведение является частью такого нападения, может быть выведено из косвенных улик, таких как положение обвиняемого в военной иерархии, выполнение им важной роли в более широких преступных действиях, его присутствие на месте преступления, его слова о превосходстве его группы над группой противника, а также из общего исторического и политического контекста, в котором имели место эти акты»<sup>218</sup>.

36) Кроме того, личный мотив участия исполнителя в нападении не имеет отношения к делу: исполнитель необязательно должен поддерживать цель или задачу более широкого нападения<sup>219</sup>. Согласно решению Апелляционной камеры МУТЮ в деле *Кунарача* свидетельство о том, что исполнитель совершил запрещенные деяния по личным мотивам, может максимум «указывать на опровержимое предположение о том, что ему не было известно, что его деяние является частью такого нападения»<sup>220</sup>. Что имеет отношение к делу для выполнения этого требования – это знание исполнителя о том, что его акт является частью нападения, или его намерение, чтобы его акт был частью нападения. Кроме того, этот элемент будет наличествовать в том случае, когда может быть доказано, что исходное преступление было совершено путем непосредственного использования более общего нападения, или в том случае, если совершение исходного преступ-

<sup>213</sup> ICC, *Elements of Crimes*, сноска 145 выше, at p. 5.

<sup>214</sup> *Gbagbo 2014*, сноска 144 выше, at para. 214.

<sup>215</sup> *Kunarac 2001*, сноска 126 выше, at para. 434 (вывод о том, что требование осведомленности «не предполагает осведомленности о деталях нападения»).

<sup>216</sup> См. *Blaškić 2000*, сноска 121 выше, at para. 259 (вывод о том, что осведомленность в более широком контексте нападения может быть выведена из ряда фактов, включая «характер совершенных преступлений и степень, в которой они считаются общеизвестными»); *Tadić 1997*, сноска 121 выше, at para. 657 («хотя таким образом необходима осведомленность, она изучается на объективном уровне и с фактической стороны может выводиться из обстоятельств»); см. также *Kayishema 1999*, сноска 122 выше, at para. 134 (вывод о том, что «фактическая или конструктивная осведомленность в более широком контексте нападения» достаточна).

<sup>217</sup> *Bemba 2009*, сноска 125 выше, at para. 126.

<sup>218</sup> *Katanga 2008*, сноска 126 выше, at para. 402.

<sup>219</sup> См., например, *Kunarac 2002*, сноска 138 выше, at para. 103; *Kupreškić 2000*, сноска 97 выше, at para. 558.

<sup>220</sup> *Kunarac 2002*, сноска 138 выше, at para. 103.

ления имело своим результатом продолжение более общего нападения<sup>221</sup>. Например, в деле *Кунарача* исполнители обвинялись в различных формах сексуального насилия, актах пыток, а также порабощении в отношении мусульманских женщин и девушек. Судебная камера МУТЮ пришла к заключению, что обвиняемые имели необходимую осведомленность, поскольку они не только знали о нападении на мусульманское гражданское население, но и продолжили это нападение, «прямо воспользовавшись создавшейся ситуацией», и «полностью присоединились к агрессии по этническим мотивам»<sup>222</sup>. Подобным образом Судебная палата МУС считала, что исполнитель должен знать, что его акт составляет часть широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население, однако мотив исполнителей иррелевантен для квалификации акта как преступления против человечности. Нет необходимости в том, чтобы исполнитель знал о всех моментах или подробностях нападения, равно как и нет необходимости для того, чтобы исполнитель поддерживал «преступные планы государства или организации»<sup>223</sup>.

#### *Исходные запрещенные деяния*

37) Как и в статье 7 Римского статута, в подпунктах а)–к) пункта 1 проекта статьи 3 перечисляются соответствующие запрещенные составляющие преступления против человечности. Эти запрещенные деяния также фигурируют в качестве части определения преступлений против человечности, содержащегося в статье 18 Проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссии 1996 года, несмотря на некоторые различия в формулировках. Лицо, совершившее одно из этих деяний, может совершить преступление против человечности; лицо не обязательно должно совершить несколько деяний, однако деяние данного лица должно быть «частью» широкомасштабного или систематического нападения, направленного против любого гражданского населения<sup>224</sup>. Для того чтобы это требование было удовлетворено, преступление не должно быть обязательно совершено в разгар нападения на гражданское население; преступление может быть частью нападения, если оно может быть достаточным образом связано с нападением<sup>225</sup>.

#### *Определения в определении*

38) Как отмечалось выше, в подпункте а) пункта 2 проекта статьи 3 для целей пункта 1 проекта статьи 3 определяется «нападение на любых гражданских лиц». Остальные подпункты б)–i) пункта 2 проекта статьи 3 определяют далее термины, фигурирующие в пункте 1, а именно: «истребление», «порабощение», «депортация или насильственное перемещение населения», «пытки», «принудительная беременность», «преследование», «преступление апартеида» и «насильственное исчезновение». Кроме того, в пункте 3 статьи 3 предусмотрено определение термина «гендер». Эти определения также фигурируют в статье 7 Римского статута, и Комиссия сочла их имеющими отношение к проекту статьи 3, где они были сохранены.

<sup>221</sup> См., например, *Kunarac 2001*, сноска 126 выше, at para. 592.

<sup>222</sup> *Ibid.*

<sup>223</sup> *Katanga 2014*, сноска 126 выше, at para. 1125.

<sup>224</sup> См., например, *Kunarac 2002*, сноска 138 выше, at para. 100; *Tadić 1997*, сноска 121 выше, at para. 649.

<sup>225</sup> См., например, *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, Judgment, Appeals Chamber, Case No. IT-95-13/1-A, 5 May 2009, para. 41; *Prosecutor v. Naletilić*, Judgment, Trial Chamber, Case No. IT-98-34-T, 31 March 2003, para. 234; *Mrkšić 2007*, сноска 122 выше, at para. 438; *Tadić 1999*, сноска 105 выше, at para. 249.



*Пункт 4*

39) Пункт 4 проекта статьи 3 предусматривает: «Настоящий проект статьи не затрагивает никаких более широких определений, содержащихся в любых международных договорах или национальных законах». Это положение сходно с положением пункта 2 статьи 1 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, где устанавливается: «Эта статья не наносит ущерба какому-либо международному договору или какому-либо национальному законодательству, который содержит или может содержать положения о более широком применении»<sup>226</sup>. Статья 10 Римского статута (фигурирующая в части II, «Юрисдикция, приемлемость и применимое право») также содержит «положение о ненанесении ущерба» следующего содержания: «ничто в настоящей части... не должно истолковываться как каким бы то ни было образом ограничивающее ныне действующие или складывающиеся нормы международного права или наносящее им ущерб для целей, отличных от целей настоящего Статута».

40) Пункт 4 призван обеспечить то, чтобы определение «преступлений против человечности», содержащееся в проекте статьи 3, не подвергалось сомнению какие-либо более широкие определения, которые могут содержаться в других международных инструментах или национальном праве. «Международные инструменты» следует понимать в самом широком смысле и не только в смысле международных соглашений, имеющих обязательную силу. Например, определение «насильственного исчезновения людей», содержащееся в проекте статьи 3, следует статье 7 Римского статута, однако отличается от определения, содержащегося в Декларации о защите всех лиц от насильственных исчезновений 1992 года<sup>227</sup>, Межамериканской конвенции о насильственных исчезновениях лиц<sup>228</sup>, а также в Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений<sup>229</sup>. Эти различия главным образом заключаются в том, что последние конвенции не включают элемента «с целью лишения их защиты со стороны закона», не включают слов «в течение длительного периода времени», а также не указывают организации в числе возможных исполнителей преступлений, когда те действуют без участия государства.

41) В свете таких различий Комиссия сочла осмотрительным включить в проект статьи 3 пункт 4. По сути, при том что первые три пункта проекта статьи 3 определяют преступления против человечности для цели этих проектов статей, это не затрагивает более широких определений в международных инструментах или национальном праве. Таким образом, если государство желает принять в своем законе более широкое определение, настоящие проекты статей не препятствуют ему в этом. В то же время важная задача этих проектов статей – согласование национальных законов, чтобы сопоставимые национальные законы могли служить основой прочного межгосударственного сотрудничества. Любые элементы, принятые во внутригосударственном законе, которые не относятся к сфере действия настоящих проектов статей, как, например, в отношении выдачи и взаимной правовой помощи, не затрагиваются установленными в них положениями.

<sup>226</sup> Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, done at New York on 10 December 1984, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, p. 85 (ниже – Конвенция против пыток).

<sup>227</sup> Декларация о защите всех лиц от насильственных исчезновений, резолюция 47/133 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1992 года, документ [A/RES/47/133](#).

<sup>228</sup> Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, done at Belém do Pará on 9 June 1994, OAS Doc. OEA/Ser.P/AG/Doc 3114/94.

<sup>229</sup> International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, done at New York on 20 December 2006, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2716, p. 3 (ниже – Конвенция о насильственных исчезновениях).

#### Статья 4 Обязательство предотвращения

1. Каждое государство обязуется предотвращать преступления против человечности в соответствии с международным правом, в том числе посредством:

а) эффективных законодательных, административных, судебных или других мер предотвращения на любой территории, находящейся под его юрисдикцией или контролем; и

б) сотрудничества с другими государствами, соответствующими межправительственными организациями, а также, в соответствующих случаях, другими организациями.

2. Никакие исключительные обстоятельства, такие как вооруженный конфликт, внутренняя политическая нестабильность или другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием преступлений против человечности.

#### Комментарий

1) Проект статьи 4 устанавливает обязательства предотвращения в отношении преступления против человечности. Рассматривая такого рода обязательства, Комиссия сочла уместным исследовать практику ныне действующих договоров в отношении предупреждения преступлений и других деяний. Во многих случаях эти договоры затрагивают акты, которые, при их совершении в известных обстоятельствах, могут представлять собой преступления против человечности (например, геноцид, пытки, апартеид или насильственные исчезновения). Как таковое обязательство предотвращения, закрепленное в этих договорах, распространяется также и на предотвращение данных деяний, когда они также квалифицируются как преступления против человечности.

2) Одним из первых важных примеров обязательства предотвращения может служить Конвенция о геноциде 1948 года, в статье I которой установлено: «Договаривающиеся стороны подтверждают, что геноцид, независимо от того, совершается ли он в мирное или военное время, является преступлением, которое нарушает нормы международного права и против которого они обязуются принимать меры предупреждения и карать за его совершение»<sup>230</sup>. Кроме того, статья V устанавливает: «Договаривающиеся стороны обязуются провести необходимое законодательство, каждая в соответствии со своей конституционной процедурой, и, в частности, предусмотреть эффективные меры наказания лиц, виновных в совершении геноцида или других упомянутых в статье III преступлений». Статья VIII устанавливает: «Каждый участник настоящей Конвенции может обратиться к соответствующему органу Объединенных Наций с требованием принять в соответствии с положениями Устава Организации Объединенных Наций все необходимые, по его мнению, меры в целях предупреждения и пресечения актов геноцида или одного из других перечисленных в статье III деяний». Таким образом, Конвенция о геноциде содержит несколько элементов, касающихся предотвращения: общая обязанность предупреждать геноцид, обязанность применять национальные меры для осуществления положений Конвенции, а также положения о сотрудничестве государств-участников с Организацией Объединенных Наций в целях предупреждения геноцида.

<sup>230</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, done at Paris on 9 December 1948, United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, p. 277.

3) Такого рода обязательства предупреждения являются элементом большинства многосторонних договоров, затрагивающих преступления, с 1960-х годов. Примеры этого: Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации<sup>231</sup>; Конвенция о предотвращении наказания преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов<sup>232</sup>; Конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него<sup>233</sup>; Конвенция против захвата заложников<sup>234</sup>; Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания<sup>235</sup>; Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них<sup>236</sup>; Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц<sup>237</sup>; Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала<sup>238</sup>; Международная конвенция о

<sup>231</sup> Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, done at Montreal on 23 September 1971, United Nations, *Treaty Series*, vol. 974, p. 178. Пункт 1 статьи 10 гласит: «Договаривающиеся государства в соответствии с международным правом и национальным законодательством будут стремиться принимать все практически осуществимые меры с целью предотвращения преступлений, упомянутых в статье 1».

<sup>232</sup> Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, done at New York on 14 December 1973, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1035, p. 167. Пункт 1 статьи 4 гласит: «Государства-участники сотрудничают в деле предотвращения преступлений, предусмотренных в статье 2, особенно путем: а) принятия всех практически осуществимых мер по предотвращению подготовки в пределах их соответствующих территорий совершения этих преступлений в пределах или вне пределов их территории...».

<sup>233</sup> International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, done at New York on 30 November 1973, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1015, p. 243. Пункт а) статьи IV гласит: «Государства – участники настоящей Конвенции обязуются: ...принять любые меры законодательного или иного характера, необходимые для пресечения, а также предотвращения любого поощрения преступления апартеида и сходной с ним сегрегационистской политики или ее проявлений и наказания лиц, виновных в этом преступлении...».

<sup>234</sup> International Convention Against the Taking of Hostages, done at New York on 17 December 1979, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1316, p. 205. Пункт 1 статьи 4 гласит: «Государства-участники сотрудничают в предотвращении преступлений, указанных в статье 1, в частности путем: а) принятия всех практически осуществимых мер по предотвращению подготовки в пределах их соответствующих территорий к совершению... преступлений... включая принятие мер для запрещения на их территории незаконной деятельности лиц, групп и организаций, которые поощряют, подстрекают, организуют или участвуют в совершении актов захвата заложников...».

<sup>235</sup> Конвенция против пыток, сноска 226 выше. Пункт 1 статьи 2 гласит: «Каждое государство-участник предпринимает эффективные законодательные, административные, судебные и другие меры для предупреждения актов пыток на любой территории под его юрисдикцией».

<sup>236</sup> Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, done at Cartagena de Indias on 9 December 1985, Organization of American States, *Treaty Series*, No. 67. Статья 1 гласит: «Государства-участники обязуются предупреждать и наказывать за пытки в соответствии с положениями настоящей Конвенции». Статья 6 гласит: «Государства-участники также принимают действенные меры для предупреждения других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания в пределах их юрисдикции и для наказания за них».

<sup>237</sup> Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц, сноска 228 выше. Пункты с)–d) статьи 1 гласят: «Государства – участники настоящей Конвенции обязуются... сотрудничать друг с другом при оказании помощи в предупреждении наказания и ликвидации принудительного исчезновения лиц; принимают законодательные, административные, судебные и любые иные меры, необходимые для соблюдения обязательств, принятых в настоящей Конвенции».

<sup>238</sup> Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, done at New York on 9 December 1994, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2051, p. 363. Статья 11 предусматривает: «Государства-участники сотрудничают в деле предотвращения преступлений, предусмотренных в статье 9, прежде всего путем: а) принятия всех практически

борьбе с бомбовым терроризмом<sup>239</sup>; Конвенция против транснациональной организованной преступности<sup>240</sup>; Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности<sup>241</sup>; Факультативный протокол к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания<sup>242</sup>; а также Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений<sup>243</sup>.

осуществимых мер по предотвращению приготовлений на своих соответствующих территориях к совершению этих преступлений в пределах или за пределами своих территорий; и b) обмена информацией в соответствии со своим национальным законодательством и координации принятия административных и других соответствующих мер для предотвращения совершения таких преступлений».

<sup>239</sup> International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, done at New York on 15 December 1997, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2149, p. 256. Статья 15 а) предусматривает: «Государства-участники сотрудничают в предотвращении преступлений, указанных в статье 2...».

<sup>240</sup> United Nations Convention against Transnational Organized Crime, done at New York on 15 November 2000, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2225, p. 209. Пункт 1 статьи 9 предусматривает: «В дополнение к мерам, изложенным в статье 8 настоящей Конвенции, каждое государство-участник в той степени, в какой это требуется и соответствует его правовой системе, принимает законодательные, административные или другие эффективные меры для содействия добросовестности, а также для предупреждения и выявления коррупции среди публичных должностных лиц и наказания за нее». Пункт 2 статьи 9 предусматривает: «Каждое государство-участник принимает меры для обеспечения эффективных действий его органов в области предупреждения и выявления коррупции среди публичных должностных лиц и наказания за нее, в том числе путем предоставления таким органам достаточной независимости для воспрепятствования неправомерному влиянию на их действия». Пункт 1 статьи 29 предусматривает: «Каждое государство-участник в необходимых пределах осуществляет, разрабатывает или совершенствует конкретные программы подготовки персонала правоохранительных органов, в том числе работников прокуратуры, следователей и сотрудников таможенных органов, а также других сотрудников, отвечающих за предупреждение, выявление и пресечение преступлений, охватываемых настоящей Конвенцией». Пункт 1 статьи 31 предусматривает: «Государства-участники стремятся разрабатывать и оценивать эффективность национальных проектов, а также выявлять и внедрять оптимальные виды практики и политики, направленные на предупреждение транснациональной организованной преступности».

<sup>241</sup> Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, done at New York on 15 November 2000, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2237, p. 319. Пункт 1 статьи 9 предусматривает: «Государства-участники разрабатывают и принимают на комплексной основе политику, программы и другие меры в целях: а) предупреждения торговли людьми и борьбы с ней; и b) защиты жертв торговли людьми, особенно женщин и детей, от ревиктимизации».

<sup>242</sup> Optional Protocol to the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, done at New York on 18 December 2002, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2375, p. 237. Преамбула предусматривает: «Напоминая, что действенное предупреждение пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания требует принятия мер в области просвещения и сочетания различных законодательных, административных, судебных и иных мер». Статья 3 предусматривает: «Каждое государство-участник создает, назначает или поддерживает на национальном уровне один или несколько органов для посещения в целях предупреждения пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания...».

<sup>243</sup> Конвенция о насильственных исчезновениях, сноска 229 выше. Преамбула предусматривает: «Будучи преисполнены решимости предупреждать насильственные исчезновения и бороться против безнаказанности при совершении преступления насильственного исчезновения». Статья 23 предусматривает: «1. Каждое государство-участник обеспечивает, чтобы профессиональная подготовка военных или гражданских должностных лиц, отвечающих за

4) Некоторые многосторонние договоры о правах человека, даже если они не посвящены предупреждению и наказанию преступлений как таковых, содержат обязательства предупреждать и пресекать нарушения прав человека. Примеры этого: Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации<sup>244</sup>; Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин<sup>245</sup>; а также Конвенция Совета Европы о предотвращении и борьбе с насилием в отношении женщин и домашним насилием<sup>246</sup>. В некоторых договорах прямо не говорится о «предупреждении» или «ликвидации» деяний, вместо этого в них скорее предусмотрено обязательство принимать соответствующие законодательные, административные и иные меры для «осуществления» договора, которые могут считаться охватывающими необходимые или надлежащие меры по предупреждению данного акта. Примеры включают Международный пакт о гражданских и политических правах<sup>247</sup> и Конвенцию о правах ребенка<sup>248</sup>.

применение законов, медицинского персонала, сотрудников государственных органов и других лиц, которые могут иметь отношение к содержанию под стражей или обращению с любым лицом, лишенным свободы, включала в себя надлежащее изучение соответствующих положений настоящей Конвенции, с тем чтобы: а) предупредить причастность указанных должностных лиц к актам насильственных исчезновений; б) подчеркнуть важность предупреждения и расследований случаев насильственных исчезновений; в) обеспечить признание срочной необходимости разрешения дел, связанных со случаями насильственного исчезновения. 2. Каждое государство-участник обеспечивает, чтобы приказы или распоряжения, предписывающие, санкционирующие или поощряющие насильственное исчезновение, были запрещены. Каждое государство-участник обеспечивает, чтобы лицо, отказывающееся выполнить подобный приказ, не подвергалось наказанию. 3. Каждое государство-участник принимает необходимые меры к тому, чтобы лица, упомянутые в пункте 1 настоящей статьи, имеющие основания полагать, что имело место или вскоре произойдет насильственное исчезновение, сообщали об этом своему начальству и, в случае необходимости, компетентным властям или органам, наделенным полномочиями по надзору и защите».

<sup>244</sup> International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, done at New York on 7 March 1966, United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, p. 195. Статья 3 предусматривает: «Государства-участники особо осуждают расовую сегрегацию и апартеид и обязуются предупреждать, запрещать и искоренять всякую практику такого характера на территориях, находящихся под их юрисдикцией».

<sup>245</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, done at New York on 18 December 1979, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1249, p. 13. Статья 2 предусматривает: «Государства-участники осуждают дискриминацию в отношении женщин во всех ее формах, соглашаются безотлагательно всеми соответствующими способами проводить политику ликвидации дискриминации в отношении женщин». Статья 3 предусматривает: «Государства-участники принимают во всех областях, и в частности в политической, социальной, экономической и культурной областях, все соответствующие меры, включая законодательные, для обеспечения всестороннего развития и прогресса женщин, с тем чтобы гарантировать им осуществление и пользование правами человека и основными свободами на основе равенства с мужчинами».

<sup>246</sup> Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, done at Istanbul on 5 November 2011, Council of Europe, *Treaty Series*, No. 210. Пункт 2 статьи 4 предусматривает: «Стороны осуждают все формы дискриминации в отношении женщин и принимают, своевременно, необходимые законодательные и другие меры для предупреждения дискриминации, в частности: закрепляя в своих национальных конституциях или ином соответствующем законодательстве принцип равенства между женщинами и мужчинами и обеспечивая практическое соблюдение этого принципа; запрещая дискриминацию в отношении женщин, в том числе используя санкции, когда это целесообразно; отменяя законы и отказываясь от практики, которые являются дискриминационными в отношении женщин».

<sup>247</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, done at New York on 16 December 1966, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p. 171. Пункт 2 статьи 2: «Если это уже не предусмотрено существующими законодательными или другими мерами, каждое участвующее в настоящем Пакте Государство обязуется принять необходимые меры в соответствии со своими конституционными процедурами и положениями настоящего Пакта».



5) Международные суды и трибуналы рассматривали эти обязательства предупреждения. В деле *О применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории)* Международный Суд отметил, что обязанность наказывать в контексте этой Конвенции связана с обязанностью предупреждения, но отлична от нее. Хотя «один из наиболее действенных способов предотвращения уголовно наказуемых деяний заключается в целом в обеспечении наказаний лиц, совершающих такие деяния, и в практическом плане вынесении таких наказаний тем, кто совершил деяния, которые надлежит предотвращать»<sup>249</sup>, Суд пришел к выводу, что «обязанность предупреждать геноцид и обязанность наказывать виновных в нем... это два разных, хотя и связанных обязательства»<sup>250</sup>. Так, «обязательство каждого из договаривающихся государств предупреждать геноцид имеет как нормативный, так и императивный характер. Оно не присовокуплено к обязанности наказывать, как и не может рассматриваться как лишь элемент такой обязанности»<sup>251</sup>.

6) Такая договорная практика, юриспруденция и установившееся признание государствами того, что преступления против человечности являются преступлениями по международному праву, которые должны наказываться вне зависимости от того, совершены ли они в период вооруженного конфликта, и вне зависимости от того, предусматривает ли внутригосударственное право уголовную ответственность за них, предполагают, что государства приняли обязательство предотвращать преступления против человечности. Поэтому в пункте 1 статьи 4 обязательство предупреждения изложено примерно так же, как оно сформулировано в статье I Конвенции о геноциде, начиная со слов: «Каждое государство обязано предотвращать преступления против человечности...».

7) В деле *О применении Конвенции о предупреждении преступлений геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории)* Международный Суд проанализировал смысл выражения «обязуется принимать меры предупреждения», содержащегося в статье I Конвенции о геноциде 1948 года. На стадии предварительных мер Суд постановил, что такое обязательство налагает на участников «явную обязанность» «делать все, что в их власти для предотвращения совершения любых подобных деяний в будущем»<sup>252</sup>. На стадии разбирательства по существу Суд описал обычное значение слова «обязаться» в этом контексте как

«дать официальное обещание связывать себя обязательством, давать заверения или обещания, соглашаться принять обязательства. Это слово регулярно используется в договорах, устанавливающих обязательства договаривающихся сторон... Это не всего лишь побуждение или целеполагание. Обязательство имеет безоговорочный характер... и оно не должно трактоваться как лишь введение к последующим прямым упоминаниям законодательства, преследования и выдачи. Эти моменты поддерживают тот вывод, что

для принятия таких законодательных или других мер, которые могут оказаться необходимыми для осуществления прав, признаваемых в настоящем Пакте».

<sup>248</sup> Convention on the Rights of the Child, done at New York on 20 November 1989, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, p. 3. Статья 4 предусматривает: «Государства-участники принимают все необходимые законодательные, административные и другие меры для осуществления прав, признанных в настоящей Конвенции».

<sup>249</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia & Herzegovina v. Serbia & Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 219 at para. 426 (ниже *Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории*).

<sup>250</sup> *Ibid.*, para. 425.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 220 at para. 427.

<sup>252</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia & Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia & Montenegro))*, Order on Provisional Measures, I.C.J. Reports 1993, p. 22 at para. 45.

статья I, в частности обязательство предпринимать меры предупреждения, создает обязательства, отличные от тех, которые фигурируют в последующих статьях»<sup>253</sup>.

Обязанность предотвращать преступления против человечности, предусмотренная в пункте 1 проекта статьи 4, призвана отразить того же рода юридически обязательную силу для государств; она также не является чисто побудительной или целеполагающей и не служит лишь введением к последующим проектам статей.

8) В том же деле Международный Суд далее отметил, что «очевидно, что каждое государство может действовать лишь в пределах, допускаемых международным правом»<sup>254</sup>. Комиссия сочла важным прямо выразить это требование в пункте 1 проекта статьи 4 и, таким образом, включила положение, указывающее на то, что любые меры предупреждения должны быть «в соответствии с международным правом». Таким образом, меры, предпринятые государством для выполнения этого обязательства, должны соответствовать нормам международного права, включая нормы о применении силы, предусмотренные в Уставе Организации Объединенных Наций, в международном гуманитарном праве и праве в области прав человека. От государства ожидается лишь то, что оно юридически может делать согласно международному праву для предупреждения преступлений против человечности.

9) Как указано в пункте 1 проекта статьи 4, эта обязанность предотвращения либо прямо, либо косвенно содержит четыре элемента. Во-первых, в силу этого обязательства государства несут обязанность «не совершать таких деяний через посредство своих собственных органов или лиц, в отношении которых они имеют настолько твердый контроль, что их поведение присваивается соответствующему государству согласно международному праву»<sup>255</sup>. По мнению Международного Суда, для рассмотрения аналогичного обязательства предупреждения, содержащегося в статье I Конвенции против геноцида:

«В соответствии со статьей I государства-участники обязаны предупреждать о совершении такого акта, который оно характеризует как "преступление, которое нарушает нормы международного права". Эта статья не требует от государств *expressis verbis* воздерживаться от совершения геноцида. Вместе с тем, по мнению Суда, принимая во внимание установленную цель Конвенции, следствием статьи I является запрещение самим государствам совершать геноцид. Такое запрещение следует, во-первых, из того факта, что в этой статье геноцид квалифицируется как "преступление, которое нарушает нормы международного права": согласившись с такой квалификацией, государства-участники должны логически принять обязательства не совершать квалифицируемого таким образом акта. Во-вторых, это следует из положительно выраженного обязательства предупреждать совершение актов геноцида. Это обязательство требует от государств-участников, в частности, использовать имеющиеся в их распоряжении средства в обстоятельствах, которые будут охарактеризованы более конкретно ниже в настоящем решении, предотвращать совершение актов геноцида или любых иных деяний, упомянутых в статье III, лицами или группами, не находящимися прямо под их властью. Было бы парадоксально, если бы государства таким образом были связаны обязательством по предупреждению, в пределах их власти, совершения геноцида лицами, в отношении которых они имеют определенное влияние, при этом на них не распространялся бы запрет со-

<sup>253</sup> *Bosnia & Herzegovina v. Serbia & Montenegro*, сноска 249 выше, p. 111 at para. 162.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 221 at para. 430.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 113 at para. 166.

вершения таких актов через посредство их собственных органов либо лиц, в отношении которых они имеют настолько твердый контроль, что их поведение может присваиваться соответствующим государствам согласно международному праву. Короче говоря, обязательство по предупреждению геноцида со всей необходимостью предполагает запрещение совершения геноцида»<sup>256</sup>.

10) Суд также постановил, что основное обязательство, отраженное в статье I, по формальным признакам не ограничивается территорией, а, наоборот, применяется «в отношении государства, где бы то ни действовало или могло иметь возможность действовать способами, соответствующими выполнению данного [] обязательства»<sup>257</sup>.

11) Нарушение этого обязательства прямо не совершать такие деяния влечет за собой ответственность государства, если данное поведение может быть присвоено государству в соответствии с нормами об ответственности государств. Так, в контексте споров, которые могут возникать согласно Конвенции о геноциде, статья IX, в частности, говорит о спорах «относительно ответственности того или иного государства за совершение геноцида». Хотя Конвенция о геноциде в значительной мере посвящена привлечению к ответственности лиц за преступление геноцида, Международный Суд подчеркнул, что нарушение обязательства по предупреждению не является *преступным* нарушением со стороны государства, а, скорее, касается нарушений международного права, в случае которых привлекается ответственность государств<sup>258</sup>. Подход Суда согласуется с мнениями, ранее выразившимися Комиссией<sup>259</sup>, включая комментарий к статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 года: «Если преступления против международного права совершаются должностными лицами государства, это часто будет означать, что государство само несет ответственность за эти деяния или за неспособность предотвратить их или наказать за их совершение»<sup>260</sup>.

12) Во-вторых, в силу обязательств, установленных в пункте 1 проекта статьи 4, государства несут обязанность «использовать средства, имеющиеся в их распоряжении... для предотвращения совершения [таких деяний] лицами или группами, прямо не подчиняющимися их власти»<sup>261</sup>. Применительно к последнему от государства-участника ожидается использование максимума усилий (должная мера заботливости), когда оно имеет «возможность реально повлиять на действия лиц, способных совершить или уже совершающих геноцид», что в свою очередь зависит от географических, политических и иных связей государства-участника с данными лицами или группами<sup>262</sup>. Такой стандарт в отношении обязательства предупреждения в Конвенции о геноциде был проанализирован Международным Судом следующим образом:

«Очевидно, что данное обязательство является обязательством в отношении поведения, а не в отношении результата в том смысле, что государство не может быть связано обязательством добиться успеха, вне зависимости от обстоятельств, в предупреждении совершения геноцида: обязательство гос-

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 113 at para. 166.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 120 at para. 183.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 114 at para. 167 (вывод сделан о том, что международная ответственность «существенно отличается по характеру от уголовной ответственности»).

<sup>259</sup> *Ежегодник... 1998 год*, том II (часть вторая), стр. 76, пункт 248 (вывод о том, что Конвенция о геноциде «не предусматривает преступление государства или уголовную ответственность государств в своей статье IX, касающейся ответственности государств»).

<sup>260</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 174 (пункт 3 комментария к статье 58).

<sup>261</sup> *Bosnia & Herzegovina v. Serbia & Montenegro*, сноска 249 выше, p. 113 at para. 166.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 221 at para. 430.



ударств-участников скорее заключается в использовании всех средств, объективно имеющихся у них для предупреждения геноцида в пределах возможного. Государство не несет ответственности лишь в силу того, что желаемого результата не достигнуто; однако ответственность имеет место тогда, когда государство явно не приняло для предупреждения геноцида всех мер, которые имелись в его власти и могли бы способствовать предупреждению геноцида. В этой области особое значение имеет концепция "должной меры заботливости", которая требует оценки *in concreto*. При оценке того, выполнило ли государство должным образом соответствующие обязательства, привлекаются различные параметры. Первый, который в существенной мере варьируется между государствами, это, очевидно, возможность оказывать реальное воздействие на действия лиц, способных совершить или уже совершающих геноцид. Эта возможность сама зависит, среди прочего, от географической удаленности соответствующего государства от места событий и от прочности политических связей, а также связей всех других видов между властями данного государства и основными действующими лицами в ходе этих событий. Возможности государства по оказанию влияния должны также оцениваться по юридическим критериям, поскольку очевидно, что каждое государство может действовать лишь в пределах, допускаемых международным правом; с этой точки зрения возможности государства по оказанию влияния могут варьироваться в зависимости от его конкретного юридического положения по отношению к ситуациям и лицам, сталкивающимся с опасностью или реальностью геноцида. С другой стороны, не имеет значения, утверждает ли государство, об ответственности которого идет речь, или даже доказало ли это государство, что, даже если бы оно использовало все средства, объективно имевшиеся в его распоряжении, их было бы недостаточно для предупреждения совершения геноцида. Кроме того, что, как правило, это трудно доказать, это не имеет значения для нарушения данного обязательства, касающегося поведения, тем более что остается возможность того, что совокупные усилия нескольких государств, каждое из которых выполняло свое обязательство по предупреждению, могло бы принести результаты – предотвращение совершения геноцида, – которых не дали бы усилия лишь одного государства»<sup>263</sup>.

В то же время Суд заявил, что «государство может быть признано ответственным за нарушение обязательства по предупреждению геноцида только тогда, когда геноцид был действительно совершен»<sup>264</sup>.

13) В-третьих, что вытекает из предыдущего, обязательство, предусмотренное в пункте 1 проекта статьи 4, обязывает государство активно и заблаговременно предпринимать меры, призванные содействовать предотвращению совершению преступления, такие как принятие «эффективных законодательных, административных, судебных или других мер предотвращения на любой территории, находящейся под его юрисдикцией или контролем», как указано в подпункте а). Этот текст следует образцу пункта 1 статьи 2 Конвенции против пыток, который гласит: «Каждое государство-участник предпринимает эффективные законодательные, административные, судебные и другие меры для предупреждения актов пыток на любой территории под его юрисдикцией»<sup>265</sup>.

<sup>263</sup> *Ibid.*

<sup>264</sup> *Ibid.*, р. 221 at para. 431; см. *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 26 (*Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния*, пункт 3) статьи 13: «Нарушение международно-правового обязательства, требующего от государства предотвратить определенное событие, происходит, когда данное событие происходит...»).

<sup>265</sup> Конвенция против пыток, сноска 226 выше, пункт 1) статьи 2.

14) Термин «другие меры предотвращения», а не «другие меры» используется для усиления того момента, что меры, о которых идет речь в данном положении, касаются только предотвращения. Термин «эффективные» предполагает, что государство, как ожидается, будет контролировать применение предпринятых им мер и в случае их недостаточности усилит их более действенными мерами. Комментируя исходное положение Конвенции против пыток, Комитет против пыток заявил следующее:

«Государства-участники обязаны устранять любые юридические или иные препятствия, мешающие искоренению пыток и жестокого обращения, а также принимать позитивные эффективные меры в целях обеспечения того, чтобы решительно пресекать такие акты и их повторение. Кроме того, государства-участники обязаны постоянно держать под наблюдением и совершенствовать принятое на основе Конвенции национальное законодательство в соответствии с заключительными замечаниями и соображениями, принятыми Комитетом по индивидуальным сообщениям. В том случае, если принятые государством-участником меры не достигают цели, заключающейся в искоренении актов пыток, Конвенция предписывает им пересмотреть и/или принять новые, более эффективные меры»<sup>266</sup>.

15) Что касается конкретных видов мер, которые должны осуществляться государством, то в 2015 году Совет по правам человека Организации Объединенных Наций принял резолюцию о предупреждении геноцида<sup>267</sup>, которая позволяет составить определенное представление о том, какого рода меры ожидаются в порядке выполнении статьи I Конвенции о геноциде. Среди прочего, резолюция: 1) вновь заявила, «что каждое государство обязано защищать свое население от геноцида, а это влечет за собой необходимость предупреждения такого преступления, в том числе подстрекательств к нему, путем принятия соответствующих и необходимых мер»<sup>268</sup>; 2) рекомендовала «государствам-членам наращивать свой потенциал по предупреждению геноцида путем накопления индивидуального опыта и создания в структуре своих правительств соответствующих подразделений для активизации работы по предупреждению»<sup>269</sup>; а также 3) рекомендовала «государствам рассмотреть вопрос о назначении координаторов по предупреждению геноцида, которые могли бы сотрудничать и обмениваться информацией и наилучшей практикой между собой и со Специальным советником Генерального секретаря по предупреждению геноцида, соответствующими органами Организации Объединенных Наций и региональными и субрегиональными механизмами»<sup>270</sup>.

16) В региональном контексте Европейская конвенция о поощрении прав человека и основных свобод 1950 года<sup>271</sup> не содержит положительно выраженного обязательства «предотвращать» нарушение Конвенции, однако Европейский суд по правам человека толковал пункт 1 статьи 2 (о праве на жизнь) как содержащий такое обязательство и требующий принятия соответствующих мер по предотвращению, таких как «создание соответствующего юридического и административного механизма для противодействия совершению преступлений против личности, подкрепляемого правоохранительным механизмом предотвраще-

<sup>266</sup> См. Комитет против пыток, замечание общего порядка № 2, пункт 4 (CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4) (2007 год).

<sup>267</sup> Документ A/HRC/28/L.25 (23 марта 2015 года).

<sup>268</sup> Там же, пункт 2.

<sup>269</sup> Там же, пункт 3.

<sup>270</sup> Там же, пункт 4.

<sup>271</sup> European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, done at Rome on 4 November 1950, United Nations, *Treaty Series*, vol. 213, p. 221.

ния, пресечения и наказания нарушений таких положений»<sup>272</sup>. Одновременно Суд признал, что обязательство государства-участника в этой связи ограничено<sup>273</sup>. Аналогичным образом, хотя Американская конвенция о правах человека 1969 года<sup>274</sup> не содержит прямо выраженного обязательства «предотвращать» нарушения Конвенции, Межамериканский суд по правам человека при толковании обязательств государств-участников «обеспечить» свободное и полное осуществление прав, признаваемых Конвенцией<sup>275</sup>, пришел к выводу, что это обязательство предполагает «обязанность предупреждения», которое в свою очередь требует от государства-участника предпринять определенные шаги. Суд также заявил: «Эта обязанность по предупреждению включает все те средства правового, политического, административного и культурного характера, которые поощряют защиту прав человека и обеспечивают, чтобы любые нарушения рассматривались и трактовались как незаконные акты, которые, как таковые, могут вести к наказанию виновных и к обязанности возместить жертвам ущерб. Невозможно составить подробный перечень всех таких мер, поскольку они варьируются в зависимости от законодательства и ситуации каждого государства-участника»<sup>276</sup>. Аналогичная мотивировка лежала в основе подхода Суда к толкованию статьи 6 Межамериканской конвенции о предупреждении пыток и наказании за них 1985 года<sup>277</sup>.

17) Таким образом, конкретные меры по предупреждению, которые любое данное государство принимает в отношении преступлений против человечности, будут зависеть от контекста и рисков, существующих для указанного государства

<sup>272</sup> *Makaratzis v. Greece*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Reports of Judgment and Decisions 2004-XI, ECHR, Grand Chamber, Application No. 50385/99, 20 December 2004, para. 57; see *Kiliç v. Turkey*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Reports of Judgment and Decisions 2000-III, ECHR, Chamber, Application No. 22492/93, 28 March 2000, para. 62 (вывод о том, что пункт 1 статьи 2 обязывает государство-участник не только воздерживаться от преднамеренного и незаконного лишения жизни, но и предпринимать соответствующие шаги в рамках своей правовой системы по ограждению жизни тех, кто находится под его юрисдикцией).

<sup>273</sup> *Mahmut Kaya v. Turkey*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Reports of Judgment and Decisions 2000-III, ECHR, Chamber, Application No. 22535/93, 28 March 2000, para. 86 («Принимая к сведению различия в поддержании правопорядка в современном обществе, непредсказуемость поведения людей и практический выбор, который должен быть сделан в плане приоритетов и ресурсов, позитивное обязательство [в пункте 1 статьи 2] должно толковаться таким образом, что оно не налагает чрезмерного или непропорционального бремени на власти»); см. также *Kerimova and others v. Russia*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), ECHR, Chamber, Applications Nos. 17170/04, 20792/04, 22448/04, 23360/04, 5681/05, and 5684/05, 3 May 2011 (final 15 September 2011), para. 246; *Osman v. United Kingdom*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Reports 1998-VIII, ECHR, Grand Chamber, Application No. 87/1997/871/1083, 28 October 1998, para. 116.

<sup>274</sup> American Convention on Human Rights, done at San Jose on 22 November 1969, Organization of American States, *Treaty Series*, No. 36.

<sup>275</sup> Пункт 1) статьи 1 гласит: «Государства – участники настоящей Конвенции обязуются уважать права и свободы, признанные в ней, и обеспечивать для всех лиц, находящихся под их юрисдикцией, свободное и полное осуществление этих прав и свобод без какой-либо дискриминации...». Следует отметить, что статья 1 Африканской хартии прав человека и народов предусматривает, что государства-участники «признают права, обязанности и свободы, провозглашенные в ней, и предпринимая законодательные или иные меры для их осуществления» (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1520, p. 217).

<sup>276</sup> *Velasquez Rodríguez v. Honduras*, Judgment (Merits), 4 Inter-Am. CHR (ser. C), No. 4, 29 July 1988, para. 175; see also *Gómez-Paquiyaqui Brothers v. Peru*, Judgment (Merits, Reparations and Costs), Inter-Am. CHR (ser. C), No. 110, Inter-m. CHR, 8 July 2004, para. 155; *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, Judgment, (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), Inter-Am. CHR (ser. C) No. 99, 7 June 2003, paras. 137, 142.

<sup>277</sup> *Tibi v. Ecuador*, Judgment, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Inter-Am. CHR (ser. C) No. 114, 7 September 2004, para. 159; см. также *Gómez-Paquiyaqui Brothers v. Peru*, сноска 276 выше, at para. 155.

в отношении этих преступлений. Такое обязательство обычно обязывало бы государства как минимум: 1) принимать политику и законы, необходимые для достижения понимания преступности этого деяния и поощрения заблаговременного выявления любой опасности его совершения; 2) на постоянной основе следить за проведением такой политики и при необходимости совершенствовать ее; 3) осуществлять инициативы по разъяснению государственным должностным лицам обязательства государства в соответствии с проектом статей; 4) осуществлять учебные программы для полиции, вооруженных сил, милиции и другого соответствующего персонала необходимым образом для содействия предотвращению совершения преступлений против человечности; 5) после совершения запрещенного деяния добросовестным образом выполнить любые другие обязательства по расследованию и либо привлечению к ответственности, либо выдаче преступников, поскольку это отчасти способствовало бы предотвращению будущих деяний со стороны других лиц<sup>278</sup>. Некоторые меры, например учебные программы, уже могут существовать в государстве с целью предотвращения противоправных деяний (таких, как убийства, пытки или изнасилования), которые связаны с преступлениями против человечности. Государство обязано при необходимости дополнить эти меры конкретно с целью предотвращения преступлений против человечности. И в этом случае международная ответственность государств возникает, если государство не предприняло максимума усилий для организации государственного и административного аппарата необходимым и надлежащим образом для предотвращения в максимальной возможной степени преступлений против человечности.

18) В подпункте а) пункта 1 статьи 4 говорится о принятии государством эффективных законодательных, административных, судебных или других мер предотвращения «на любой территории, находящейся под его юрисдикцией или контролем». Эта формула должна пониматься таким же образом, как и предыдущие темы Комиссии, рассматривавшие предотвращение в других контекстах, такие как предотвращение экологического ущерба<sup>279</sup>. Такая формулировка охватывает как территорию государства, так и деятельность, осуществляемую на другой территории под контролем данного государства. Как ранее поясняла Комиссия,

«это понятие охватывает ситуации, в которых государство осуществляет юрисдикцию де-факто, даже если оно не обладает юрисдикцией де-юре,

<sup>278</sup> Сопоставимые меры в отношении предотвращения конкретных видов нарушений прав человека см. Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, общая рекомендация № 6, пункты 1–2 (A/43/38) (1988 год); Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, общая рекомендация № 15 (A/45/38) (1990 год); Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, общая рекомендация № 19, пункт 9 (A/47/38) (1992 год); Комитет по правам ребенка, замечание общего порядка № 5, пункт 9 (CRC/GC/2003/5) (2003 год); Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 31, (CCPR/C/Rev.1/Add.13) (2004 год); Комитет по правам ребенка, замечание общего порядка № 6, пункты 50–63 (CRC/GC/2005/6) (2005 год); Комитет по ликвидации расовой дискриминации, общая рекомендация № 31, пункт 5 (CERD/C/GC/31/Rev.4) (2005 год); см. также *Основные принципы и руководящие положения, касающиеся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права*, резолюция 60/147 Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 2005 года, документ A/RES/60/147, приложение, подпункт а) пункта 3 («Обязательство уважать, обеспечивать уважение и осуществлять международные нормы в области прав человека и международного гуманитарного права, как это предусмотрено соответствующими сводами норм, включает, в частности, обязанность... принимать соответствующие законодательные и административные, а также иные надлежащие меры для предотвращения нарушений»).

<sup>279</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 182–183, пункты 7)–12) (комментарий к проекту статьи 1 Проекта статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности).

например в случае незаконного вмешательства, оккупации и незаконной аннексии. В этом отношении можно сослаться на консультативное заключение МС по делу *Namibia*. В этом консультативном заключении Суд, признав Южную Африку несущей ответственность за создание и сохранение ситуации, которую Суд объявил незаконной, и установив, что Южная Африка обязана вывести свою администрацию из Намибии, тем не менее, признал некоторые правовые последствия контроля, осуществляемого де-факто Южной Африкой над Намибией»<sup>280</sup>.

19) В-четвертых, в силу обязательства, предусмотренного в пункте 1 проекта статьи 4, государства обязаны осуществлять определенные формы сотрудничества не только друг с другом, но и с организациями, такими как Организация Объединенных Наций, Международный комитет Красного Креста и Международная федерация обществ Красного Креста и Красного Полумесяца. Обязанность государств сотрудничать в предотвращении преступлений против человечности в первом случае возникает из пункта 3 статьи 1 Устава Организации Объединенных Наций<sup>281</sup>, где указано, что одна из целей Устава – «осуществление международного сотрудничества в разрешении международных проблем... гуманитарного характера и в поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам для всех...». Кроме того, в статьях 55 и 56 Устава все члены Организации Объединенных Наций обязались «предпринимать совместные и самостоятельные действия в сотрудничестве с Организацией для достижения» определенных целей, включая «всеобщее уважение и соблюдение прав человека и основных свобод для всех...». Конкретно в отношении предотвращения преступлений против человечности Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций в своих Принципах международного сотрудничества в отношении обнаружения, ареста, выдачи и наказания лиц, виновных в военных преступлениях и преступлениях против человечества 1973 года признала общую ответственность государств за взаимное сотрудничество и взаимные действия для предупреждения военных преступлений и преступлений против человечества. Среди прочего, Ассамблея провозгласила: «Государства осуществляют сотрудничество друг с другом на двусторонней и многосторонней основе в целях пресечения и предупреждения военных преступлений и преступлений против человечества и принимают в этих целях необходимые внутренние и международные меры»<sup>282</sup>.

20) Соответственным образом, в подпункте b) проекта статьи 4 указано, что государства сотрудничают друг с другом для предотвращения преступлений против человечности и сотрудничают с соответствующими межправительственными организациями. Термин «соответствующими» призван показать, что сотрудничество с какой-либо конкретной межправительственной организацией будет,

<sup>280</sup> Там же, стр. 183, пункт 12) (где цитируется *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, p. 54 at para. 118); см. также *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 82–73, пункт 25) (комментарий к проекту принципа 2 Проекта принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, p. 242 at para. 29 (где говорится об общем обязательстве государств обеспечить, чтобы деятельность в пределах их «юрисдикции и контроля» обеспечивала уважение окружающей среде других государств и районов вне национального контроля).

<sup>281</sup> Устав Организации Объединенных Наций, составленный в Сан-Франциско 26 июня 1945 года.

<sup>282</sup> *Принципы международного сотрудничества в отношении обнаружения, ареста, выдачи и наказания лиц, виновных в военных преступлениях и преступлениях против человечества*, резолюция 3074 (XXVIII) Генеральной Ассамблеи, 3 декабря 1973 года, пункт 3.



в частности, зависеть от функций этой организации, отношений государства с этой организацией, а также от контекста, в котором возникает необходимость сотрудничества. Далее, подпункт b) предусматривает, что государства в соответствующих случаях сотрудничают с другими организациями. Эти организации включают неправительственные организации, которые могут играть важную роль в предотвращении преступлений против человечности в конкретных странах. Выражение «в соответствующих случаях» используется для указания на то, что обязанность сотрудничать, помимо ее контекстуального характера, не распространяется на эти организации в той же мере, в которой она распространяется на государства и соответствующие межправительственные организации.

21) В пункте 2 проекта статьи 4 указывается, что никакие исключительные обстоятельства не могут служить оправданием этого преступления. Этот текст составлен по образцу пункта 2 статьи 2 Конвенции против пыток<sup>283</sup>, однако он доработан для того, чтобы он лучше вписывался в контекст преступлений против человечности. Выражение «состояние войны или угроза войны» было заменено выражением «вооруженный конфликт», как и в проекте статьи 2. Кроме того, слова «такие как» были использованы, чтобы подчеркнуть, что приведенные примеры не должны считаться исчерпывающими.

22) Схожие формулировки можно найти в других договорах, затрагивающих серьезные преступления на глобальном или региональном уровне. Например, в пункте 2 статьи 1 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года содержится сходная формулировка<sup>284</sup>, как и в статье 5 Межамериканской конвенции о предупреждении пыток и наказании за них 1985 года<sup>285</sup>.

23) Одно из преимуществ этой формулировки в отношении преступлений против человечности заключается в том, что она составлена таким образом, что она говорит о поведении как государственных, так и негосударственных акторов. В то же время в этом пункте данный вопрос рассматривается лишь в контексте обязанности предотвращения, а не, например, в контексте возможных оснований защиты индивида в уголовном судопроизводстве, равно как и других оснований исключения уголовной ответственности, что будет рассмотрено позднее.

<sup>283</sup> Конвенция против пыток, сноска 226 выше. Пункт 2) статьи 2 предусматривает: «Никакие исключительные обстоятельства, какими бы они ни были, будь то состояние войны или угроза войны, внутренняя политическая нестабильность или любое другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием пыток».

<sup>284</sup> Конвенция о насильственных исчезновениях, сноска 229 выше. Пункт 2) статьи 1 предусматривает: «Никакие исключительные обстоятельства, какими бы они ни были, будь то состояние войны или угроза войны, внутренняя политическая нестабильность или любое другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием насильственного исчезновения».

<sup>285</sup> Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них, сноска 236 выше. Статья 5 предусматривает: «Наличие обстоятельств, таких как состояние войны, угроза войны, осадное или чрезвычайное положение, беспорядки или конфликт внутри страны, приостановление конституционных гарантий, внутренняя политическая нестабильность или другие чрезвычайные обстоятельства общественной жизни или бедствия не могут приводиться в оправдание, как и служить оправданием преступления пыток».

## Глава VIII

### Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров

#### А. Введение

118. На своей шестидесятой сессии (в 2008 году) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему «Договоры сквозь призму времени» и создать на своей шестьдесят первой сессии Исследовательскую группу по этой теме<sup>286</sup>. На своей шестьдесят первой сессии (в 2009 году) Комиссия учредила Исследовательскую группу по теме «Договоры через призму времени» под председательством г-на Георга Нольте. На этой сессии обсуждение в Исследовательской группе было посвящено в основном определению вопросов, которые предстоит охватить, методам работы Исследовательской группы и возможным итогам работы Комиссии по данной теме<sup>287</sup>.

119. В период шестьдесят второй–шестьдесят четвертой сессий (2010–2012 годы) Исследовательская группа была вновь создана под председательством г-на Георга Нольте. Исследовательская группа изучила три доклада, представленные в неофициальном порядке Председателем, посвященные, соответственно, относящейся к этой теме практике Международного Суда и арбитражных судов специальной юрисдикции<sup>288</sup>; судебной практике в соответствии со специальными режимами, касающимися последующих соглашений и последующей практики<sup>289</sup>; а также последующим соглашениям и последующей практике государств вне судебных и квазисудебных процедур<sup>290</sup>.

120. На шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) на основе рекомендаций Исследовательской группы<sup>291</sup> Комиссия постановила: а) изменить начиная со своей шестьдесят пятой сессии (в 2013 году) формат своей работы по данной 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»<sup>292</sup>.

<sup>286</sup> На ее 2997-м заседании 8 августа 2008 года. См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10)*, пункт 353. Краткое изложение темы см. там же, приложение А. Генеральная Ассамблея в пункте 6 своей резолюции 63/123 от 11 декабря 2008 года приняла это решение к сведению.

<sup>287</sup> См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункты 220–226.

<sup>288</sup> Там же, *шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункты 344–345; а также там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункт 337.

<sup>289</sup> Там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункты 338–341; а также *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункты 230–231.

<sup>290</sup> Там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункты 232–234.

На шестьдесят третьей сессии (в 2011 году) председатель Исследовательской группы представил девять предварительных выводов, переформулированных в свете обсуждения в Исследовательской группе (там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункт 344). На шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) Председатель представил текст шести дополнительных предварительных выводов, также переформулированных в свете обсуждения в Исследовательской группе (там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункт 240). Исследовательская группа также обсудила формат, в котором должна вестись дальнейшая работа, и, возможно, итог этой работы. Председателем был сформулирован ряд предложений, одобренных Исследовательской группой (там же, пункты 235–239).

<sup>291</sup> Там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункты 226 и 239.

<sup>292</sup> Там же, пункт 227.



121. На шестьдесят пятой сессии (в 2013 году) Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/660) и приняла в предварительном порядке пять проектов выводов<sup>293</sup>.

122. На шестьдесят шестой сессии (в 2014 году) Комиссия рассмотрела второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/671) и в предварительном порядке приняла пять проектов выводов<sup>294</sup>.

## **В. Рассмотрение темы на нынешней сессии**

123. На нынешней сессии Комиссии был представлен третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/683), в котором содержался анализ роли последующих соглашений и последующей практики в связи с договорами, являющимися учредительными документами международных организаций, и в котором был предложен проект выводов 11 по данному вопросу. В частности, после рассмотрения статьи 5 Венской конвенции о праве международных договоров (Договоры, учреждающие международные организации, и договоры, принятые в рамках международной организации) в третьем докладе разобраны вопросы, касающиеся применения правил Венской конвенции, касающихся толкования договоров, к учредительным документам международных организаций. В нем также рассмотрено несколько вопросов, касающихся последующих соглашений по подпунктам а) и б) пункта 3 статьи 31, а также статье 32 Венской конвенции о праве международных договоров как средства толкования учредительных документов международных организаций.

124. Комиссия рассмотрела доклад на своих 3259–3262-м заседаниях 29 мая, 2, 3 и 4 июня 2015 года.

125. После дискуссии по третьему докладу Комиссия на своем 3262-м заседании 4 июня 2015 года постановила передать проект вывода 11, Учредительные документы международных организаций, представленного Специальным докладчиком, Редакционному комитету.

126. На 3266-м заседании 8 июля 2015 года Комиссия получила доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке проект вывода 11 (см. раздел С.1 ниже).

127. На своих 3284–3285-м и 3288-м заседаниях 4 и 6 августа 2015 года Комиссия приняла комментарий к проекту вывода, принятому в предварительном порядке на нынешней сессии (см. раздел С.2 ниже).

<sup>293</sup> Там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункты 33–39. Комиссия приняла в предварительном порядке проект вывода 1 (Общее правило и средства толкования договоров), проект вывода 2 (Последующие соглашения и последующая практика как аутентичные средства толкования), проект вывода 3 (Толкование терминов договора как способных менять свое значение с течением времени), проект вывода 4 (Определение последующего соглашения и последующей практики) и проект вывода 5 (Присвоение последующей практики).

<sup>294</sup> Там же, *шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, пункты 70–76. Комиссия приняла в предварительном порядке проект вывода 6 (Установление последующих соглашений и последующей практики), проект вывода 7 (Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования), проект вывода 8 (Значение последующих соглашений и последующей практики как средства толкования), проект вывода 9 (Соглашение участников относительно толкования договора) и проект вывода 10 (Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников).

## **С. Текст проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, принятых в предварительном порядке Комиссией к настоящему времени**

### **1. Текст проектов выводов**

128. Ниже воспроизводится текст проектов выводов, принятых в предварительном порядке Комиссией к настоящему времени<sup>295</sup>.

#### **Вывод 1**

##### **Общее правило и средства толкования договоров**

1. Общее правило толкования и правило относительно дополнительных средств толкования изложены соответственно в статьях 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров. Эти правила также применяются как международное обычное 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.
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) последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования.
4. В качестве дополнительного средства толкования в силу статьи 32 возможно обращение к другой последующей практике применения договора.
5. Толкование договора представляет собой одну единую сложную операцию, при которой надлежащий акцент делается на различных средствах толкования, указанных соответственно в статьях 31 и 32.

#### **Вывод 2**

##### **Последующие соглашения и последующая практика в качестве аутентичных средств толкования**

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

#### **Вывод 3**

##### **Толкование терминов договора как способных менять свое значение с течением времени**

Последующие соглашения и последующая практика по статьям 31 и 32 могут помочь определить, заключалось ли предполагаемое намерение участников при заключении договора в том, чтобы придать какому-либо из

---

<sup>295</sup> Комментарии к проектам выводов 1–5, см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 39. Комментарии к проектам выводов 6–10, см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, пункт 76.

используемых терминов значение, которое способно меняться с течением времени.

#### **Вывод 4**

##### **Определение последующего соглашения и последующей практики**

1. «Последующее соглашение» как аутентичное средство толкования по подпункту а) пункта 3 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 подпункту b) пункта 3 статьи 31 состоит из поведения в ходе применения договора после его заключения, которое устанавливает соглашение участников относительно толкования договора.
3. Другая «последующая практика» как дополнительное средство толкования по статье 32 состоит из поведения одного или нескольких участников в ходе применения договора после его заключения.

#### **Вывод 5**

##### **Присвоение последующей практики**

1. Последующая практика по статьям 31 и 32 может состоять из любого поведения в ходе применения договора, которое может быть присвоено какому-либо участнику договора в силу международного права.
2. Другое поведение, в том числе со стороны негосударственных акторов, не представляет собой последующей практики по статьям 31 и 32. Однако такое поведение может быть релевантным при оценке последующей практики участников договора.

#### **Вывод 6**

##### **Установление последующих соглашений и последующей практики**

1. Установление последующих соглашений и последующей практики согласно пункту 3 статьи 31 требует, в частности, определения того, заняли ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора. Как правило, это не происходит в том случае, если участники просто согласились временно не применять договор или согласились о практической договоренности (*modus vivendi*).
2. Последующие соглашения и последующая практика согласно пункту 3 статьи 31 могут принимать различные формы.
3. Установление последующей практики согласно статье 32 требует, в частности, определения того, идет ли речь о поведении одного или нескольких участников при применении договора.

#### **Вывод 7**

##### **Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования**

1. Последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 содействуют, взаимодействуя с другими средствами толкования, прояснению смысла договора. Это может приводить к сужению, расширению или иному определению диапазона возможных толкований, включая любые рамки, в которых договор предоставляет участникам возможность усмотрения.

2. Последующая практика по статье 32 может также содействовать прояснению смысла договора.

3. Предполагается, что участники договора, в силу достигнутого впоследствии соглашения или практики при применении договора, намерены толковать договор, а не вносить в него поправки или изменять его. Возможность внесения поправок в договор или изменения договора путем последующей практики участников не стала общепризнанной. Настоящий проект вывода не затрагивает правила о внесении поправок или об изменении договоров по Венской конвенции о праве международных договоров и по обычному международному праву.

#### **Вывод 8**

##### **Значение последующих соглашений и последующей практики как средства толкования**

1. Значение последующего соглашения или последующей практики как средства толкования по пункту 3 статьи 31 зависит, в частности, от их ясности и специфики.

2. Кроме того, значение последующей практики по подпункту b) пункта 3 статьи 31 зависит от того, повторяется ли она, и если да, то каким образом.

3. Значение последующей практики как дополнительного средства толкования по статье 32 может зависеть от критериев, указанных в пунктах 1 и 2.

#### **Вывод 9**

##### **Соглашение участников относительно толкования договора**

1. Соглашение по подпунктам а) и b) пункта 3 статьи 31 требует общего понимания в отношении толкования договора, о котором известно участникам и с которым они согласны. Хотя оно принимается во внимание, такое соглашение не обязательно должно иметь обязательную юридическую силу.

2. Количество участников, которые должны активно осуществлять последующую практику для установления соглашения по смыслу пункта 3 b) статьи 31, может варьироваться. Молчание одного или нескольких участников может представлять собой принятие последующей практики в тех случаях, когда обстоятельства требуют определенной реакции.

#### **Вывод 10**

##### **Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников**

1. Конференция государств-участников для целей настоящих проектов выводов, является совещанием государств-участников согласно договору для цели рассмотрения действия или имплементации этого договора, за исключением тех случаев, когда они действуют в качестве членов органа международной организации.

2. Юридическое воздействие решения, принятого в рамках Конференции государств-участников, зависит в первую очередь от договора и любых применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств такое решение может воплощать в себе, в ясной форме или имплицитно, последующее соглашение по подпункту а) пункта 3 статьи 31 или давать начало последующей практике по подпункту b) пункта 3 статьи 31 или последующей практике по статье 32. Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников, часто предоставляют неэксклюзивный ряд практических вариантов для 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 путем консенсуса.

#### **Вывод 11**

##### **Учредительные документы международных организаций**

1. Статьи 31 и 32 применяются к договору, являющемуся учредительным документом международной организации. Поэтому последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 являются средством толкования таких договоров, а другая последующая практика по статье 32 может им являться.

2. Последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 или другая последующая практика по статье 32 могут вытекать из практики международной организации при применении ею своего учредительного документа или могут находить свое выражение в такой ее практике.

3. Практика международной организации при применении ею своего учредительного документа может способствовать толкованию этого документа при применении пункта 1 статьи 31 и статьи 32.

4. Пункты 1–3 применяются к толкованию договора, являющегося учредительным актом международной организации, без ущерба для любых относящихся к делу правил организации.

## **2. Текст проекта вывода и комментария к нему, принятых Комиссией в предварительном порядке на ее шестьдесят седьмой сессии**

129. Текст проекта вывода и комментария к нему, принятых Комиссией в предварительном порядке на ее шестьдесят седьмой сессии, воспроизводится ниже.

#### **Вывод 11**

##### **Учредительные документы международных организаций**

1. Статьи 31 и 32 применяются к договору, являющемуся учредительным документом международной организации. Поэтому последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 являются средством толкования таких договоров, а другая последующая практика по статье 32 может им являться.

2. Последующие соглашения и последующая практика по пункту 3 статьи 31 или другая последующая практика по статье 32 могут вытекать из практики международной организации при применении ею своего учредительного документа или могут находить свое выражение в такой ее практике.

3. Практика международной организации при применении ею своего учредительного документа может способствовать толкованию этого документа при применении пункта 1 статьи 31 и статьи 32.

4. Пункты 1–3 применяются к толкованию договора, являющегося учредительным актом международной организации, без ущерба для любых относящихся к делу правил организации.

## Комментарии

1) В проекте вывода 11 говорится об особом виде договора, а именно об учредительных документах 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 о праве международных договоров.

2) Учредительные акты международных организаций прямо упоминаются в статье 5 Венской конвенции 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»<sup>296</sup>.

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» (подпункт а) пункта 1 статьи 2). Положения, которые содержатся в такого рода договоре, составляют часть такого учредительного акта<sup>297</sup>.

4) В общем плане, устанавливая, что Венская конвенция применяется в отношении учредительных актов международных организаций и без ущерба для любых соответствующих правил организации<sup>298</sup>, статья 5 следует общему подходу Конвенции, в соответствии с которым на межгосударственные договоры распространяются нормы, установленные в Конвенции, «если договором не предусмотрено иное»<sup>299</sup>.

5) Проект вывода 11 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 организаций<sup>300</sup>. Кроме того, проект вывода 11 не затрагивает толкование решений органов международных организаций как таковых<sup>301</sup>, включая толкование решений международных судов<sup>302</sup>, или по-

<sup>296</sup> См. также параллельное положение статьи 5 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями от 21 марта 1986 года, [A/CONF.129/15](#).

<sup>297</sup> Пункт 3 статьи 20 Венской конвенции требует принятия компетентным органом организации оговорок, касающихся ее учредительного акта. Двенадцатый доклад об оговорках к международным договорам *Ежегодник...* 2007 год, том II (часть первая), стр. 47, пункты 75–77, документ [A/CN.4/584](#); S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945–1986* (Cambridge, Cambridge University Press, 1989), p. 204.

<sup>298</sup> *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 191; K. Schmalenbach, “Art. 5”, in *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O. Dörr and K. Schmalenbach, eds. (Heidelberg, Springer 2012), at p. 89, para. 1.

<sup>299</sup> См., например, статью 16, пункты а) и б) статьи 19, пункты 1, 3, 4 и 5 статьи 20, статью 22, пункт 3 статьи 24, пункт 2 статьи 25, пункт 1 статьи 44, статью 55, пункт 2 статьи 58, пункт 1 статьи 70, пункт 1 статьи 72 и пункт 1 статьи 77 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331).

<sup>300</sup> Последняя категория рассмотрена Венской конвенцией о праве международных договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями ([A/CONF.129/15](#)).

<sup>301</sup> *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

следствия «ясной и последовательной юриспруденции»<sup>303</sup> («jurisprudence constant») судов или трибуналов<sup>304</sup>. Наконец, этот вывод конкретно не затрагивает вопросы, касающиеся решений договорных контрольных органов в составе независимых экспертов, а также в целом веса конкретных форм практики, вопросов, которые можно рассмотреть позднее.

б) В первом предложении пункта 1 проекта вывода 11 признается применимость статей 31 и 32 Венской конвенции в отношении договоров, которые являются учредительными документами международных организаций<sup>305</sup>. 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<sup>306</sup>.

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»<sup>307</sup>.

8) В то же время статья 5 указывает на то, и решения международных судов подтверждают это, что учредительные акты международных организаций являются также договорами особого рода, которые, возможно, необходимо толковать особым образом. По этому поводу Международный Суд заявил следующее:

---

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*, vol. 67 (1996), p. 1, at p. 29; M.C. Wood, «The Interpretation of Security Council Resolutions», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), p. 73, at p. 85; R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford, Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> ed. 2015), p. 127.

<sup>302</sup> *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 б) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года»).

<sup>303</sup> See *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte Alconbury (Developments Limited and others)* [2001] UKHL 231; *Regina v. Special Adjudicator ex parte Ullah; Do (FC) v. Immigration Appeal Tribunal* [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham); *Regina (On The Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State For Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15.

<sup>304</sup> Такая юриспруденция может служить средством определения норм права, как указано, в частности, в подпункте б) пункта 1 статьи 38 Статута Международного Суда от 26 июня 1945 года.

<sup>305</sup> Gardiner, сноска 301 выше, pp. 281–82.

<sup>306</sup> *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.

<sup>307</sup> *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.



«Но учредительными документами международных организаций также являются договора определенного вида; их целью является создание новых субъектов права, наделенных определенной автономией, которым стороны поручают задачи по достижению общих целей. Такие договоры могут поднимать 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, и это все элементы, которые, возможно, заслуживают особого внимания, когда придет время для интерпретации этих учредительных договоров»<sup>308</sup>.

9) Во втором предложении пункта 1 проекта вывода 11 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 подпункт b) пункта 3 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 Всемирной организации здравоохранения (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"»<sup>309</sup>.

Ссылаясь на различные прецеденты из своего прецедентного права, в котором он, в частности, использовал в качестве средства толкования последующую практику согласно подпункту b) пункта 3 статьи 31, Суд объявил, что он будет применять положения подпункта b) пункта 3 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»<sup>310</sup>.

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 организации<sup>311</sup>, последующую практику сторон. Отметив, что «государства-участники также поручили

<sup>308</sup> *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.

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> *Ibid.*

<sup>311</sup> См. Art. 17 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), at p. 80; в общем плане P.H. Sand, «Development of International Water Law in the Lake Chad Basin», *ibid.*, pp. 52–76.

Комиссии определенные задачи, которые первоначально не были предусмотрены в договорных текстах»<sup>312</sup>, 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 региональном уровне вопросов, относящихся к поддержанию международного мира и безопасности, и, таким образом, не подпадает по действие главы VIII Устава»<sup>313</sup>.

12) Подпункт а) пункта 3 статьи 31 также применим в отношении учредительных договоров международных организаций<sup>314</sup>. 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 протокол<sup>315</sup>. 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 пришли к общему соглашению о том, что это решение – согласованное и окончательное толкование соответствующих положений Договора»<sup>316</sup>.

Другими словами:

«[...] европейская валюта получает название "евро". [...] Конкретное название "евро" будет использоваться вместо родового термина "ЕКЮ", использованного в Договоре для обозначения европейской валютной единицы»<sup>317</sup>.

Это решение «государств-членов, встречающихся в рамках» Европейского союза рассматривалось в литературе в качестве последующего соглашения по подпункту а) пункта 3 статьи 31<sup>318</sup>.

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 – участни-

<sup>312</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 275, at p. 305, para. 65.

<sup>313</sup> *Ibid.*, at pp. 306–307, para. 67.

<sup>314</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), International Court of Justice, Judgment of 31 March 2014*, para. 46, доступно по адресу <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>; см. также сноску 341 ниже и сопровождающий текст.

<sup>315</sup> См. статьи 39–41 Венской конвенции.

<sup>316</sup> См. Madrid European Council, Conclusions of the Presidency, European Union Bulletin, No. 12 (1995), p. 10 at I.A.I.

<sup>317</sup> *Ibid.*

<sup>318</sup> См. A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), p. 215; G. Hafner, «Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification and Formal Amendment», в *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 105, at pp. 109–110.

ков учредительного акта организации<sup>319</sup>. 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»<sup>320</sup>.

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 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»<sup>321</sup>.

14) Помимо последующих соглашений или последующей практики, устанавливающих соглашение всех участников по подпунктам а) и б) пункта 3 статьи 31, другая последующая практика применения участником или участниками учредительного акта международной организации также может иметь отношение к делу при толковании данного договора<sup>322</sup>. Учредительные акты международных организаций, как и другие многосторонние договоры, например, иногда осуществляются в силу последующих двусторонних или региональных соглашений или практики<sup>323</sup>. Такого рода двусторонние договоры как таковые не являются последующими соглашениями согласно подпункту а) пункта 3 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.

15) *Пункт 2 проекта вывода II* подчеркивает особый способ, которым последующие соглашения и последующая практика согласно статьям 31, пункт 3, и 32 могут вытекать или находить свое выражение. Последующие соглашения и последующая практика государств-участников могут «вытекать 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»

<sup>319</sup> P.C.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3rd ed. (London, Kluwer Law International, 1998), pp. 340–343.

<sup>320</sup> Case C-181/91 and C-248/91, *Parliament v. Council and Commission* [1993], ECR I-3713, para. 12.

<sup>321</sup> *Ibid.*, para. 14.

<sup>322</sup> См. проекты выводов 1, пункт 4, и 4, пункт 3, Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, глава IV, стр. 13–14; стр. 19–20, пункт 10; стр. 31–48, пункты 22–36.

<sup>323</sup> Это касается, например, Конвенции о международной гражданской авиации (Чикагской конвенции) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 15, p. 295), подписанной в Чикаго 7 декабря 1944 года; P.P.C. Haanappel, «Bilateral Air Transport Agreements – 1913–1980», *The International Trade Law Journal*, vol. 5 (1980), p. 241, at pp. 241–267; L. Tomas, “Air Transport Agreements, Regulation of Liability”, в *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://www.mpepil.com>); B.F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009), p. 10.

практике международной организации по применению учредительного акта. Глагол «вытекать» призван охватить выработку и дальнейшее формирование последующих соглашений, а слова «находить свое выражение» использованы в смысле отражения и воплощения таких соглашений и практики. Любой из вариантов практики в международной организации может отражать последующие соглашения или последующую практику государств-участников учредительного акта организации (см. проект вывода 4)<sup>324</sup>.

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 согласно подпункту b) пункта 3 статьи 31, «и не равносильна 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 правом рассмотрения вопроса правомерности применения ядерного оружия, или равносильной ей»<sup>325</sup>.

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» в соответствии с подпунктом b) пункта 3 статьи 31, или равносильна такой практике<sup>326</sup>.

18) Аналогичным образом Апелляционный орган ВТО в общем плане заключил:

«Исходя из текста подпункта a) пункта 3 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»<sup>327</sup>.

<sup>324</sup> R. Higgins, «The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations», *ASIL Proceedings 59th Annual Meeting* (1965), p. 116, at p. 119; практика международной организации, помимо того, что она вытекает из соглашений или практики самих сторон или находит свое выражение в них согласно пункту 2, также может служить самостоятельным средством толкования согласно пункту 3 (см. ниже пункты 25–35).

<sup>325</sup> *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.

<sup>326</sup> Постоянная палата международного правосудия придерживалась такого подхода в своем решении по делу *Competence of the International Labour Organization to regulate, incidentally, the personal Work of the Employer, Advisory Opinion, 1926, P.C.I.J. Series B No. 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), p. 865, at p. 871.

<sup>327</sup> WTO, Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, para. 262.

19) Что касается условий, при которых решение пленарного органа может считаться последующим соглашением согласно подпункту а) пункта 3 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 смыслу подпункта а) пункта 3 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 подпункт а) пункта 3 статьи 31 как имеющий в виду *соглашения, конкретно затрагивающие толкование договора*". Таким образом, мы 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 смыслу подпункта а) пункта 3 статьи 31 *Венской конвенции*, касающееся толкования термина "разумный период времени" в статье 2.12 *Соглашения о ТБТ*»<sup>328</sup>.

20) Хотя Международный Суд прямо не упоминал подпункт а) пункта 3 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 ними<sup>329</sup>. В этой связи ряд ав-

<sup>328</sup> *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 (пункт 2 статьи 2 Соглашения о ВТО).

<sup>329</sup> *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

торов пришли к выводу, что последующие соглашения по смыслу подпункта а) пункта 3 статьи 31 могут, в известных обстоятельствах, вытекать из актов или находить выражение в актах пленарных органов международных организаций<sup>330</sup>, таких как Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций<sup>331</sup>. Так, Апелляционный орган ВТО со ссылкой на Комиссию<sup>332</sup> указал, что считать коллективное решение «аутентичным элементом толкования» согласно подпункту а) пункта 3 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 членов соответствующего пленарного органа<sup>333</sup>.

21) В пункте 2 упоминается практика международной организации, а не практика органа международной организации. Практика международной организации может вытекать из поведения органа, но она может также создаваться поведением двух или более органов.

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; в этом смысле, например L. B. Sohn, “The UN System as Authoritative Interpreter of its Law”, в *United Nations Legal Order*, vol. 1, O. Schachter and C.C. Joyner, eds. (Cambridge, American Society of International Law/Cambridge University Press, 1995), p. 169, at pp. 176–177 (которые в связи с делом *Никарагуа* отмечают, что «Суд признал Декларацию о дружественных отношениях аутентичным толкованием Устава»).

<sup>330</sup> H.G. Schermers and N.M. Blokker, *International Institutional Law*, 5th 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), p. 145, at 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 согласно подпункту а) пункта 3 статьи 31).

<sup>331</sup> См. E. Jiménez de Aréchega, “International Law in the Past Third of a Century”, *Recueil des Cours*, vol. 159 (1978), 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*, vol. 178 (1982), p. 113 («Провозглашающие 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”, в *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 273, at 275 (тезис о том, что, «если они принимаются консенсусом, [резолюции Генеральной Ассамблеи] могут играть важную роль [...] в толковании Устава ООН»); Aust, сноска 318 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.

<sup>332</sup> См. сноску 327 выше, para. 265.

<sup>333</sup> Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), pp. 114–115.



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 членов в голосовании как не препятствующую принятию резолюций. Такая процедура, которой следовал Совет Безопасности, оставшаяся неизменной после внесения в 1965 году поправки в статью 27 Устава, пользуется общим признанием членов Организации Объединенных Наций и служит свидетельством общей практики этой Организации»<sup>334</sup>.

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»<sup>335</sup>. Суд придерживался такого подхода в своем консультативном заключении относительно *правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории*, заявив следующее:

«Суд считает, что *принятая* практика Генеральной Ассамблеи в ее развитии не противоречит пункту 1 статьи 12 Устава»<sup>336</sup>.

Говоря о «принятой практике Генеральной Ассамблеи»<sup>337</sup>, 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 нормы<sup>338</sup>.

<sup>334</sup> *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.

<sup>335</sup> Н. Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989, Part Two”, *British Yearbook of International Law*, vol. 61 (1990), p. 61, at 76–77 (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»).

<sup>336</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 149–150.

<sup>337</sup> *Ibid.*, at p.150.

<sup>338</sup> См. комментарий к проекту вывода 9, пункт 2, второе предложение, доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят шестой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, глава VII, стр. 246–250, пункты 13–24; М.Е. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp. 431–432, para. 22; J. Arato, “Treaty Interpretation and Constitutional Transformation”, *Yale Journal of International Law*, vol. 38 (2013), p. 289, at p. 322.



23) Исходя из этого, разумно считать, «что соответствующая практика обычно будет практикой тех, на кого ложится обязательство исполнения»<sup>339</sup>; 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 соглашения участников в отношении толкования договора, может потребоваться учет дополнительных факторов»<sup>340</sup>.

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 промысла<sup>341</sup>, 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»<sup>342</sup>. Однако в то же время Суд также высказал ноту осторожности, 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»<sup>343</sup>.

25) Эта нота предосторожности, 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, которые могут быть приняты во внимание согласно статье 32<sup>344</sup>.

26) *Пункт 3 проекта вывода 11* 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

<sup>339</sup> Gardiner, сноска 301 выше, p. 281.

<sup>340</sup> *Ibid.*

<sup>341</sup> 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.

<sup>342</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, International Court of Justice, *Judgment of 31 March 2014*, para. 46, available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>.

<sup>343</sup> *Ibid.*, para. 83.

<sup>344</sup> 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 (где Суд ссылается на резолюцию 1600 (XV) Генеральной Ассамблеи от 15 апреля 1961 года, документ ООН A/RES/1600 (принята 60 голосами «за» при 23 воздержавшихся и 16 голосах «против»), включая СССР и другие государства «восточного блока»); резолюция 1913 (XVIII) Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 1963 года, документ ООН A/RES/1913 (принята 91 голосом «за» при 2 голосах «против» – Испании и Португалии).

практика [международной организации] может заслуживать особого внимания» в процессе толкования<sup>345</sup>.

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»<sup>346</sup>.

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»<sup>347</sup>.

29) В своем консультативном заключении *Об ИМКО* Международный Суд говорил о «практике, которой следовала сама Организация при осуществлении Конвенции», как средстве толкования<sup>348</sup>.

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:

«Предложения, внесенные в ходе разработки Устава, наделять 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"»<sup>349</sup>.

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 считает-

<sup>345</sup> *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.

<sup>346</sup> *Competence of the General Assembly regarding Admission to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 4, at p. 9.

<sup>347</sup> *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.

<sup>348</sup> *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.

<sup>349</sup> *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.

ся общепринятым в настоящее время, применим в отношении международных организаций<sup>350</sup>. 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 толкования<sup>351</sup>.

32) Хотя общепризнано то, что практика органов международных организаций является релевантным средством толкования учредительных актов международных организаций<sup>352</sup>, в литературе имеются определенные различия в объяснении относимости к делу, для целей толкования, «собственной практики» международной организации в терминах Венских правил толкования<sup>353</sup>. Такая практика, как минимум, может пониматься как дополнительное средство толкования согласно статье 32<sup>354</sup>. Суд, ссылаясь на акты международных организаций, принятые вопреки несогласию некоторых государств-членов<sup>355</sup>, признал, что подобные акты могут представлять собой практику для целей толкования, однако обычно не (более весомую) практику, которая устанавливает соглашение между участниками в отношении толкования и относилась бы к положениям пункта 3 статьи 31. Однако в литературе в целом имеется единство мнений насчет того, что практика международной организации как таковой будет также часто иметь отношение к прояснению обычного значения, которое следует придавать терминам договора в их контексте и в свете объекта и цели договора<sup>356</sup>.

33) В комментарии к проекту вывода 1 Комиссия подтвердила, что «данные случаи последующей практики и последующих соглашений способствовали или не способствовали определению обычного смысла терминов в их контексте и в

<sup>350</sup> J. Klabbers, *An Introduction to Institutional Law*, 2nd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), p. 90; 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, 2006), p. 80; Rosenne, сноска 297 выше, pp. 224–225.

<sup>351</sup> E. Lauterpacht, “The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals”, *Recueil des Cours*, vol. 152 (1976), p. 377, at p. 460; N. M. Blokker, “Beyond ‘Dili’: On the Powers and Practice of International Organizations”, в *State, Sovereignty, and International Governance*, G. Kreijen, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2002), pp. 312–318.

<sup>352</sup> C. Brölmann, “Specialized Rules of Treaty Interpretation: International Organizations”, в *The Oxford Guide to Treaties*, D. Hollis, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 520–521; S. Kadelbach, “The Interpretation of the Charter”, в *The Charter of the United Nations: A Commentary*, B. Simma et al., eds. 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 71, at p. 80; Gardiner, сноска 301 выше, pp. 127 and 281.

<sup>353</sup> Gardiner, сноска 301 выше, p. 282; Schermers and Blokker, сноска 330 выше, p. 844; J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 187; Klabbers, сноска 350 выше, pp. 89–90; 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, p. 183, at p. 224, para. 145.

<sup>354</sup> Комиссия, возможно, вернется к определению «другой последующей практики» в проектах выводов 1, пункт 4, и 4, пункт 3, чтобы пояснить, должна ли практика международной организации как таковой быть отнесена к этой категории, которая пока что ограничивается практикой участников; см. Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, глава IV, стр. 13–14.

<sup>355</sup> См. сноску 344 выше.

<sup>356</sup> Международный Суд использует выражение «цели и функции, конкретно указанные или подразумеваемые в ее учредительных документах и сложившихся 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.

свете объекта и цели договора»<sup>357</sup>. Эти соображения также имеют отношение к практике самой международной организации.

34) Возможная относимость к делу «собственной практики» международной организации может, таким образом, быть выведена из положений пункта 1 статьи 31 и статьи 32 Венской конвенции о праве международных договоров. Эти нормы, в частности, позволяют учитывать практику самой организации, в том числе со стороны ее органа или органов, как имеющей отношение к делу для установления объекта и цели договора, включая функцию соответствующей международной организации, согласно пункту 1 статьи 31<sup>358</sup>.

35) Тем самым статья 5 Венской конвенции 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 характера<sup>359</sup>. Поэтому такие элементы также могут способствовать выявлению того, может ли смысл положения учредительного акта международной организации меняться с течением времени и как именно<sup>360</sup>.

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<sup>361</sup>. При этом понимается, что практика международной организации может иметь отношение к делу для толкования ее учредительного акта, только если эта организация компетентна ввиду того общего требования, что международные организации не должны действовать *ultra vires*<sup>362</sup>.

<sup>357</sup> Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, глава IV, стр. 22, сноска 58; см., в частности, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 275, at pp. 306–307, para. 67.

<sup>358</sup> См. *Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South-West Africa, Advisory Opinion, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, I.C.J. Reports 1955*, p. 67, at p. 106 («Надлежащее 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»).

<sup>359</sup> 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», в *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», in E. Lagrange, J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales* (Paris, LGDJ, 2013), pp. 216–218; M. Wood, «'Constitutionalization' of International Law: A Sceptical Voice», in K. H. Kaikabad, M. Bohlander (eds.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, (Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2009), pp. 85–97.

<sup>360</sup> *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 3, доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, глава IV, стр. 14 и 27–35; O. Dörr, «Art. 31 General rule of interpretation», in *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O. Dörr and K. Schmalenbach, eds. (Heidelberg, Springer, 2012), p. 537, para. 31; Schmalenbach, см. сноску 298 выше, p. 92, para. 7.

<sup>361</sup> См. пункт 21) выше.

<sup>362</sup> *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,

37) Пункт 3 проекта вывода 11 строится на прежней работе Комиссии. Проект вывода 5 касается «последующей практики», как та определена в проекте вывода 4, который касается поведения *участников* договора при применении этого договора. 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 32. В своем комментарии к проекту вывода 5 Комиссия пояснила:

«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 о праве договоров между государствами и международными организациями и между международными организациями, в которой упомянута "установившаяся практика организации" как одна из форм "правил организации"»<sup>363</sup>.

38) Пункт 4 проекта вывода 11 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»<sup>364</sup>.

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<sup>365</sup>. Если, например, учредительный акт содержит оговорку, 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, ес-

---

которая требует утверждения необходимости для достижения одной из заявленных целей Организации Объединенных Наций, презюмируется, что такая мера не является *ultra vires* организации»).

<sup>363</sup> Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, глава IV, стр. 45, пункт 14. Однако Комиссия может в итоге пересмотреть формулировку проекта вывода 5 в свете проекта вывода 11, с тем чтобы прояснить связь между ними. См. также сноску 354 выше.

<sup>364</sup> Проекты статей об ответственности международных организаций, общий комментарий, пункт 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, стр. 70, пункт 88).

<sup>365</sup> См., например, Klabbers, сноска 350 выше, р. 88; Schmalenbach, сноска 298 выше, р. 89, para. 1 and p. 96, para. 15; Brölmann, сноска 352 выше, р. 522; Dögt, сноска 360 выше, р. 538, para. 32.



ли они «служат разным функциям и имеют разные юридические последствия»<sup>366</sup>. Лишь в редких случаях учредительные акты содержат положительно выраженные процессуальные или материальные нормы, касающиеся их толкования<sup>367</sup>. 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»<sup>368</sup>. Термин «установившаяся практика организации» имеет более узкий смысл, чем термин «практика организации».

41) В своем комментарии к пункту j) статьи 2 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 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»<sup>369</sup>.

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 организаций<sup>370</sup> 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 права<sup>371</sup>. Но даже если трудно дать общую формулировку, «устано-

<sup>366</sup> WTO, Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, paras. 252–257.

<sup>367</sup> 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. С. Fernández de Casadevante y Romani, *Sovereignty and Interpretation of International Norms* (Berlin/Heidelberg, Springer, 2007), pp. 26–27; Dögg, сноска 360 выше, p. 537, para. 32.

<sup>368</sup> См. Венскую конвенцию о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, пункт j) статьи 2; а также Проект статей об ответственности международных организаций Комиссии международного права, пункт b) статьи 2, доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят третьей сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, глава V, 54; С. Peters, “Subsequent practice and established practice of international organizations”, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), pp. 617–642.

<sup>369</sup> Доклад Комиссии международного права о работе ее тридцать четвертой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/37/10)*, комментарий к подпункту j) пункта 1 статьи 2, глава II, стр. 34, пункт 25.

<sup>370</sup> Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят третьей сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, глава V, стр. 58–59.

<sup>371</sup> Higgins, сноска 324 выше, at p. 121 («аспекты толкования договора и обычной практики в этой области сходятся очень близко»); Peters, сноска 368 выше, at p. 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», Доклад Комиссии международного права о работе ее тридцать четвертой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать*

вившаяся практика организации» обычно охватывает конкретную форму практики<sup>372</sup>, такую, которая обычно признается членами организации, хотя иногда и неявным образом<sup>373</sup>.

---

седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/37/10), комментарий к подпункту j) пункта 1 статьи 2, глава II, стр. 34, пункт 25; Schermers and Blokker, сноска 330 выше, at p. 766; однако см. C. Ahlborn, *The Rules of International Organizations and the Law of International Responsibility*, *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), 397, at pp. 424–428.

<sup>372</sup> Blokker, сноска 351 выше, p. 312.

<sup>373</sup> Lauterpacht, сноска 351 выше, p. 464 («согласие общего состава членов»); Higgins, сноска 324 выше, p. 121 («степень продолжительности и согласия здесь, возможно, 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, сноска 368 выше, p. 633–641.



## Глава IX

### Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами

#### А. Введение

130. На своей шестьдесят пятой сессии (2013 год) Комиссия постановила включить тему «Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами» в свою программу работы и назначила г-жу Марию Г. Якобссон Специальным докладчиком по данной теме<sup>374</sup>.

131. На своей шестьдесят шестой сессии (2014 год) Комиссия рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика (A/CN.4/674 и Corr.1)<sup>375</sup>.

#### В. Рассмотрение темы на нынешней сессии

132. На нынешней сессии на рассмотрении Комиссии находился второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/685), который она рассмотрела на своих 3264–3269-м заседаниях 6–10 июля и 14 июля 2015 года.

133. На своем 3269-м заседании 14 июля 2015 года Комиссия передала тексты пунктов преамбулы и проектов принципов 1–5, содержащиеся во втором докладе Специального докладчика<sup>376</sup>, Редакционному комитету при том понимании, что

<sup>374</sup> Это решение было принято на 3171-м заседании Комиссии 28 мая 2013 года. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 167. Схематическое описание темы см. там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, приложение E.

<sup>375</sup> Там же, *шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, пункты 186–222.

<sup>376</sup> Текст, предложенный Специальным докладчиком в ее втором докладе (A/CN.4/685), гласил:

##### «Преамбула

##### Сфера применения принципов

Настоящие принципы применяются к защите окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами.

##### Цель

Эти принципы имеют целью усилить защите окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами посредством профилактических и восстановительных мер.

Они также имеют целью свести к минимуму сопутствующий ущерб окружающей среде во время вооруженных конфликтов.

##### Употребление терминов

Для целей настоящих принципов:

а) "вооруженный конфликт" означает ситуацию, в которой имеет место применение вооруженной силы между государствами или длительное применение вооруженной силы между правительственными властями и организованными вооруженными группами или между такими группами внутри какого-либо государства;

б) "окружающая среда" включает природные ресурсы, как абиотические, так и биотические, такие как воздух, вода, почва, фауна и флора, и взаимодействие между этими факторами, и характерные аспекты ландшафта.

##### Принцип 1

Природная среда является гражданской по своему характеру и не может быть объектом нападения до тех пор, пока ее части не становятся военным объектом. Она уважается и защищается в соответствии с применимыми нормами международного права, и в частности международного гуманитарного права.

##### Принцип 2

Во время вооруженного конфликта основополагающие принципы и нормы международного гуманитарного права, включая принципы предосторожности при

положение относительно «Употребления терминов» было передано для облегчения обсуждений и что на данном этапе Редакционному комитету следует оставить этот вопрос открытым.

134. На своем 3281-м заседании, состоявшемся 30 июля 2015 года, Председатель Редакционного комитета представил<sup>377</sup> доклад Редакционного комитета по теме «Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами», содержащий проекты вступительных положений и принципов I-(х)–II-5, принятые Редакционным комитетом в предварительном порядке на шестьдесят седьмой сессии (A/CN.4/L.870)<sup>378</sup>, с которыми можно ознакомиться на веб-сайте Комиссии. Ко-

нападении, различия и соразмерности и нормы, касающиеся военной необходимости, применяются так, чтобы усилить по возможности самую прочную защиту окружающей среды.

#### **Принцип 3**

Экологические соображения должны приниматься во внимание при оценке того, что является необходимым и соразмерным в ходе достижения законных военных целей.

#### **Принцип 4**

Причинение ущерба природной среде в качестве репрессалий запрещается.

#### **Принцип 5**

Государствам следует обозначать районы большого экологического значения в качестве демилитаризованных зон до начала вооруженного конфликта или, по крайней мере, в самом его начале».

<sup>377</sup> С заявлением Председателя Редакционного комитета можно ознакомиться на веб-сайте Комиссии по адресу <http://legal.un.org/ilc>.

<sup>378</sup> Текст, принятый в предварительном порядке Редакционным комитетом, гласил:

#### **«Введение**

##### **Сфера применения**

Настоящие проекты принципов применяются к защите окружающей среды до, во время и после вооруженных конфликтов.

##### **Цель**

Настоящие проекты принципов направлены на улучшение 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**

##### **Превентивные меры**

##### **Проект принципа 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.

##### **Часть вторая**

##### **Проекты принципов, применимые во время вооруженных конфликтов**

##### **Проект принципа II-1**

##### **Общая охрана [природной] среды во время вооруженных конфликтов**

1. [Природная] среда оберегается и защищается в соответствии с применимыми нормами международного права, и в частности права 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.

##### **Проект принципа II-2**

##### **Применение права вооруженных конфликтов к окружающей среде**

Право вооруженных конфликтов, в том числе принципы и правила в отношении проведения различия, соразмерности, военной необходимости и мер предосторожности при нападении, применяется к [природной] среде с целью ее защиты.

##### **Проект принципа II-3**

##### **Природоохранные соображения**

При применении принципа соразмерности и правил, касающихся военной необходимости, учитываются природоохранные соображения.

миссия приняла к сведению проект вступительных положений и проекты принципов, представленные Редакционным комитетом. Ожидается, что комментарии к проектам принципов будут рассмотрены на следующей сессии.

#### 1. Представление Специальным докладчиком второго доклада

135. Цель второго доклада состоит в определении существующих норм права вооруженных конфликтов, имеющих непосредственное отношение к охране окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, и включает рассмотрение таких норм. В докладе также содержатся предложения, касающиеся преамбулы и пяти проектов принципов. Пункты преамбулы содержат положения о сфере охвата проектов принципов, цели и употребления терминов, а также определяют термины «вооруженный конфликт» и «окружающая среда» для целей проектов принципов. Предлагаемые формулировки терминов «вооруженный конфликт» и «окружающая среда» были уже представлены в предварительном докладе. Проект принципа 1 содержит положение о защите окружающей среды во время вооруженных конфликтов, носящее общий характер. Проект принципа 2 касается применения норм права вооруженных конфликтов к окружающей среде, и в проекте принципа 3 рассматривается необходимость принятия во внимание экологических соображений при оценке того, что является необходимым и соразмерным в ходе достижения военных целей. Проект принципа 4 содержит запрет на причинение ущерба природной среде посредством репрессалий, и проект принципа 5 касается обозначения районов большого экологического значения в качестве демилитаризованных зон. Внося на рассмотрение этот доклад, Специальный докладчик пояснила, что «принципы» были предложены в качестве наиболее адекватного итога работы, поскольку они обеспечивают достаточную гибкость для охвата всех аспектов данной темы. Касаясь предложенной преамбулы, Специальный докладчик подтвердила свои сомнения относительно необходимости положения, касающегося «употребления терминов», однако отметила, что с учетом мнений, выраженных некоторыми членами Комиссии и государствами в отношении полезности такого положения, было бы преждевременным его исключать. Необходимость такого положения будет повторно оценена в ходе обсуждений на нынешней сессии.

136. Специальный докладчик отметила, что помимо рассмотрения норм права, применимых во время вооруженных конфликтов, в докладе рассматриваются некоторые аспекты методологии и источники. Он также содержит краткий обзор обсуждений в рамках Комиссии, проведенных на предыдущей сессии, а также информацию о мнениях и практике государств и отдельные соответствующие примеры прецедентного права. Касаясь информации, представленной государствами, Специальный докладчик отметила, что такая информация является крайне разнородной, поскольку государства решили представить информацию по различным вопросам, в связи с чем трудно сделать далеко идущие выводы. Вместе с тем следует выделить два вывода, а именно о том, что большинство норм, касающихся военной повинности в мирное время, были приняты недавно и что многосторонние операции во все большей степени осуществляются в рамках относительно недавно принятых природоохранных норм. В связи с разделом до-

---

#### **Проект принципа II-4**

##### **Запрет на репрессалии**

Нападения на [природную] среду в качестве репрессалий запрещаются.

#### **Принцип II-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».

клада, касающимся прецедентного права, Специальный докладчик обратила внимание на проблемы, возникающие при рассмотрении ситуаций, связанных с проведением различия между имуществом, средствами к существованию, природой, землей и природными ресурсами, в связи с которыми существует очевидная связь с правами человека, в особенности в тех случаях, когда затрагиваются коренные народы. В заключение она отметила целесообразность повторного рассмотрения этого вопроса.

137. Второй доклад прежде всего касается норм права, применимых во время вооруженных конфликтов. Он содержит анализ положений договоров, которые применяются напрямую, и соответствующих принципов права вооруженных конфликтов, таких как принципы различия, соразмерности и предосторожности при нападении, а также норм, касающихся военной необходимости. Вместе с тем Специальный докладчик подчеркнула, что, поскольку пересмотр норм права вооруженных конфликтов не является задачей Комиссии, в докладе не анализируются операционные толкования таких положений. Таким образом, доклад ограничивается определением того, охватывает ли применение этих положений также меры, направленные на охрану окружающей среды.

138. В докладе также рассматриваются вопросы, касающиеся охраняемых зон и районов, и нормы права, действующие в отношении демилитаризованных зон, зон, свободных от ядерного оружия, зон природного наследия и районов большого экологического значения в контексте данной темы. Специальный докладчик отметила, что этот раздел анализирует взаимосвязь между зонами природного и культурного наследия, а также право коренных народов на их окружающую среду как на культурный и природный ресурс.

139. Далее Специальный докладчик обратила внимание на некоторые вопросы, которые не были рассмотрены во втором докладе, включая «клаузулу Мартенса», многосторонние операции, деятельность Компенсационной комиссии Организации Объединенных Наций и ситуации оккупации, все из которых будут рассмотрены в третьем докладе с учетом их применимости также к фазе III – постконфликтные обязательства.

140. В заключение Специальный докладчик описала предлагаемую будущую программу работы, при этом отметив, что в ее третьем докладе будут содержаться предложения, касающиеся постконфликтных мер, включая сотрудничество, обмен информацией и видами передовой практики, а также восстановительных мер. Третий доклад будет также преследовать цель сведения воедино трех временных фаз и поэтому будет состоять из трех частей. Первая часть будет касаться норм права, применимых в постконфликтных ситуациях, вторая – вопросов, которые еще не были рассмотрены, таких как оккупация, а в третьей будет содержаться краткий анализ всех трех фаз. Специальный докладчик отметила свое намерение продолжать проводить консультации с другими заинтересованными сторонами и региональными организациями и отметила, что было бы полезно, чтобы государства продолжали представлять информацию относительно национального законодательства и прецедентного права, касающуюся данной темы.

## **2. Краткое изложение прений**

### **а) Общие замечания**

141. Важное значение, придаваемое этой теме, было подтверждено некоторыми членами, отметившими не только ее актуальность, но и связанные с ней вызовы, возникающие, в частности, в стремлении достичь справедливого равновесия между защитой законных прав, существующих в соответствии с нормами права вооруженных конфликтов, и охраной окружающей среды. Было отмечено, что

для достижения такого равновесия важное значение будет иметь проведение углубленного анализа понятия «обширный, долговременный и серьезный ущерб», а также стандартов, используемых для этих критериев.

142. Некоторые члены признали тот факт, что цель второго доклада заключается в определении существующих норм права вооруженных конфликтов, которые напрямую касаются охраны окружающей среды. В то же время некоторые члены также подчеркнули необходимость методичного изучения норм и принципов международного природоохранного права с целью оценки их продолжающейся применимости во время вооруженных конфликтов и их взаимосвязи с этим правовым режимом. Такой анализ имеет важнейшее значение для всей темы в целом, и в частности для второй фазы, которая обсуждается в настоящее время. Было рекомендовано использовать в ходе такого систематического обзора в качестве отправной точки проекты статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, принятые Комиссией в 2011 году. Было признано, что нормы права вооруженных конфликтов в принципе применяются во время вооруженных конфликтов в качестве *les specialis*. Вместе с тем было также отмечено, что неисключение параллельной применимости норм международного природоохранного права позволило бы избежать появления юридических пробелов. Именно этот подход Комиссия использовала при рассмотрении аналогичных вопросов в связи с темой защиты лиц в случае бедствий. Некоторые члены также обратили внимание на применимость к данной теме других правовых областей, таких как права человека, и предложили Специальному докладчику продолжить рассмотрение вопроса о взаимосвязи этих областей. В этом контексте было предложено рассмотреть вопрос о том, каким образом данная тема будет соотноситься с обсуждением, касающимся взаимосвязи между международным гуманитарным правом и международным правом прав человека. В ходе такого анализа следует стремиться прояснить как то, каким образом будут применяться меры по охране окружающей среды, так и то, каким образом они будут сочетаться с мерами по защите прав человека.

143. Некоторые члены Комиссии, руководствуясь также методологическими соображениями, предостерегли против попытки простого переноса положений права вооруженных конфликтов, касающихся защиты гражданских лиц или гражданских объектов, на охрану окружающей среды. Следует соблюдать материальную, персональную и временную сферу применения норм права вооруженных конфликтов. Было выражено мнение о том, что, возможно, было бы целесообразнее разработать конкретные нормы для охраны окружающей среды вместо того, чтобы восполнять пробелы в режиме охраны окружающей среды во время вооруженных конфликтов просто путем признания природной среды гражданской по своему характеру.

144. Члены Комиссии в целом приветствовали содержащуюся в докладе информацию о практике государств и анализ применимых норм, хотя некоторые члены также отметили, что представляется неясным, какие из этого можно было бы сделать выводы и каким образом эту информацию можно было бы использовать для разработки и определения содержания предложенных проектов принципов. Было подчеркнуто, что Комиссии будет необходимо знать, каким образом использовать эту информацию в своей работе и отражает ли соответствующая практика обычное международное право, формирующиеся нормы или новые тенденции. Было также выражено мнение о том, что нормы права вооруженных конфликтов, касающиеся охраны окружающей среды, по всей видимости, не отражают обычное международное право. Таким образом, Комиссии потребует рассмотреть вопрос о том, в какой мере итоговый результат будет содействовать развитию *lex ferenda*.

145. В связи с используемой в проектах принципов терминологией ряд членов обратили внимание на отсутствие единообразия в понятиях, в частности применительно к таким терминам, как «окружающая среда» и «природная среда», которые чередуются в тексте проектов и приводят к путанице. Кроме того, члены Комиссии в целом усомнились в целесообразности включения в преамбулу положений, касающихся сферы охвата, цели и употребления терминов. Хотя они поддержали мнение Специального докладчика о том, что такие положения не являются сами по себе «принципами», они сослались на прошлую практику Комиссии и предложили Специальному докладчику рассмотреть вопрос об их месте в тексте, включая возможность перемещения некоторых из них в постановляющую часть проектов принципов. При этом была также предложена возможность объединения их под общим вступительным заголовком.

146. Относительно вопросов, касающихся итогового результата и формы данной темы, некоторые члены выразили предпочтение в пользу проектов статей, поскольку эта форма в большей степени соответствует предписываемому характеру использованной терминологии в некоторых из предложенных проектов принципов. Ряд членов поддержали предложение Специального докладчика о разработке проектов принципов. Они не согласились с мнением ряда членов о том, что Комиссия принимала принципы только в тех случаях, когда она стремилась повлиять на развитие международного права, а не определить нормативные предписания. По их мнению, принципы действительно будут иметь правовую значимость, хотя и на более общем и абстрактном уровне, чем правила. Было также отмечено, что проекты принципов являются особенно уместными, если преследуемая цель не связана с разработкой новой конвенции. Было также указано на то, что Комиссия, возможно, пожелает не ограничиваться принципами, а предложить также рекомендации или виды передовой практики. В то время как некоторые члены выразили мнение о том, что структура проектов принципов должна соответствовать временным фазам, было также отмечено, что, поскольку некоторые проекты принципов будут охватывать не одну фазу, строгое временное разграничение было бы нежелательным и неосуществимым.

## **b) Сфера охвата**

147. Имело место подробное обсуждение вопроса об ограничениях сферы охвата данной темы. Некоторые члены отметили, что, возможно, было бы полезно добавить элемент порога, указывающий на то, что данная тема преследует цель рассмотрения ситуаций ущерба *определенного уровня*, причиненного окружающей среде во время вооруженных конфликтов. Хотя большинство членов были согласны с тем, что данная тема должна охватывать как международные, так и немеждународные вооруженные конфликты, была также отмечена необходимость прояснения того, каким образом будут отражены различия между этими типами конфликтов. Было отмечено, что если Комиссия решит принять один общий режим, охватывающий оба типа вооруженных конфликтов, – подход, который имеет свои достоинства, – то было бы важно четко указать методологию, используемую для этой цели. Ряд членов также подчеркнули необходимость дальнейшего изучения практики негосударственных акторов в контексте немеждународных вооруженных конфликтов.

148. По вопросу о конкретных видах вооружений были высказаны противоположные мнения о том, будут ли проекты принципов применяться в качестве существующих правовых норм к ядерному оружию и другим видам оружия массового уничтожения. С учетом заявлений, сделанных государствами при ратификации Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Дополнительного протокола I), относительно его неприменимости к ядерному ору-

жию, было предложено коснуться этого вопроса в проекте принципа посредством клаузулы «без ущерба». Было также выражено мнение о том, что может потребоваться дальнейшее уточнение сферы охвата данной темы применительно к различным видам оружия.

149. Некоторые члены предложили исключить положение о природном и культурном наследии, хотя было также отмечено, что этот вопрос имеет важную связь с окружающей средой и заслуживает рассмотрения. Важность проведения четкого разграничения между окружающей человека средой и природной средой была также отмечена некоторыми членами, которые выразили мнение о том, что первое понятие не подпадает под сферу охвата данной темы. Тогда как ряд членов отметили, что вопрос об эксплуатации природных ресурсов не связан напрямую со сферой охвата данной темы, было предложено рассмотреть вопрос о нарушениях прав человека в результате действий, затрагивающих природные ресурсы. Кроме того, некоторые члены выразили мнение о том, что проекты принципов должны содержать положение о коренных народах с учетом их особой связи с окружающей средой.

150. Некоторые члены коснулись того, что они сочли в качестве определенных *лакун* в предложенных проектах принципов, и представили различные предложения, касающиеся дополнительных положений. В этой связи некоторые члены сочли важным отразить в проектах принципов запрет на «применение методов или средств ведения военных действий, которые имеют своей целью причинить или, как можно ожидать, причинят обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде», содержащийся в пункте 3 статьи 35 Дополнительного протокола I. Хотя было признано, что это положение содержит высокий порог, было отмечено, что по меньшей мере оно закрепляет минимальную норму. Было также упомянуто об обязанности проявлять заботу, закрепленной в пункте 1 статьи 55 Дополнительного протокола, в частности предусматривающей, что «при ведении военных действий проявляется забота о защите природной среды от обширного, долговременного и серьезного ущерба». Было предложено отразить это положение либо в проекте принципа 1, либо в отдельном проекте принципа. Было также выражено мнение о том, что было бы целесообразно отразить в проекте принципов содержащееся в Конвенции о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду<sup>379</sup> обязательства «не прибегать к военному или любому иному враждебному использованию средств воздействия на природную среду, которые имеют широкие, долгосрочные или серьезные последствия в качестве способов разрушения, нанесения ущерба или причинения вреда». Помимо неопределенности, касающейся статуса данного принципа в обычном международном праве, было отмечено, что было бы сложно оспорить его значение для современного международного природоохранного права. Было также отмечено, что проект принципа должен содержать запрет уничтожения окружающей среды, которое не оправдано военной необходимостью и произведено бесцельно, основанный на формулировке, содержащейся в резолюции 47/37 Генеральной Ассамблеи от 25 ноября 1992 года. Как представляется, этот аспект не отражен в проекте принципа 1, в котором говорится о «нападении», однако оставляется без внимания понятие «уничтожение».

151. Некоторые члены выразили сожаление по поводу того, что содержащееся в докладе утверждение относительно важности национального законодательства об охране окружающей среды, не нашло отражения в тексте проектов принципов. Поэтому было предложено разработать отдельный проект принципа, отражающий обязанность государств стремиться к охране окружающей среды в связи

<sup>379</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 1108, p.151.



с вооруженными конфликтами посредством принятия законодательных мер, соответствующих применимому международному праву.

**с) Цель**

152. Ряд членов выразили мнение о том, что предложенное положение, касающееся цели, является неоправданно ограничительным. Помимо положений, касающихся профилактических и восстановительных мер, проекты принципов также содержат запрещающие положения, равно как и обязательства относительно принятия мер предосторожности. Ряд членов предложили исключить термин «сопутствующий». Было указано на то, что преследуемая цель заключается в сведении к минимуму всего ущерба независимо от того, является ли он сопутствующим или нет. Было также предложено провести разграничение между преднамеренным и сопутствующим ущербом. Было выражено мнение о том, что вопрос о сопутствующем ущербе мог бы быть рассмотрен в отдельном проекте принципа, хотя некоторые члены отметили, что этот термин требует дальнейшего рассмотрения.

**d) Употребление терминов**

153. Ряд членов поддержали включение в проекты принципов положения об употреблении терминов; такое положение способствовало бы надлежащему определению сферы охвата текста и проясняло рассматриваемую тему. При этом также высказывалось предостережение в отношении любой попытки определения для цели данной темы терминов «вооруженный конфликт» и «окружающая среда», которая затрагивает крайне сложные вопросы. Относительно определения термина «вооруженный конфликт» ряд членов отметили, что он является достаточно широким для охвата вооруженных конфликтов немеждународного характера, которые являются более распространенными, труднее поддаются регулированию и в большей степени причиняют ущерб окружающей среде. Было также отмечено, что, возможно, было бы необходимо тем или иным образом пояснить, что данные проекты принципов применяются лишь к ситуациям, в которых длительное применение силы достигло определенного уровня интенсивности. Тем самым ситуации внутренних беспорядков, связанные лишь с применением силы правоохранительными органами, были бы исключены из сферы охвата настоящей темы. У ряда членов возникли вопросы в связи с расширительным определением термина «окружающая среда», в связи с чем было предложено ограничить сферу охвата защиты окружающей среды ситуациями, касающимися вооруженных конфликтов. В этой связи было отмечено, что невозможно заимствовать определение из договора, касающегося ситуаций мирного времени, и просто перенести его на ситуации вооруженного конфликта.

**e) Проект принципа 1**

154. Тогда как ряд членов поддержали проект принципа 1, другие члены выразили обеспокоенность относительно определения природной среды в целом в качестве «гражданской по своему характеру», сочтя эту формулировку слишком широкой и двусмысленной. Предложенная формулировка, как представляется, предполагает отождествление понятия окружающей среды в целом с понятием «гражданский объект», что привело бы к возникновению значительных трудностей при применении принципа различия. Было отмечено, что право вооруженных конфликтов касается неабстрактной защиты лиц или объектов. Поэтому было бы целесообразнее сформулировать норму охраны окружающей среды с учетом ее конкретных частей или особенностей. Было также предложено определить ее в качестве гражданского объекта. Такой подход позволил бы классифицировать защиту в соответствии с нормами, применимыми к защите гражданских

объектов, хотя было также отмечено, что такие нормы не могут автоматически применяться к окружающей среде. Было отмечено, что обстоятельства, при которых гражданский объект становится военной целью, а также проведение различия между ситуациями, в которых он становится такой целью целиком или частично, требуют разъяснения. Некоторые другие члены подчеркнули, что окружающая среда не может рассматриваться в качестве гражданского «объекта», несмотря на то, что она включает в себя такие объекты.

155. Некоторые члены обратили внимание на второе предложение проекта принципа 1, которое, по их мнению, могло бы выступать в качестве первого принципа, позволяющего сначала коснуться охраны окружающей среды в целом, а затем ее частей. Таким образом, второе предложение можно было бы либо поменять местами с первым, либо включить в отдельный принцип. Было также предложено прояснить сферу охвата понятия «применимые нормы международного права» и определить соответствующие нормы в рамках международного гуманитарного права.

**f) Проект принципа 2**

156. Члены Комиссии в целом выразили согласие с общей направленностью проекта принципа 2, но при этом также высказали обеспокоенность по поводу формулировки, касающейся «самой надежной» охраны. Было отмечено, что эта формулировка неточно отражает предусмотренное международным гуманитарным правом требование, закрепляющее обязательство относительно принятия разумных мер предосторожности с целью избежать и в любом случае свести к минимуму причинение ущерба, превышающего достижение конкретного военного преимущества. Кроме того, было отмечено, что эта формулировка, по всей видимости, не признает того, что в некоторых обстоятельствах было бы невозможно обеспечить соблюдение такой нормы для защиты как гражданских лиц, так и окружающей среды. Было также выражено мнение о том, что упомянутые в этом положении принципы было бы необходимо адаптировать к особенностям окружающей среды, а также пояснить их применимость с учетом гражданского статуса окружающей среды, который был ей присвоен в проекте принципа 1. Относительно принципа предосторожности была отмечена необходимость прояснения нормы, применимой к требуемой оценке «ущерба», в частности того, отличается ли она от критерия «обширного, серьезного и долговременного ущерба». Было также предложено пояснить в данном проекте принципа применимость принципа соразмерности в отношении тех частей окружающей среды, которые лишились защиты. Было внесено предложение о включении конкретной ссылки на принцип гуманности.

**g) Проект принципа 3**

157. Ряд членов поддержали проект принципа 3, который, как они отметили, основывается на консультативном заключении Международного Суда по делу, касающемуся *ядерного оружия*<sup>380</sup>. Вместе с тем было также выражено мнение о том, что Суд, как представляется, рассмотрел вопрос экологических соображений в связи с *jus ad bellum*, а не *jus in bello*, что делало бы формулировку проекта принципа 3 проблематичной. Было также высказано противоположное мнение, согласно которому в упомянутом консультативном заключении была сделана ссылка на *jus in bello*. Внимание было также обращено на тот факт, что могут возникать ситуации, в которых экологические соображения могут быть просто иррелевантными; для отражения этого в данную формулировку следовало бы включить соответствующее пояснение. Было внесено предложение о доработке

<sup>380</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226.

содержания проекта принципа 3 с целью разъяснения того, каким образом экологические соображения должны приниматься во внимание при оценке того, что является необходимым и соразмерным. В этой связи было отмечено, что понятие «экологические соображения» было бы необходимо должным образом определить, а также пояснить предел таких соображений. Было внесено предложение добавить предложение о том, что такие оценки должны осуществляться объективно и на основе имеющейся на соответствующий момент информации. Некоторые члены отметили определенные совпадения в формулировках проектов принципов 2 и 3 и в этой связи предложили рассмотреть возможность объединения двух проектов принципов в один. Однако другие члены отметили, что проект принципа 3 является более конкретным, чем проект принципа 2, в связи с чем его следует сохранить.

#### h) Проект принципа 4

158. Ряд членов отметили, что проект принципа 4 воспроизводит положение, закрепленное в пункте 2 статьи 55 Дополнительного протокола I, и поддержали его включение. Представляется целесообразным использование абсолютного запрета; если окружающая среда или ее часть становятся военной целью, то применяются другие нормы, касающиеся нападений на окружающую среду. Таким образом, любое положение, содержащее что-либо менее весомое, чем абсолютный запрет, представляется неоправданным. Было также отмечено, что то обстоятельство, что запрет может существовать лишь в качестве договорного обязательства, а не в качестве нормы обычного права, могло бы быть пояснено в комментариях; задача Комиссии не состоит в подготовке свода норм обычного права. Вместе с тем некоторые другие члены Комиссии сочли крайне важным тот факт, что запрет на репрессалии в целом не признается в качестве нормы обычного международного права, в связи с чем его следует отразить в качестве таковой в проекте принципа. Оформление этого запрета в такой абсолютной формулировке, которая была предложена Специальным докладчиком, было в связи с этим поставлено под сомнение этими членами. Кроме того, было отмечено, что в исключительных случаях применение участниками конфликта репрессалий может считаться законным в тех случаях, когда они применяются в качестве мер принуждения в ответ на противозаконные деяния противоположной стороны. В этой связи были сделаны ссылки на оговорки, сделанные государствами в отношении пункта 2 статьи 55 Дополнительного протокола I, а также в отношении определения репрессалий, содержащегося в исследовании обычного международного права, подготовленном МККК<sup>381</sup>. Поскольку данные проекты принципов охватывают все вооруженные конфликты – международные и немеждународные, – внимание было обращено на тот факт, что ни общая статья 3 Женевских конвенций, ни Дополнительный протокол II не содержат конкретного запрета на репрессалии со стороны участников конфликта. Поэтому рассматриваемый проект принципа следует переформулировать для включения в него соответствующих пояснений. Вместе с тем было также выражено мнение о том, что этот вопрос относится к области, в которой Комиссия, возможно, пожелает обеспечить прогрессивное развитие права, с тем чтобы распространить сферу охвата запрета на репрессалии на немеждународные вооруженные конфликты.

#### i) Проект принципа 5

159. Хотя некоторые члены поддержали основную направленность проекта принципа 5, касающегося обозначения районов большого экологического значения в качестве демилитаризованных зон до начала вооруженного конфликта или

<sup>381</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vols. I and II (Cambridge, Cambridge University Press, 2005).

в самом его начале, они отметили, что в связи с ним возникает ряд важных вопросов, требующих дополнительного изучения с точки зрения как практического применения такого положения, так и его нормативных последствий. При этом было также выражено сомнение в отношении юридической основы этого проекта принципа и его осуществления.

160. Тогда как некоторые члены выразили мнение о том, что это положение касается фазы I, связанной с обязательствами мирного времени, ряд других членов указали на то, что оно может также применяться к фазе II, касающейся периода вооруженного конфликта, или даже фазе III, касающейся постконфликтных обязательств. Соответственно были высказаны предложения относительно расширения временной сферы охвата проекта принципа 5, а также относительно рассмотрения правовых последствий таких зон для других сторон конфликта, включая обязательства не нападать на них. Было отмечено, что заключение взаимных соглашений между сторонами конфликта, предусматривающих создание таких районов и зон, обеспечило бы большую степень защиты, чем односторонние обозначения; с этой целью в проект принципа следует включить соответствующую формулировку. Некоторые члены также выразили мнение о том, что этот проект принципа должен также охватывать районы культурного и природного наследия. Было внесено предложение о включении отдельного проекта принципа о зонах, свободных от ядерного оружия, в связи с охраной их окружающей среды, а также о необходимости выполнения третьими государствами обязательств, взятых ими по соблюдению таких зон.

161. Ряд членов предложили Специальному докладчику подробнее изучить сложные юридические и практические вопросы, которые возникают в связи с этим проектом принципа, в ее следующем докладе и разработать предложенный режим.

**j) Будущая программа работы**

162. Некоторые члены поддержали предложение Специального докладчика о рассмотрении в ее третьем докладе правовых норм, применимых к постконфликтным ситуациям, вопросов, которые еще не были рассмотрены в рамках второй фазы, и включить краткий анализ всех трех фаз. При этом было также отмечено, что представляется не совсем ясным, каким образом Специальный докладчик намеревается продолжать рассмотрение данной темы после завершения ее третьего доклада, и была выражена надежда на то, что этот вопрос может быть дополнительно прояснен. Было предложено разработать общую структуру проектов принципов, предложенных Специальным докладчиком, с целью облегчения соответствующей работы.

163. Относительно конкретных вопросов, подлежащих рассмотрению в третьем докладе, было выражено мнение о том, что Специальному докладчику следует подробнее рассмотреть другие договоры по международному гуманитарному праву, ограничивающие средства и методы ведения войны, которые могут оказывать неблагоприятное воздействие на природную окружающую среду, и в частности рассмотреть вопросы, касающиеся разработки новых технологий и видов вооружений. Ряд членов приветствовали намерение Специального докладчика рассмотреть вопрос об оккупации в связи с фазами II и III. Было также предложено, чтобы Специальный докладчик предложила проекты принципов, касающиеся подготовки военнослужащих, а также разработки и распространения соответствующих учебных материалов. И наконец, было выражено мнение о том, что Специальному докладчику следует включить предложения, касающиеся путей и средств, с помощью которых международные организации могут содействовать правовой защите окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами. Не-

которые члены предложили Специальному докладчику обеспечить, чтобы структура будущих проектов принципов соответствовала временным фазам.

164. Некоторые члены приветствовали намерение Специального докладчика продолжать проведение консультаций с другими заинтересованными сторонами, такими как МККК, ЮНЕСКО и ПРООН, а также с региональными организациями. Они также согласились с тем, что было бы полезно, чтобы государства продолжали представлять примеры законодательства и соответствующего прецедентного права.

### 3. Заключительные замечания Специального докладчика

165. С учетом замечаний, сделанных в ходе обсуждений на пленарных заседаниях относительно структуры и методологии доклада и проектов принципов, Специальный докладчик сочла полезным пояснить, что общая структура данной темы будет состоять из ряда проектов принципов, объединенных в группы с учетом их функциональной цели, с тем чтобы как можно точнее отразить три временные фазы. Было вновь заявлено о том, что проекты принципов, предложенные в настоящем докладе, касаются второй временной фазы (т.е. периода вооруженного конфликта), которой посвящен доклад. Таким образом, местоположение и нумерацию проектов принципов следует рассматривать с учетом этого контекста, и поэтому они являются временными; проекты принципов, касающиеся фаз I и III, будут добавлены в следующем докладе. Специальный докладчик разделяет точку зрения о том, что эта тема нуждается в надлежащей преамбуле, которая могла бы быть определена на более позднем этапе. Кроме того, Специальный докладчик подчеркнула, что вопрос о том, какие другие нормы могут применяться в период вооруженного конфликта, включая нормы и принципы международного природоохранного права, находятся в центре рассматриваемой темы, и поэтому она полностью поддерживает замечания, сделанные относительно необходимости рассмотрения этих вопросов. Однако, учитывая центральную тему второго доклада, касающуюся определения норм и принципов права вооруженных конфликтов, касающихся охраны окружающей среды, включение в это рассмотрение других областей права является невозможным. Такое рассмотрение будет осуществлено на более поздней стадии.

166. Отвечая на вопросы, заданные в связи с использованием в проектах принципов как термина «окружающая среда», так и термина «природная среда», Специальный докладчик пояснила, что это объясняется сферой охвата данной темы, которая является широкой и касается термина «окружающая среда». Это необходимо отразить в положении, касающемся сферы охвата и цели. Вместе с тем проекты принципов, касающиеся фазы II, отражают положения права вооруженных конфликтов, использующие более узкую концепцию, а именно концепцию «природной среды». Термин «природная среда» был использован в этом конкретном контексте для того, чтобы не создавалось впечатление, что имеет место расширение сферы охвата права вооруженных конфликтов. Таким образом, использование указанных двух терминов преследовало цель отразить именно это различие.

167. Специальный докладчик отметила, что в связи с проектом принципа 1 имели место активные обсуждения. Она пояснила, что в основе предложенной формулировки «природная среда является гражданской по своему характеру» лежит принцип проведения различия в праве вооруженных конфликтов между гражданскими объектами и военными целями, что означает, что для цели применения права вооруженных конфликтов природная среда относится к одной из этих двух категорий. В своей формулировке она стремилась отразить именно это понятие. Она воздержалась от обозначения природной среды в качестве гражданского «объекта», поскольку это могло бы вызвать путаницу, хотя, по ее мнению, части

природной среды могут представлять собой гражданский объект. Вместе с тем она согласилась с тем, что определение природной среды в целом в качестве «объекта» являлось бы нецелесообразным. Поскольку в связи с данным предложением возникла некоторая путаница, она посчитала, что, возможно, было бы лучше избегать дальнейшего использования этого понятия в данном проекте принципа.

168. Относительно термина «сопутствующий ущерб» Специальный докладчик отметила, что это понятие стало почти синонимичным ущербу гражданским лицам и гражданскому имуществу, который может возникать вследствие законного нападения и напрямую связан с принципом соразмерности. С учетом сделанных в ходе обсуждений замечаний Специальный докладчик предложила рассмотреть возможность исключения этого термина из проектов принципов.

169. Касаясь выраженных некоторыми членами мнений о том, что запрет на репрессалии не является нормой обычного международного права, Специальный докладчик подчеркнула, что данная тема преследует цель не определения норм обычного права, а закрепление стандарта. Кроме того, учитывая большое число государств – участников Дополнительного протокола I, было бы достойно сожаления, если бы Комиссия оказалась не в состоянии признать этот важный запрет или попыталась принизить его значение.

170. И наконец, Специальный докладчик выразила мнение о том, что Комиссии не следовало бы пытаться рассматривать вопрос о порогах в отношении некоторых терминов, используемых в праве вооруженных конфликтов, в частности относительно статей 35 и 55 Дополнительного протокола I, как это было предложено некоторыми членами.

## Глава X

### Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

#### А. Введение

171. На своей пятьдесят девятой сессии (2007 год) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» и назначила Специальным докладчиком г-на Романа А. Колодкина<sup>382</sup>. На той же сессии Комиссия просила Секретариат подготовить справочное исследование по данной теме, которое было представлено Комиссии на ее шестидесятой сессии<sup>383</sup>.

172. Специальный докладчик представил три доклада. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад на своей шестидесятой сессии (2008 год) и второй и третий доклады на своей шестидесятой третьей сессии (2011 год)<sup>384</sup>. Комиссия не смогла рассмотреть эту тему на своей шестидесятой первой сессии (2009 год) и шестидесятой второй сессии (2010 год)<sup>385</sup>.

173. На своей шестидесятой четвертой сессии (2012 год) Комиссия назначила г-жу Консепсьон Эскобар Эрнандес Специальным докладчиком вместо г-на Колодкина, который вышел из состава Комиссии. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика на той же сессии (2012 год), ее второй доклад на шестидесятой пятой сессии (2013 год) и ее третий доклад на шестидесятой шестой сессии (2014 год)<sup>386</sup>. На основе проектов статей, предложенных Специальным докладчиком во втором и третьем докладе, Комиссия к настоящему моменту приняла в предварительном порядке пять проектов статей вместе с комментариями к ним. Текст проекта статьи 2 об употреблении терминов продолжает разрабатываться<sup>387</sup>.

<sup>382</sup> На своем 2940-м заседании 20 июля 2007 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункт 376). В пункте 7 резолюции 62/66 от 6 декабря 2007 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению решение Комиссии о включении данной темы в ее программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее пятьдесят восьмой сессии (в 2006 году) на основе предложения, содержащегося в приложении А к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10)*, пункт 257).

<sup>383</sup> Там же, *шестидесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункт 386. Меморандум, подготовленный Секретариатом, см. в документе *A/CN.4/596* и *Corr.1*.

<sup>384</sup> *A/CN.4/601* (предварительный доклад); *A/CN.4/631* (второй доклад); и *A/CN.4/646* (третий доклад).

<sup>385</sup> См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункт 207; и там же, *шестидесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункт 343.

<sup>386</sup> *A/CN.4/654* (предварительный доклад), *A/CN.4/661* (второй доклад) и *A/CN.4/673* и *Corr.1* (третий доклад).

<sup>387</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункты 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 6–7 августа 2013 года она приняла комментарии к ним. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, пункты 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.



## В. Рассмотрение темы на данной сессии

174. На рассмотрении Комиссии находился четвертый доклад Специального докладчика (A/CN.4/687). Комиссия рассмотрела доклад на своих 3271–3278-м заседаниях 16 июля и 21–24 июля 2015 года.

175. На своем 3278-м заседании 24 июля 2015 года Комиссия постановила передать проект статьи 2 f) и проект статьи 6<sup>388</sup>, предложенные Специальным докладчиком, в Редакционный комитет.

176. На 3284-м заседании Комиссии 4 августа 2015 года Председатель Редакционного комитета представил<sup>389</sup> доклад Редакционного комитета по теме «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции», содержащий проекты статей 2, подпункт f) и 6, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом на шестьдесят седьмой сессии (A/CN.4/L.865)<sup>390</sup>, с которыми можно ознакомиться на веб-сайте Комиссии. Комиссия приняла к сведению проекты статей, представленные Редакционным комитетом. Ожидается, что комментарии к проектам статей будут рассмотрены на следующей сессии.

<sup>388</sup> Предложенный Специальным докладчиком текст с внесенными в него исправлениями гласил:

### «Проект статьи 2

#### Определения

Для целей настоящих проектов статей:

f) "деяние, совершенное в официальном качестве", означает деяние, совершенное должностным лицом государства в порядке осуществления элементов государственной власти и составляющее, по своей сути, преступление, на которое может распространяться уголовная юрисдикция государства суда.

### Проект статьи 6

#### Сфера охвата иммунитета *ratione materiae*

1. Должностные лица государства, выступающие в этом качестве, пользуются иммунитетом *ratione materiae* как при исполнении служебных обязанностей, так и по окончании срока действия их полномочий.

2. Иммунитет *ratione materiae* охватывает только те действия, которые осуществлялись в официальном качестве должностным лицом государства в течение срока действия его полномочий.

3. Иммунитет *ratione materiae* применяется к бывшим главам государства, бывшим главам правительства и бывшим министрам иностранных дел в соответствии с положениями пунктов 1 и 2 настоящего проекта статьи».

<sup>389</sup> С заявлением Председателя Редакционного комитета можно ознакомиться на веб-сайте Комиссии по адресу <http://legal.un.org/ilc>.

<sup>390</sup> Текст, принятый в предварительном порядке Редакционным комитетом, гласил:

### «Проект статьи 2

#### Определения

Для целей настоящих проектов статей:

...  
f) "деяние, совершенное в официальном качестве", означает любое деяние, совершенное должностным лицом государства при осуществлении государственной власти.

### Проект статьи 6

#### Сфера охвата иммунитета *ratione materiae*

1. Должностные лица государства пользуются иммунитетом *ratione materiae* только в отношении деяний, совершенных в официальном качестве.

2. Иммунитет *ratione materiae* в отношении деяний, совершенных в официальном качестве, продолжает существовать после того, как такие лица перестают быть должностными лицами государства.

3. Лица, пользовавшиеся иммунитетом *ratione personae* в соответствии с проектом статьи 4, мандат которых закончился, продолжают пользоваться иммунитетом в отношении деяний, совершенных в официальном качестве в течение срока действия такого мандата».

## 1. Представление Специальным докладчиком четвертого доклада

177. В четвертом докладе был продолжен начатый в третьем докладе (A/CN.4/646) анализ нормативных элементов иммунитета *ratione materiae*. Поскольку вопрос о субъектной сфере охвата данного вида иммунитета (на кого распространяется такой иммунитет) уже был рассмотрен в третьем докладе, четвертый доклад был посвящен анализу еще не рассмотренной материально-правовой сферы («деяние, совершенное в официальном качестве») и временной сферы его охвата. По итогам проведенного анализа в докладе был также представлен предлагаемый текст проекта статьи 2 f) с определением для общих целей иммунитета понятия «деяние, совершенное в официальном качестве» и текст проекта статьи 6 о материально-правовой и временной сферах охвата иммунитета *ratione materiae*, содержащий конкретную ссылку на применение иммунитета *ratione materiae* к бывшим главам государств, бывшим главам правительств и бывшим министрам иностранных дел.

178. Представляя свой доклад, Специальный докладчик отметила, что его следует читать совместно с предыдущими докладами, поскольку эти доклады вместе составляют единое целое. Было отмечено, что, как и при обсуждении ранее вопроса об иммунитете *ratione personae*, в настоящем докладе напрямую не затрагивается вопрос об ограничениях и исключениях в связи с применением иммунитета, который будет рассмотрен в пятом докладе Специального докладчика в 2016 году. Специальный докладчик отметила некоторые проблемы, возникшие в связи с переводом доклада на различные языки с испанского оригинала, в связи с которыми она внесла необходимые изменения, выпустив исправление, которое было распространено среди членов Комиссии. Специальный докладчик просила Секретариат подготовить исправление для его распространения в качестве официального документа текущей сессии.

179. В представленном Специальным докладчиком четвертом докладе при рассмотрении нормативных элементов иммунитета *ratione materiae* были в первую очередь выделены основные признаки данного вида иммунитета, а именно то, что он предоставляется всем должностным лицам государства, что он охватывает только «деяния, совершенные в официальном качестве» и что он не имеет никаких ограничений по времени. Что касается самих нормативных элементов иммунитета *ratione materiae*, то субъектная сфера его охвата была рассмотрена в третьем докладе, а в центре внимания четвертого доклада, как уже отмечалось, были его материально-правовой и временной аспекты.

180. Рассмотрение понятия «деяния, совершенного в официальном качестве» было начато с ряда общих замечаний, в которых была подчеркнута важная роль данного понятия в контексте иммунитета *ratione materiae*. Эта важная роль обусловлена функциональным характером данного вида иммунитета. Затем в докладе были рассмотрены различия между «деяниями, совершенными в официальном качестве» и «деяниями, совершенными в личном качестве». На основании анализа этих различий был, в частности, сделан вывод о том, что их не следует отождествлять с различиями между актами *iure imperii* и актами *iure gestionis*, или с различиями между законными и противоправными деяниями.

181. После этого в докладе был рассмотрен вопрос об установлении индикативных критериев «деяния, совершенного в официальном качестве», для чего было необходимо провести последовательный анализ судебной практики (международной и национальной), договорной практики и предыдущей работы Комиссии. В ходе анализа международной судебной практики была подчеркнута значимая роль различных решений, вынесенных Международным Судом, Европейским судом по правам человека и Международным уголовным трибуналом по бывшей

Югославии. Изучение национальной судебной практики было проведено с привлечением большого числа национальных дел, затрагивающих несколько аспектов иммунитета *ratione materiae*, и с учетом решений как по уголовным, так и по гражданским делам, поскольку виды поведения, которые могут быть отнесены к «деяниям, совершенным в официальном качестве», можно обнаружить в обоих видах дел и вычленив из них общие элементы таких деяний. Анализ договорной практики включал в себя рассмотрение различных конвенций Организации Объединенных Наций, содержащих прямые или косвенные ссылки на иммунитеты, а также договоров (универсальных и региональных), устанавливающих нормы международного уголовного права и содержащих указания на официальный характер деяний, характеризующихся в качестве запрещенных международным правом видов поведения. При анализе предыдущей работы Комиссии международного права основное внимание было уделено статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния, Нюрнбергским принципам, проекту кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1954 года, проекту кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года и статьям об ответственности международных организаций 2011 года.

182. На основании такого предварительного анализа Специальный докладчик приступила к рассмотрению вытекающих из него признаков «деяния, совершенного в официальном качестве» в целях иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, а именно, уголовного характера деяния, присвоения деяния государству и использования суверенитета и элементов государственной власти на момент совершения деяния. Указание на уголовный характер деяния было призвано подчеркнуть связь ситуаций, в которых могут делаться ссылки на иммунитет *ratione materiae*, с уголовной юрисдикцией. На основании этого была сформулирована модель взаимосвязи между индивидуальной ответственностью и ответственностью государства, которую Специальный докладчик охарактеризовала как «одно деяние и два вида ответственности», подробно рассмотрев в докладе вытекающие из нее альтернативные сценарии. Вопрос о присвоении деяния государству необходимо было учесть потому, что применение иммунитета *ratione materiae* является обоснованным только в тех случаях, когда между государством и деянием его должностного лица существует связь. Особый интерес в этом отношении представлял вывод о том, что некоторые из критериев присвоения, перечисленные в статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния, не являются полезными для целей иммунитета. Наконец, был выявлен третий, телеологический признак, характеризующий «деяния, совершенные в официальном качестве», а именно то, что такие деяния являются проявлением суверенитета и формой осуществления элементов государственной власти. Примеры некоторых из этих элементов были представлены в докладе. В завершающей части раздела был рассмотрен вопрос о том, как соотносятся между собой международные преступления и деяния, совершенные в официальном качестве. Окончательное определение понятия «деяния, совершенного в официальном качестве» было представлено в конце этой части (части В) доклада.

183. В части С доклада был вкратце проанализирован временной аспект ввиду наличия консенсуса по поводу бессрочного характера иммунитета *ratione materiae* и важности учета разграничения между временем совершения деяния и временем, когда делается ссылка на иммунитет. Часть D доклада была посвящена сфере охвата иммунитета *ratione materiae*, и в ее заключительной части был предложен текст проекта статьи 6 по этому вопросу. В заключительной части четвертого доклада был изложен будущий план работы по данной теме и заявле-

но о намерении Специального докладчика посвятить пятый доклад связанным с иммунитетом ограничениям и исключениям.

184. Специальный докладчик отметила, что с точки зрения избранного методологического подхода доклад строится по примеру третьего доклада, поскольку затронутые в нем вопросы анализируются с опорой на судебную (международную и национальную) и договорную практику, а также на предыдущую работу Комиссии. Кроме того, были отмечены комментарии, полученные от правительств в 2014 и 2015 годах, которые по возможности принимались во внимание в момент их представления, а также замечания, высказанные делегатами в устных выступлениях в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи. Специальный докладчик также обратила внимание Комиссии на заявления, сделанные Нидерландами и Польшей, которые были получены по завершении работы над четвертым докладом.

185. Центральное место в докладе занимает анализ понятия «деяния, совершенного в официальном качестве». Специальный докладчик отметила, что временной аспект в нем анализируется весьма кратко, поскольку данный вопрос не является предметом существенных разногласий; как на практике, так и в теории права имеется широкий консенсус относительно «бессрочного» или «постоянного» характера иммунитета *ratione materiae*. Вместе с тем она отметила, что было необходимо проанализировать природу данного аспекта (является ли он ограничением или условием), а также принципиально важные временные сроки, которые должны учитываться для целей установления того, были ли выполнены критерии временного аспекта, т.е. идет ли речь о времени совершения деяния или о времени, когда делается ссылка на иммунитет. Она также обратила внимание на предлагаемый проект статьи.

186. Специальный докладчик подчеркнула, что основная часть доклада посвящена анализу материально-правовой сферы охвата иммунитета *ratione materiae*. Поэтому доклад представляет собой исследование понятия «деяния, совершенного в официальном качестве», для чего в свою очередь рассматривается различие между «деяниями, совершенными в официальном качестве» и «деяниями, совершенными в личном качестве», предлагаются индикативные критерии «деяния, совершенного в официальном качестве», а также его характеристики и в заключение приводится проект статьи, определяющей данную категорию деяний. В проекте статьи 6.2 в свою очередь деяния, совершенные в официальном качестве, рассматриваются как единственная категория деяний, совершенных должностными лицами государства, которые охватываются иммунитетом *ratione materiae*.

187. Было отмечено, что понятие «деяния, совершенного в официальном качестве», которое является центральным для этой темы в целом, имеет особое значение для иммунитета *ratione materiae*; в сферу охвата иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции попадают только деяния, совершаемые должностными лицами государства в их официальном качестве. Было отмечено, что для обозначения этого понятия употреблялись самые различные термины, однако в данном случае была использована формулировка «деяние, совершенное в официальном качестве», чтобы обеспечить терминологическую преемственность в работе Комиссии в соответствии с терминологией, примененной Международным Судом в деле *Об ордере на арест*.

188. Специальный докладчик отметила, что данное выражение не получило определения в современном международном праве. Оно нередко толкуется в качестве антитезы «деянию, совершенному в личном качестве» – понятию, которое, в свою очередь, также не имеет определения. Вместе с тем по итогам анализа соответствующей практики Специальный докладчик предлагает несколько

поддающихся вычленению индикативных критериев деяний, совершенных в официальном качестве. В частности, было отмечено, что а) такие деяния, среди прочего, связаны с ограниченным числом преступлений, включая международно-правовые преступления, систематические и грубые нарушения прав человека, некоторые деяния, совершаемые вооруженными силами и сотрудниками правоохранительных органов, а также деяния, относящиеся к коррупции; б) в некоторых многосторонних договорах устанавливается связь между совершением определенных деяний и официальным качеством совершающих такие деяния лиц; в) деяние считается совершенным в официальном качестве в тех случаях, когда оно совершено должностным лицом государства, действующим от имени государства, осуществляющим полномочия государственной власти или осуществляющим акты суверенитета; г) национальные суды обычно отказывают в предоставлении иммунитета при рассмотрении дел, связанных с коррупцией, приводя довод о том, что должностные лица не могут пользоваться иммунитетом в случае деятельности, которая тесно связана с частными интересами и нацелена на личное обогащение должностного лица, а не на защиту интересов суверенной власти; д) трудно определить, что подразумевается под «осуществлением полномочий государственной власти» или «суверенными актами». Суды, однако, включали в эту категорию такую деятельность, как охрана общественного порядка, деятельность сил безопасности и вооруженных сил, международные отношения, законодательные акты, отправление правосудия и административные акты различного содержания; е) понятие деяния, совершенного в официальном качестве, не следует автоматически отождествлять с понятием актов *jure imperii*. Более того, «деяние, осуществляемое в официальном качестве» может выходить за границы акта *jure imperii*, а также может относиться к некоторым актам *jure gestionis*, совершаемым должностными лицами государства при выполнении своих обязанностей и осуществлении государственных функций; ж) данное понятие не имеет никакого отношения к вопросу о законности или незаконности соответствующего деяния; и з) для целей иммунитета идентификация подобного деяния всегда осуществляется применительно к каждому отдельному случаю.

189. В свете вышеперечисленных критериев Специальный докладчик выделила следующие признаки деяния, совершенного в официальном качестве: а) деяние носит уголовный характер; б) деяние совершается от имени государства; и в) оно подразумевает осуществление суверенитета и элементов государственной власти.

190. Уголовный характер деяния, совершаемого в официальном качестве, порождает последствия для иммунитета, заключающиеся в том, что уголовный характер деяния может в принципе повлечь за собой два различных вида ответственности, одна из которых имеет уголовный характер и возлагается на исполнителя деяния, а другая – гражданский характер и возлагается на исполнителя или на государство. Специальный докладчик особо подчеркнула, что из модели «одно деяние, два вида ответственности» вытекает несколько сценариев, имеющих значение для иммунитета, а именно: а) исключительная ответственность государства в случаях, когда деяние невозможно присвоить тому, кто его совершил; б) ответственность государства и индивидуальная уголовная ответственность физического лица в случаях, когда деяние может быть присвоено обоим; в) исключительная ответственность физического лица в случаях, когда деяние может быть присвоено лишь этому лицу, даже если оно выступало в качестве должностного лица государства. Специальный докладчик также отметила, что в соответствии с тремя возможными сценариями ссылка на иммунитет может быть сделана на основании: а) иммунитета государства в том случае, когда то или иное деяние можно присвоить только государству и только лишь государство может нести ответственность; б) иммунитета государства и иммунитета *ratione*

matériae должностного лица государства в тех случаях, когда деяние можно при-  
своить как государству, так и физическому лицу.

191. По мнению Специального докладчика, иммунитет должностных лиц госу-  
дарства от иностранной уголовной юрисдикции *ratione materiae* имеет индивиду-  
альный характер и отличается от иммунитета государства в строгом смысле этого  
термина. Данное отличие является наиболее существенным в случае иммунитета  
от иностранной уголовной юрисдикции должностных лиц государства, что свя-  
зано с различным характером ответственности, которая применительно к госу-  
дарству является гражданской, а в отношении должностного лица государства –  
уголовной. Более того, различается и характер юрисдикций, от которых защища-  
ет иммунитет. Специальный докладчик отметила, что это различие не всегда  
достаточно четко проводится в литературе и на практике в первую очередь пото-  
му, что традиционно основное внимание в контексте защиты, предоставляемой  
иммунитетом, уделяется государству (а также его правам и интересам). Она  
пояснила, что иммунитет *ratione materiae* признается в интересах государства,  
суверенитет которого подлежит защите, однако его прямым бенефициаром явля-  
ется должностное лицо, когда оно действует в качестве выразителя этого сувере-  
нитета. По мнению Специального докладчика, применение иммунитета *ratione  
materiae* является обоснованным только в тех случаях, когда между государством  
и деянием его должностного лица существует связь. Наличие такой связи подра-  
зумевает возможность присвоения того или иного деяния государству. Вместе с  
тем она усомнилась в том, что все из критериев присвоения, перечисленные в  
статьях об ответственности государств за международно-противоправные дея-  
ния, являются полезными для целей иммунитета, особо выделив в качестве не-  
подходящих критерии, изложенные в статьях 7, 8, 9, 10 и 11.

192. Она отметила, что, хотя выявление связи между деянием и суверенитетом  
является непростой задачей, судебная практика свидетельствует о том, что кри-  
териям установления такой связи удовлетворяют некоторые виды деятельности,  
которые в силу своей природы считаются выражением или неотъемлемым атри-  
бутом суверенитета государства (охрана общественного порядка, отправление  
правосудия, деятельность вооруженных сил или международные отношения),  
а также некоторые функционально зависимые от них виды деятельности, кото-  
рые осуществляются во исполнение политики и решений государства, связанных  
с осуществлением суверенитета. Она высказалась в пользу строгого толкования  
понятия «деяния, совершенного в официальном качестве», поскольку это позво-  
лит отвести иммунитету подобающую ему роль, а именно защиты суверенитета  
государства. Она отметила, что квалификация деяний, совершенных должност-  
ными лицами государств, в качестве международных преступлений не должна  
автоматически и безоговорочно приводить к признанию иммунитета от ино-  
странный уголовной юрисдикции в связи с такой категорией деяний. Этот вопрос  
будет подробнее рассмотрен в пятом докладе.

## **2. Краткое изложение прений**

### **а) Общие замечания**

193. Члены Комиссии в целом высоко оценили четвертый доклад Специального  
докладчика за обилие приведенных в них систематизированных и тщательно до-  
кументированных примеров из договорной практики, а также анализ междуна-  
родной и национальной судебной практики, в ходе которого удалось четко увя-  
зать сам анализ и предложенные проекты статей. При этом в докладе были все-  
сторонне представлены различные соображения, имеющие значение для опреде-  
ления материально-правовой и временной сфер охвата иммунитета *ratione  
materiae*, и это помогло получить более ясное представление о весьма важном ас-

пекте данной темы. Было отмечено, что рассматриваемый предмет является безусловно сложным с правовой точки зрения и затрагивает политически тонкие и значимые для государств вопросы.

194. Было выражено мнение, что практика государств не является единообразной и что, более того, вектор практики государств непрерывно меняется и в силу этого выявление четких и непротиворечивых правил для применения является непростой задачей. Перед Комиссией стоят не только теоретические и доктринальные вопросы, касающиеся взаимосвязи данной темы с другими областями права в рамках системы международного права в целом, но и сложности, связанные с выбором таких приоритетов в процессе кодификации и прогрессивного развития, которые способствовали бы укреплению международного. Было также выражено мнение о необходимости уравновесить желание противодействовать иммунитету со стремлением к сохранению стабильности в межгосударственных отношениях. С учетом данных обстоятельств была признана крайняя важность транспарентности и компетентного обсуждения любых предлагаемых решений и приоритетов.

195. Некоторые члены Комиссии отметили, что доклад открывает возможность концептуального рассмотрения данного предмета в целом с точки зрения существования ограничений и исключений для применения иммунитета *ratione materiae* в противовес включению в категорию деяний, совершенных в официальном качестве, всех деяний, в том числе составляющих международные преступления. Как было отмечено рядом членов Комиссии, в данных обстоятельствах у нее появляется возможность достичь прогресса в своей работе с учетом нынешней тенденции в практике государств к ограничительному толкованию иммунитета в отношении юрисдикционных иммунитетов государств.

196. Члены Комиссии в целом высказались за то, чтобы проекты статей, предложенные Специальным докладчиком, были переданы в Редакционный комитет. Некоторые из них выступили с комментариями и замечаниями, в том числе по поводу ряда аргументов и выводов, содержащихся в докладе.

197. Некоторые члены Комиссии обратили внимание на сохраняющуюся значимость разграничения иммунитета *ratione personae*, который обусловлен статусом, и иммунитета *ratione materiae*, который обусловлен поведением. По мнению некоторых из них, у этих двух видов иммунитета имеются некоторые общие базовые элементы и, что более существенно, они опираются на один и тот же правовой фундамент, а именно принцип суверенного равенства государств. При этом прозвучал призыв к тому, чтобы избегать чрезмерного использования принципа суверенного равенства государств при истолковании сложных вопросов, связанных с данной темой, поскольку этим принципом нельзя объяснить, в частности, ограниченный подход к юрисдикционному иммунитету государств, который позволяет государству осуществлять юрисдикцию в коммерческой и другой непубличной деятельности другого государства. Согласно этой точке зрения, надлежащий критерий предоставления официального иммунитета в отношении деяния, совершаемого в официальном качестве, должен зависеть от блага, которое приносит это деяние государству данного лица, и от обеспечения эффективного осуществления его функции. Хотя некоторые члены Комиссии признали существование различия между разными правилами и режимами, регулирующими международно-правовую систему, было высказано предостережение о том, что возникает опасность создания Комиссией режима, не согласующегося с тем, который предусмотрен Римским статутом Международного уголовного суда, разработанным при участии самой Комиссии. С другой стороны, прозвучало напоминание о том, что, в отличие от рассматриваемой темы, в основе которой лежит «горизонтальная связь» между государствами, международная уголовная юрис-



дикция устанавливает между ними «вертикальную связь». С этим ключевым соображением связан целый ряд различных факторов, требующих критического рассмотрения.

198. В частности, было высказано мнение о том, что при определении сферы охвата иммунитета *ratione materiae* можно выделить определенные деяния, которые потенциально не подпадают под применение иммунитета *ratione materiae*. Это касается деяний, инкриминируемых в качестве серьезных международных преступлений, а также актов *ultra vires*, актов *jure gestionis*, или деяний, совершенных в официальном качестве, но исключительно для получения личной выгоды, а также деяний, совершенных на территории государства суда без его согласия.

199. По мнению некоторых членов Комиссии, возможны два подхода к рассмотрению таких деяний: либо принять инклюзивный подход и утверждать, что деяние, составляющее преступление, является деянием, совершенным в официальном качестве, в связи с чем возникает проблема отнесения таких деяний к государственному, частному или к тем и к другим, либо перейти к рассмотрению таких вопросов, как ограничения и исключения. Некоторые члены Комиссии указали, что, несмотря на сложность категоризации серьезных международных преступлений, актов *ultra vires* и актов *jure gestionis* как частных деяний, такие вопросы целесообразно рассматривать с точки зрения ограничений или исключений, нежели с точки зрения определения официального или неофициального характера деяний. Потенциальным преимуществом такого подхода является то, что аналогичные ему подходы прослеживаются в предыдущей практике в отношении юрисдикционных иммунитетов государств. Некоторые считали, что такой подход позволял бы выработать решения, в которых признание ограничений и исключений сочеталось бы с надлежащими процессуальными гарантиями.

#### **b) Методология**

200. Использованный Специальным докладчиком методологический подход, состоящий в систематическом анализе существующей практики с целью определения сферы охвата иммунитета *ratione materiae*, был в целом сочтен достойным похвалы с учетом количества проанализированных материалов и применимости проведенного анализа. Вместе с тем некоторые члены отметили, что в некоторых случаях в докладе просто содержатся ссылки на отдельные дела, однако они не анализируются с учетом соответствующего полного контекста. Кроме того, в некоторых ситуациях были сделаны категоричные утверждения, выходящие за рамки необходимого или оправданного, тогда как в других частях не всегда ясно, каким образом упомянутые в докладе материалы связаны с конкретными сделанными формулировками.

201. Некоторые члены также отметили, что доклад содержит слишком много ссылок на дела, относящиеся к конкретным юрисдикциям или регионам, или на дела, касающиеся применения гражданской юрисдикции, хотя рассматриваемая тема касается иммунитета от уголовной юрисдикции. Специальному докладчику было предложено еще больше расширить границы исследования с целью охвата прецедентного права, представляющего все правовые традиции и различные регионы. Было отмечено, что при использовании такого прецедентного права следует проявлять осмотрительность; хотя вполне понятно, что не существует материального различия между гражданской или уголовной юрисдикцией, осуществляемой при определении того, что представляет собой деяние, совершенное в официальном качестве, в некоторых ситуациях может быть крайне важно проанализировать контекст, в котором иммунитет может быть предоставлен или в нем может быть отказано; иммунитет может различаться в зависимости от того,

возбуждено ли соответствующее дело против иностранного гражданина или против лица в гражданском контексте или в уголовном контексте.

202. Некоторые члены также поставили под сомнение сделанное в докладе утверждение о неприменимости внутригосударственного права для целей определения деяний, совершенных в официальном качестве, выразив мнение о том, что такое право представляет собой практику при определении обычного международного права; и Специальный докладчик в своем анализе действительно опиралась на прецедентное право при толковании и применении такого внутригосударственного права. Была также отмечена необходимость придания большего значения анализу национальной практики государств в законодательной и исполнительной областях, а также анализу международной судебной практики, включая полные последствия решений по таким делам, как дело *Об ордере на арест*<sup>391</sup> и дело *О некоторых вопросах взаимной правовой помощи*<sup>392</sup>, принятых международными судами и трибуналами, которые, как утверждалось, проявили определенную последовательность при рассмотрении некоторых вопросов.

**с) Проект статьи 2 f): определение понятия «деяние, совершенное в официальном качестве»**

203. При том что проект статьи 2 f) содержит только определение и сформулирован весьма кратко, в отношении него были сделаны замечания с учетом подробного анализа, проведенного Специальным докладчиком в ее докладе с целью обоснования этой формулировки.

*i) «Деяние, совершенное в официальном качестве» и «деяние, совершенное в частном качестве»*

204. Было признано, что доктрина «деяния государства» является правовым понятием, абсолютно отличающимся от иммунитета *ratione materiae*. В целом было поддержано утверждение о том, что «деяние, совершенное в официальном качестве» определяется и оценивается в противовес «действию, совершенному в частном качестве». Было также выражено мнение о том, что деяние, совершенное в частном качестве, не обязательно совпадает с *acta jure gestionis*, равно как и деяние, совершенное в официальном качестве, не совпадает с *acta jure imperii*. Кроме того, различие между «действием, совершенным в официальном качестве» и «действием, совершенным в частном качестве» никак не связано с различием между законными и незаконными действиями. Вместе с тем было выражено мнение о том, что эти противоположные понятия, тем не менее, обеспечивают некоторые полезные элементы, которые могут способствовать пониманию того, было ли то или иное деяние совершено в официальном качестве или в частном качестве, либо, собственно говоря, того, являлось ли деяние законным или незаконным. Хорошо составленные комментарии, отражающие различные нюансы, могли бы способствовать более полному пониманию деяния, совершенного в официальном качестве.

205. Некоторые члены не были убеждены в том, что для целей настоящей темы необходимо давать определения официальному деянию или деянию, совершенному в официальном качестве. Было отмечено, что правовые понятия обычно являются неопределенными и не всегда подлежат правовому определению. Представляется не до конца ясным, было ли бы полезным давать определение, выходящее за рамки разграничения, существующего между деяниями, совершенными

<sup>391</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 3.

<sup>392</sup> *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2008*, p. 177.

в официальном качестве, и деяниями, совершенными в частном качестве. Любая попытка выйти за рамки общепринятых подходов была бы равносильна невыполнимой задаче. Было выражено мнение о том, что различие между деяниями, совершенными в официальном качестве, и деяниями, совершенными в частном качестве, является общим и достаточным для того, чтобы сделать в каждом конкретном случае определение на основе существующих обстоятельств. Это бинарное противопоставление подтверждается практикой, существующей в международном и внутригосударственном прецедентном праве. Некоторые члены выразили сомнение в полезности подборки целого ряда ссылок на случаи употребления таких терминов, как «официальное деяние» или «деяние, совершенное в официальном качестве», поскольку такая подборка неизбежно будет неполной и потребует проведения более углубленного анализа для понимания контекста. Было внесено предложение о том, что Специальному докладчику следовало бы подробнее рассмотреть вопрос о том, насколько полно государство может определить круг видов деятельности, которые, по его мнению, представляют собой деяния, совершенные в официальном качестве. Однако другие члены продолжали считать, что соответствующее определение, если оно будет разработано надлежащим образом, могло бы быть необходимым или полезным. Было также высказано мнение о том, что в комментарии можно было бы привести примеры деяний, совершенных в официальном качестве.

ii) *Преступный характер действия*

206. Некоторые члены отметили, что определенные договоры рассматривают участие должностного лица государства как часть определения преступления, тогда как в других случаях такое участие не является прямо выраженным элементом соответствующего преступления, однако это не обязательно исключает возможность участия соответствующего должностного лица в совершении рассматриваемого преступления. Однако, согласно этой точке зрения, прескриптивный или описательный характер того ли иного определения преступления не обязательно касается вопроса о том, действовало ли соответствующее лицо в официальном качестве.

207. Некоторые члены придерживались мнения, что центральный вопрос, определяющий совершение того или иного деяния в официальном качестве для целей иммунитета, касается не характера деяния, а качества, в котором выступало соответствующее лицо.

208. Некоторые члены отметили, что, хотя преступный характер деяния не меняет его официального характера, это не означает, что преступность деяния может рассматриваться как элемент определения деяния, совершенного в официальном качестве. Было также отмечено, что отнесение деяния, совершенного в официальном качестве, к категории преступного, что, как представляется, предполагается предложенным определением, приводило бы к удивительному результату, поскольку любое деяние, совершенное в официальном качестве, считалось бы преступлением. Это было бы равносильно утверждению о том, что любое «деяние, совершенное в официальном качестве» по определению представляет собой преступление, из чего неизбежно следовало бы, что должностные лица государства всегда совершают преступления в тех случаях, когда они действуют в официальном качестве. То или иное деяние является преступлением не в силу своего характера, а скорее в силу его криминализации на уровнях внутригосударственного или международного уголовного права.

209. Было выражено мнение, что в целом вопрос о международных правовых нормах, касающихся иммунитета, решается судом соответствующего государства, который, исходя из процедурных соображений, определяет вопрос о том,

подпадает ли под его юрисдикцию то или иное деяние, совершенное должностным лицом. Эти вопросы рассматриваются *in limine litis*. Если законность деяния, как таковая, является применимым критерием для определения наличия юрисдикции, то в этом случае правовые нормы, касающиеся иммунитета *ratione materiae*, были бы избыточными. Использование такого подхода также имело бы последствия для презумпции невиновности.

210. По мнению некоторых членов, ссылка на «преступный характер» деяния всего лишь преследует цель отразить описательное понятие для целей настоящих проектов статей. Она не означает того, что все официальные деяния являются «преступными». Некоторые члены отметили, что они не понимают логику, в соответствии с которой иммунитет применяется потому, что соответствующее деяние было совершено в официальном качестве, а не потому, что в нем содержится преступный элемент. В этой связи было напомнено о том, что в прошлом уже вносились предложения, касающиеся определения преступного поведения. Был также задан вопрос о том, в чем состояла бы причина ареста должностного лица, если он был произведен не за предположительное совершение преступного деяния, и в этой связи было выражено сомнение в отношении того, что в данном случае была бы использована презумпция невиновности.

211. В свою очередь другие члены возразили, что проект статьи 1 о сфере охвата, принятый в предварительном порядке Комиссией в 2013 году, уже содержит положение о том, что проекты статей касаются уголовной юрисдикции.

212. Был высказан ряд предложений, направленных на то, чтобы ограничить и исключить из текста предложенного определения любое предположение о том, что деяние, совершенное в официальном качестве, является преступлением *per se*. В частности, было предложено изменить формулировку пункта f) проекта статьи 2 таким образом, чтобы исключить из него требования, связанные с наличием преступного характера.

213. Что касается концепции «одно действие, двойная ответственность», то, по мнению ряда членов, в международном праве она является вполне устоявшейся. Представляется ясным, что любое деяние должностного лица государства, совершенное в официальном качестве, присваивается не только данному лицу (для цели его индивидуальной уголовной ответственности), но и государству (для цели ответственности государства). По мнению других членов, которые не выступали против такого определения, представляется не совсем ясным, каким образом концепция «одно действие, двойная ответственность» соотносится с выводом о том, что деяния, совершенные в официальном качестве, должны являться преступными по своему характеру. Было отмечено, что, по всей видимости, имеет место путаница в понимании, с одной стороны, вопросов, касающихся юрисдикции и иммунитета, которые сами по себе являются различающимися, хотя и взаимосвязанными понятиями, и вопроса об ответственности, с другой стороны, будь то индивидуальная уголовная ответственность или ответственность государства.

*iii) Присвоение деяния государству*

214. Некоторые члены отметили важность того, что в докладе был рассмотрен вопрос о присвоении, поскольку это помогло прояснить ряд вопросов, касающихся сферы охвата иммунитета *ratione materiae*.

215. По мнению других членов, ссылка в контекст иммунитета *ratione materiae* на нормы, касающиеся присвоения ответственности государствам, является логичной, поскольку указанный иммунитет, по их мнению, принадлежит исключительно государствам. Поэтому они выразили сомнения относительно утвержде-

ния Специального докладчика о том, что «любое преступное деяние, охватываемое иммунитетом *ratione materiae*, не является, строго говоря, деянием самого государства, а представляет собой деяние лица, которое его совершило», посчитав его запутывающим и усложняющим рассматриваемые вопросы.

216. Ряд членов также напомнили о том, что нормы, касающиеся иммунитета государства, носят процедурный характер и ограничиваются определением вопроса о том, может ли государство суда осуществлять юрисдикцию в отношении другого государства. Они не касаются вопроса о том, является ли законным или незаконным поведение, в отношении которого возбуждена соответствующая судебная процедура.

217. Ряд членов были не готовы согласиться с тем, что иммунитет должностного лица государства от уголовной юрисдикции другого государства соотносится с иммунитетом самого государства. По их мнению, это разделение является полезным и требует дополнительного изучения; изменения, имевшие место в сфере международного уголовного права, в частности со времени окончания Второй мировой войны, свидетельствуют о том, что иммунитет *ratione materiae* не всегда следует увязывать с государственным иммунитетом. Другие члены отметили право государства лишать иммунитета своих должностных лиц, которое указывает на связь между всеми формами связанного с государством иммунитета.

218. Некоторые члены также присоединились к мнению Специального докладчика о том, что не все критерии присвоения, изложенные в статьях 4–11 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, применимы для целей иммунитета. Например, было отмечено, что поведение лиц, приписываемое при определенных обстоятельствах государству согласно статьям 7, 8, 9, 10 и 11 указанных Статей, не представляет собой деяния, совершенные в официальном качестве, для цели иммунитета таких лиц.

219. Учитывая тот факт, что, как представляется, практика государств или соответствующее прецедентное право по данному вопросу являются ограниченными, ряд членов поинтересовались причиной, по которой Специальный докладчик сделала утверждение о том, что понятие «должностное лицо государства» исключает для целей иммунитета лиц, которых обычно рассматривают в качестве должностных лиц де-факто. По мнению ряда членов, необходимо использовать более широкий подход с целью охвата действий лиц, действующих под руководством и контролем государства. Было также выражено мнение о том, что, учитывая недавно заключенные соглашения и разработанные принципы в отношении частных контрактных работников, существующая тенденция свидетельствует об ограничении иммунитета таких лиц или об отказе им в иммунитете.

220. Согласно другой точке зрения, правовые нормы, касающиеся иммунитета, и правовые нормы об ответственности государств соответствуют двум различающимся режимам, разработанным в силу различных причин, и они предусматривают различные решения и средства правовой защиты.

221. Непосредственно касаясь предложенного в проекте определения, некоторые члены приветствовали тот факт, что Специальный докладчик не включила в текст положение о присвоении деяния государству, поскольку этот критерий не способствует определению того, что именно является деянием, совершенным в официальном качестве.

*iv) Суверенитет и осуществление элементов государственной власти*

222. По мнению некоторых членов, представляется важным, как отмечалось в докладе, проводить различие между деяниями, совершенными в официальном качестве в том смысле, что они совершены в рамках осуществления какой-либо

государственной функции или суверенной прерогативы государства, и деяниями, совершенными исключительно в частных интересах. Они выразили мнение о том, что предложенные Специальным докладчиком формулировки достаточно полно отражают «представительский» и «функциональный» аспекты деятельности государства. Они одобрили использование в Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния термина «элементы государственной власти». Другие члены посчитали, что контекст, в котором в указанных Статьях используется данный термин, отличается. Ряд членов также отметили трудность, возникающую в связи с определением суверенитета и осуществления элементов государственной власти.

223. По мнению некоторых членов, аргумент о том, что международное преступление противоречит международному праву, не обеспечивает какого-либо дополнительного элемента для определения деяния, совершенного в официальном качестве, однако утверждение о том, что деяние, совершенное в официальном качестве, является преступным по своему характеру, как представляется, предполагает, что Специальный докладчик уже заняла позицию по данному вопросу, даже несмотря на то, что вопрос об ограничениях и исключениях будет рассматриваться в пятом докладе в 2016 году. Другие члены согласились со Специальным докладчиком в том, что, учитывая характер международных преступлений и степень их тяжести, существует обязательство принимать их во внимание для целей определения сферы охвата иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции.

224. Ряд членов выразили несогласие со Специальным докладчиком относительно того, что вопрос о связи между деяниями, совершенными в официальном качестве, и международными преступлениями был урегулирован. Они сослались на совместное особое мнение судей Хиггинс, Койманс и Бюргенталь по делу *Об ордере на арест*, согласно которому «...серьезные международные преступления не могут рассматриваться в качестве официальных деяний, поскольку они не являются ни обычными функциями государства, ни функциями, которые может осуществлять только государство...»<sup>393</sup>. Другие члены отметили, что Специальный докладчик уделила основное внимание вопросу о том, могут ли международные преступления вообще рассматриваться в качестве «деяний, совершенных в официальном качестве», не затрагивая вопрос об ограничениях или исключениях. Было внесено предложение о том, что комментарии, подлежащие принятию по данному проекту положения, следует подготовить таким образом, чтобы это не препятствовало проведению обсуждения по вопросу об иммунитетах в связи с международными преступлениями.

225. Тем не менее некоторые члены, ссылаясь на дело *Об ордере на арест*, утверждали, что «исключение, связанное с международным преступлением» является неприменимым в отношении иммунитета *ratione personae*. С другой стороны, было отмечено, что указанное дело оставило открытым вопрос о возможных исключениях в отношении иммунитета *ratione materiae*, поскольку, когда Международный Суд постановил, что он не может сделать на основании практики вывод о том, что в обычном международном праве существует какая-либо форма исключения из правила, предоставляющего иммунитет от уголовной юрисдикции и неприкосновенность лицу, занимающему пост министра иностранных дел, он ограничил данный вывод иммунитетом *ratione personae*.

226. Некоторые члены, задавшись вопросом о необходимости определения, усомнились в полезности формулировки «деяние, совершенное должностным лицом государства, осуществляющим элементы государственной власти», выразив мне-

<sup>393</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p.2, at p. 89, para. 85.*

ние о том, что слово «элементы» является неясным, а в связи со словом «государственной» возникают вопросы. Альтернативой являлось бы использование формулировки, содержащейся в пункте е) проекте статьи 2, принятом в предварительном порядке Комиссией в 2014 году, и в этом случае речь шла бы о «деянии, совершенном должностным лицом государства, когда оно представляет государство или осуществляет государственные функции». Они напомнили о том, что, когда Комиссия принимала это положение, она обсуждала использование термина «государственная власть» и решила воздержаться от него. Однако другие члены сочли этот термин полезным в контексте рассматриваемой темы.

227. Некоторые члены отметили, что если Комиссия примет определение деяния, совершенного в официальном качестве, то, возможно, будет целесообразно изменить соответствующим образом проект статьи 5, принятой в предварительном порядке Редакционным комитетом.

**d) Проект статьи 6: сфера охвата иммунитета *ratione materiae***

228. Проект статьи 6 был сочтен в целом приемлемым. При этом было внесено предложение об изменении формулировок пунктов 1 и 2, с тем чтобы не складывалось впечатление о том, что они касаются только избираемых должностных лиц. Эту цель можно было бы достичь путем использования формулировки «*когда они представляют государство или осуществляют государственные функции, а также впоследствии*». Также упоминалась возможность поменять местами пункты 1 и 2, поскольку это позволило бы провести четкое различие между иммунитетом *ratione materiae* и иммунитетом *ratione personae*. Было также выражено мнение о том, что, хотя текст проекта пункта 2 является приемлемым, его принятие не ограничивает и не ущемляет рассмотрение вопроса о возможных исключениях.

229. Было отмечено, что пункт 3 является избыточным, поскольку в нем рассматривается аспект, который уже охвачен пунктом 3 проекта статьи 4, а также комментарием к нему, принятом в предварительном порядке Комиссией в 2013 году. Этот аспект следует рассмотреть в комментарии, однако в том случае, если он будет сохранен, следует исключить слово «бывший», поскольку иммунитет *ratione materiae* охватывает также действующих глав государств, глав правительств и министров иностранных дел.

**e) План будущей работы**

230. Рассмотрение вопроса об ограничениях и исключениях в связи с иммунитетом было сочтено в качестве одного из главных аспектов данной темы. В этой связи некоторые члены подчеркнули важность тщательного анализа замечаний, полученных от правительств, которые свидетельствуют не только о практике государств, но и о нюансах их позиций, в том числе по вопросу о том, являются ли в целом нормы международного права в этой области устоявшимися. Некоторые другие члены выразили сожаление по поводу того, что анализ ограничений и исключений в связи с иммунитетом будет осуществлен лишь в 2016 году, несмотря на то, что этот вопрос часто упоминался в предыдущих докладах, но обсуждался лишь кратко.

231. Ряд членов предложили Специальному докладчику рассмотреть вопрос об ограничениях и исключениях наряду с процедурными вопросами не только по причине того, что эти два аспекта являются взаимосвязанными, но и в силу того, что это могло бы в конечном итоге помочь Комиссии решить некоторые непростые вопросы, связанные с данной темой в целом. Было даже предложено рассмотреть процедурные вопросы первыми. Ряд других членов отметили, что рассмотрение вопроса об ограничениях и исключениях в следующем году являлось



бы преждевременным, поскольку все еще остаются некоторые общие вопросы, требующие урегулирования.

### 3. Заключительные замечания Специального докладчика

232. Специальный докладчик отреагировала на вопросы, которые были подняты в ходе обсуждений, поделив их на две группы, а именно: некоторые методологические вопросы, затронутые различными членами Комиссии, и вопросы, связанные с концепцией «деяния, совершенного в официальном качестве».

233. В отношении первой группы вопросов Специальный докладчик отметила в общем плане, что некоторые из комментариев членов Комиссии выходили за рамки сугубо методологических аспектов. Как бы то ни было, она сослалась в этой связи на замечания, касавшиеся анализа и практической ценности судебных прецедентов, учета национального законодательства и рассмотрения заявлений и сообщений государств.

234. Говоря о прецедентном праве, она с удовлетворением констатировала, что проведенный в докладе анализ судебной практики был положительно воспринят многими членами Комиссии. Отвечая на замечания некоторых членов Комиссии по поводу целесообразности анализа национального прецедентного права, она еще раз подчеркнула, что придает большое значение национальному прецедентному праву при рассмотрении проблемы иммунитета *ratione materiae*, особенно с учетом того, что именно национальные суды напрямую занимаются вопросами иммунитета. Она подчеркнула, что, даже при отсутствии последовательности и единообразия в национальном прецедентном праве, уже сама констатация этого факта имеет значение для работы Комиссии. Специальный докладчик также признала важность практики международных судов и трибуналов, но при этом заявила о своем несогласии с тезисом о том, будто бы между международной и национальной судебной практикой существует определенная иерархия. Не разделяет она и прозвучавшее в Комиссии мнение о том, что международная судебная практика якобы отличается полной последовательностью и единообразием.

235. Говоря о весе, который следует признавать за национальным законодательством при определении концепции «деяния, совершенного в официальном качестве» для целей настоящего проекта статей, она признала, что слова «не являются релевантными» в пункте 32 доклада выбраны не очень удачно. Она не собиралась полностью отрицать значение национального законодательства, а хотела лишь отметить, что оно должно служить лишь вспомогательным средством толкования, особенно ввиду существенных различий, которые можно обнаружить в национальных законах каждой страны и сложности выявления национальных норм, которые имеют отношение к определению концепции «деяний, совершенных в официальном качестве». Кроме того, она добавила, что какое-либо определение «деяния, совершенного в официальном качестве» в национальных законах о государственном иммунитете отсутствует.

236. Наконец, в отношении заявлений и комментариев государств Специальный докладчик повторила, что она всегда придавала важное значение этим ценным материалам и систематически использовала их при подготовке своих докладов. Она приветствовала тот факт, что важность этих заявлений и сообщений также признается членами Комиссии, причем не только для предоставления сведений о национальной практике, но и для понимания того, как государства трактуют различные правовые вопросы, охватываемые данной темой.

237. Отвечая на комментарии по поводу определения «деяния, совершенного в официальном качестве», Специальный докладчик выступила с некоторыми заключительными замечаниями, касающимися важности включения подобного

определения в проект статей; связи, которая существует между подобными деяниями и суверенитетом и осуществлением прерогатив государственной власти; уголовного измерения концепции «деяния, совершенного в официальном качестве»; и взаимосвязи между ответственностью и иммунитетом.

238. Говоря о важности определения «деяния, совершенного в официальном качестве», Специальный докладчик вновь подтвердила свою убежденность в необходимости подобного определения для целей проектов статей, которая разделяется значительным числом членов Комиссии. По ее мнению, наличие такого определения будет способствовать обеспечению правовой стабильности, в частности, по следующим причинам: данная концепция не может быть определена лишь через противопоставление деянию, совершенному в личном качестве, определение которого также отсутствует; из-за отсутствия единства и последовательности в прецедентном праве эту концепцию нельзя рассматривать в качестве неопределенного правового понятия, подлежащего установлению судебными средствами; разработка определения внесет вклад в дело кодификации и прогрессивного развития международного права и облегчит труд юридических органов, в том числе национальных судов. В этой связи Специальный докладчик выразила мнение о том, что многократное обращение к методу «дерегулирования» (в данном случае – отказу от принятия определения) едва ли согласуется с мандатом Комиссии.

239. Переходя к вопросу о суверенитете и осуществлении суверенной власти, она подчеркнула, что для квалификации «деяния, совершенного в официальном качестве» в качестве материального, а не субъективного понятия между должностным лицом и государством должны существовать особые узы. Хотя «суверенитет» не поддается точному определению, примеры «неотъемлемых актов суверенитета» или «имманентно суверенных актов» можно выявить на практике, включая примеры, приведенные в пунктах 54 и 58 доклада. Кроме того, термин «при осуществлении государственной власти» уже применялся Комиссией в ее предыдущей работе по теме ответственности государств. Она напомнила, что Комиссия отложила этот вопрос для дальнейшей проработки.

240. По вопросу о связи между ответственностью и иммунитетом Специальный докладчик вновь заявила, что, хотя эти два института подчиняются разной логике, им присущи некоторые общие черты, которые не позволяют кардинально их разделить. Хорошим примером такой взаимосвязи служит вопрос о международных преступлениях и их связи с иммунитетом, который упоминался различными членами Комиссии в ходе обсуждений. Поэтому, по ее мнению, при рассмотрении данной темы нельзя игнорировать вопросы ответственности, по крайней мере, в части некоторых правил, касающихся присвоения деяния государству. Специальный докладчик выразила несогласие с мнением члена Комиссии, утверждавшего, что деяние является официальным не по той причине, что оно присваивается государству, а что оно присваивается государству по той причине, что оно совершается должностным лицом государства.

241. Переходя к проекту статьи 6, Специальный докладчик подчеркнула сочетание двух элементов (материального и временного) и высказалась в поддержку того, чтобы изучить возможность поменять местами пункты 1 и 2. Специальный докладчик высказалась за сохранение пункта 3 этого проекта статьи, оставив при этом открытой возможность его исключения Комиссией, если его содержание и обоснование будут включены в комментарий.

242. Специальный докладчик ответила на различные вопросы, поднятые некоторыми членами Комиссии. Наконец, говоря о плане будущей работы по теме, она отметила, что интересная дискуссия, которая развернулась на пленарных заседаниях, во многом была повторением того, что уже обсуждалось Комиссией в про-

шлом. Она напомнила, что в свое время Комиссия уже одобрила план работы и что многие члены Комиссии поддержали ее предложение рассмотреть вопрос о пределах и исключениях в следующем докладе. Однако она внимательно изучила предложения ряда членов Комиссии, высказавшихся за то, что в первую очередь или одновременно следует рассмотреть процедурные аспекты темы. В этой связи она объявила о том, что по мере возможности и необходимости она обратится к процедурным аспектам в своем следующем докладе.

243. В заключение Специальный докладчик рекомендовала Комиссии принять решение о передаче двух проектов статей в Редакционный комитет при том понимании, что он рассмотрит их с учетом обсуждений, состоявшихся на пленарных заседаниях.

## Глава XI Временное применение договоров

### А. Введение

244. На своей шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) Комиссия решила включить тему «Временное применение договоров» в свою программу работы и назначила г-на Хуана Мануэля Гомес-Робledo Специальным докладчиком по этой теме. На этой же сессии Комиссия приняла к сведению представленный Специальным докладчиком устный доклад о результатах неофициальных консультаций по этой теме, проведенных под его председательством. Впоследствии Генеральная Ассамблея в своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года с признательностью приняла к сведению решение Комиссии включить данную тему в свою программу работы.

245. На шестьдесят пятой сессии (в 2013 году) Комиссии был представлен первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/664), в котором ставилась задача путем обобщения применимых к этой теме доктрин и краткого анализа существующей практики государств определить в общих чертах основные правовые вопросы, возникающие в связи с временным применением договоров. На рассмотрении Комиссии также находился меморандум Секретариата (A/CN.4/658), в котором прослеживалась история обсуждения статьи 25 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года («Венская конвенция») как в Комиссии, так и на Венской конференции 1968–1969 годов и содержался краткий анализ некоторых вопросов существа, поднятых в ходе ее обсуждения.

246. На своей шестьдесят шестой сессии (в 2014 году) Комиссия рассмотрела второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/675), в котором ставилась задача представить подробный анализ правовых последствий временного применения договоров.

### В. Рассмотрение темы на текущей сессии

247. На текущей сессии на рассмотрении Комиссии находился третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/687), в котором был продолжен анализ практики государств и рассмотрен вопрос о взаимосвязи временного применения с другими положениями Венской конвенции 1969 года, а также вопрос временного применения в связи с международными организациями. Указанный доклад включал также предложения относительно шести проектов руководящих принципов, касающихся временного применения<sup>394</sup>.

---

<sup>394</sup> Текст, предложенный Специальным докладчиком, гласил:

**Проект руководящего принципа 1**

Государства и международные организации могут применять на временной основе договор или его части, если это предусматривается самим договором или если стороны договорились об этом каким-либо иным образом в той мере, в какой это допускается внутренним правом государств или правилами международных организаций.

**Проект руководящего принципа 2**

Соглашение о временном применении того или иного договора или его частей может основываться на положениях самого договора или заключаться в качестве отдельного соглашения либо же в какой-либо другой форме, такой как резолюция международной конференции, либо заключаться любым другим способом, о котором договорятся государства или международные организации.

248. На рассмотрении Комиссии также находился подготовленный Секретариатом меморандум (A/CN.4/676) по вопросу о временном применении в соответствии с Венской конвенцией о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 года («Венская конвенция 1986 года»).

249. Комиссия рассмотрела второй доклад на своих 3269–3270-м и 3277–3279-м заседаниях, состоявшихся соответственно 14, 15, 23, 24 и 28 июля 2015 года.

250. На своем 3279-м заседании 28 июля 2015 года Комиссия передала проекты руководящих принципов 1–6 в Редакционный комитет.

251. На своем 3284-м заседании 4 августа 2015 года Председатель Редакционного комитета представил промежуточный устный доклад по проектам руководящих принципов 1–3, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом на шестьдесят седьмой сессии. Этот доклад был представлен исключительно в информационных целях, и он доступен вместе с проектами руководящих принципов на веб-сайте Комиссии<sup>395</sup>.

## 1. Представление Специальным докладчиком третьего доклада

252. Представляя свой третий доклад, Специальный докладчик напомнил о работе, проделанной Комиссией на предыдущих сессиях, а также о содержании и целях его первых двух докладов. В частности, он напомнил о своей позиции, согласно которой с учетом конкретных особенностей соответствующего договора права и обязанности государства, которое согласилось временно применять договор, совпадают с правами и обязанностями, вытекающими из самого договора, если бы он был в силе; и нарушение обязательства, вытекающего из временного применения договора, влечет за собой ответственность государства.

253. Примерно 20 государств-членов представили комментарии относительно своей практики. Отметив тот факт, что практика государств различается, Специальный докладчик по-прежнему придерживался мнения о том, что необходимость проведения сопоставительного исследования внутреннего законодательства отсутствует. Он отметил, что число договоров, которые предусматривают возможность временного применения и которые применялись на временной основе, является достаточно высоким.

### Проект руководящего принципа 3

Временное применение того или иного договора может начинаться в момент его подписания, ратификации, присоединения или принятия либо в любой другой момент по согласованию государств или международных организаций, учитывая условия самого договора или условия, о которых договорились участвующие в переговорах государства или международные организации.

### Проект руководящего принципа 4

Временное применение того или иного договора порождает юридические последствия.

### Проект руководящего принципа 5

Обязательства, возникающие в результате временного применения того или иного договора или его частей, сохраняются до: i) вступления договора в силу; или ii) прекращения временного применения в соответствии с положениями статьи 25 (2) Венской конвенции о праве международных договоров или Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями в зависимости от того, что применимо.

### Проект руководящего принципа 6

Нарушение того или иного обязательства, проистекающего из временного применения договора или его частей, приводит к возникновению международной ответственности государства или международной организации.

<sup>395</sup> По адресу <http://legal.un.org/ilc>.

254. Его третий доклад касался двух основных вопросов: во-первых, взаимосвязи с другими положениями Венской конвенции 1969 года и, во-вторых, временного применения договоров в связи с практикой международных организаций. Что касается первого вопроса, то его анализ, который не являлся исчерпывающим, касался прежде всего статей 11 (Способы выражения согласия на обязательность договора), 18 (Обязанность не лишать договор его объекта и целей до вступления договора в силу), 24 (Вступление в силу), 26 (*Pacta sunt servanda*) и 27 (Внутреннее право и соблюдение договоров). Эти положения были выбраны потому, что они естественным образом тесно связаны с временным применением. Относительно временного применения договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями Специальный докладчик отметил, что в меморандуме Секретариата было четко указано, что государства руководствуются формулировкой, содержащейся в Венской конвенции 1969 года. Вместе с тем Специальный докладчик подтвердил свою точку зрения о том, что рассмотрение вопроса о том, отражает ли статья 25 Конвенции 1969 года обычное международное право, не влияет на общий подход к данной теме.

255. В главе IV его доклада рассматривается ряд аспектов: а) международные организации или международные режимы, созданные вследствие временного применения договоров; 2) временное применение договоров, заключенных в рамках международных организаций или на дипломатических конференциях, проведенных под эгидой международных организаций; и 3) временное применение договоров, сторонами которых являются международные организации. Относительно создания международных организаций или международных режимов Специальный докладчик пояснил, что он рассматривает международные органы, которые были созданы на основе договоров и играют важную роль в применении договоров, даже если при этом не планировалось, что они станут полноценными международными организациями. В том что касается временного применения договоров, заключенных в рамках международных организаций или на дипломатических конференциях, проведенных под эгидой международных организаций, Специальный докладчик сослался, в частности, на создание Организации по Договору о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний (ОДВЗЯИ). Несмотря на тот факт, что конвенция еще не вступила в силу, ОДВЗЯИ, существующая в ее временной форме, осуществляет деятельность на протяжении почти 20 лет. Специальный докладчик также упомянул о более чем 50 договорах, заключенных под эгидой ЭКОВАС, в значительном числе которых предусматривается временное применение договоров. Он представил на рассмотрение Комиссии возможность исследования практики временного применения договоров в контексте региональных международных организаций.

256. По его мнению, стоящая перед Комиссией задача заключается в разработке свода руководящих принципов для государств, желающих использовать возможность временного применения договоров, и он внес предложение о том, что в связи с разработкой этих руководящих принципов Комиссия могла бы также рассмотреть возможность подготовки типовых положений, содержащих рекомендации для государств, ведущих переговоры о заключении договоров. Он отметил, что шесть проектов руководящих принципов о временном применении договоров являются итогом рассмотрения всех трех докладов, каждый из которых следует рассматривать с учетом содержания двух других. Исходной точкой для их разработки являлась статья 25 Венских конвенций 1969 и 1986 годов.

## 2. Резюме прений

### а) Общие замечания

257. Многие высказывали мнение о том, что внутренние законы и практика, касающиеся метода заключения государствами договоров, будь то на временной или постоянной основе, сильно различаются, и любая попытка категоризации, даже если таковая возможна, скорее всего, не обеспечила бы достижение цели определения соответствующих норм международного права. Было также рекомендовано проявлять осмотрительность относительно классификации государств по тому признаку, разрешает ли или нет их внутреннее законодательство временное применение договоров, и если да, то до какой степени. Было указано на то, что в некоторых национальных правовых системах возможность временного применения договоров является предметом продолжающихся обсуждений.

258. Другие члены выразили мнение о том, что нормы внутреннего права не могут игнорироваться. Анализ различных внутренних законов и видов практики, касающихся процессов, используемых до принятия решения о согласии на временное применение, является важным, поскольку он может позволить лучше понять то, каким образом государства рассматривают характер временного применения с правовой точки зрения. Например, могло бы быть полезным провести оценку того, действительно ли государство в своей практике интерпретирует статью 25 таким образом, при котором с точки зрения международного права ее положения могут использоваться государством лишь в том случае, когда эта возможность предусмотрена его внутренним законодательством. Также отмечалось, что Комиссии следует сначала определить позицию по вопросу о применимости статьи 46 Венской конвенции 1969 года (Положения внутреннего права, касающиеся компетенции заключать договоры) к временному применению договоров. Было отмечено, что взаимосвязь между внутригосударственным правом и международным правом может существовать в двух различных формах. Во-первых, положения внутригосударственного права могут определять процедуру или условия для выражения государством согласия на временное применение договора. Во-вторых, соответствующие положения того или иного договора, допускающего временное применение, иногда касаются также внутригосударственного материального права.

259. Некоторые члены Комиссии отметили, что, хотя статья 25 Венской конвенции 1969 года лежит в основе правового режима временного применения договоров, она не отвечает на все вопросы, касающиеся временного применения. Было высказано мнение, что Комиссии следует предоставить государствам руководство по следующим вопросам: какие государства могут договариваться о временном применении договоров (только ли государства, участвовавшие в переговорах, или же также и другие государства); должно ли соглашение о временном применении иметь обязательную юридическую силу и может ли такое соглашение быть молчаливым или подразумеваемым. Было также отмечено, что Комиссии следует предоставить государствам руководство по поводу того, какие другие нормы международного права, например об ответственности или правопреемстве, применяются к договорам, действующим на временной основе.

260. Было выражено общее мнение о том, что временное применение договоров имеет правовые последствия и создает права и обязательства. Тем не менее Специальному докладчику было предложено подробнее обосновать свой вывод о том, что правовые последствия временного применения совпадают с последствиями после вступления договора в силу и что на более позднем этапе в связи с такими последствиями не могут возникать вопросы по причине временного характера применения договора. Вопрос, являющийся не до конца ясным, заключается в том, приводит ли временное применение договоров к появлению тех же по-



следствий, что и вступление договора в силу. Был отмечен ряд возможностей. Одно решение предполагало сопоставление временного применения с режимом прекращения договора, предусмотренным статьей 70 Венской конвенции 1969 года. Другая возможность касалась использования положений Венской конвенции 1969 года о последствиях признания договора недействительным (статья 69), когда действия, совершенные добросовестно, имеют силу в отношении сторон договора. Согласно другой точке зрения, несмотря на то, что правовые последствия временного применения договора могут практически совпадать с последствиями вступления в силу, временное применение носит чисто временный характер, имеет правовые последствия лишь для тех государств, которые согласились применять договор на временной основе, и касаются только тех частей договора, в отношении которых было достигнуто такое согласие. Кроме того, было внесено предложение о том, что Специальный докладчик мог бы также рассмотреть вопрос о том, являются ли процессы прекращения и приостановки для обоих режимов идентичными.

261. Члены Комиссии поддержали мнение Специального докладчика о том, что юридические последствия временно применяемого договора совпадают с последствиями, вытекающими из вступившего в силу договора. Было заявлено о том, что государство не может прикрываться фактом временного применения договора для отстаивания позиции о том, что оно не может принять действительность некоторых последствий, порождаемых обязательством применять договор временно. Следовательно, на временно применяемый договор распространяется действие закрепленной в статье 26 Венской конвенции 1969 года нормы *acta sunt servanda*. Его нарушение также повлекло бы за собой применение соответствующих норм о международной ответственности за противоправные деяния, как и в случае нарушения договора, вступившего в силу. Согласно другой точке зрения, различие между вступившими в силу договорами и временно применяемыми договорами является менее материальным и более процедурным по своему характеру, при этом временное применение проще начать и завершить. Некоторые члены отметили, что к временно действующим договорам также применяется статья 27 Венской конвенции 1969 года.

262. Относительно приведенного в докладе примера временного применения Конвенции о запрещении химического оружия в результате одностороннего заявления Сирии некоторые члены выразили мнение о том, что он не касался временного применения *stricto sensu* в соответствии со статьей 25 Венской конвенции 1969 года, если только Специальный докладчик не считал, что о согласии сторон свидетельствовало их молчание или бездействие в отношении одностороннего заявления Сирии. Если это так, то тогда требуется дальнейшее рассмотрение содержащихся в статье 25 слов «договорились об этом каким-либо иным образом» с целью определения того, может ли согласие в форме молчания или бездействия представлять собой согласие на временное применение договора. Было также выражено мнение, что такие стороны молчаливо согласились с временным применением договора с учетом того факта, что государства-участники были уведомлены о декларации Сирии о таком временном применении депозитарием и ни одно из них не возразило против такого решения.

263. В связи с будущей работой Специальному докладчику было предложено уделить приоритетное внимание правовому режиму и условиям прекращения и приостановления действия временного применения. Например, было бы интересно узнать, в какой мере временное применение договора могло бы быть приостановлено или прекращено вследствие, например, нарушений договора другой стороной, которая также применяет его на временной основе, или в ситуациях, в которых неясно, вступит ли договор в силу. Было выражено мнение о том, что бессрочное продолжение временного применения, в частности с учетом того, что

оно предусматривает более простые способы прекращения, о которых говорится в статье 25 (2), могло бы иметь нежелательные последствия.

264. Было также внесено предложение о том, что Специальный докладчик мог бы попытаться определить тип договоров и положений в договорах, которые зачастую являются предметом временного применения, и действительно ли в определенных типах договоров применяется аналогичный подход к временному применению. Была также отмечена желательность обсуждения вопроса о бенефициариях временного применения. Было также внесено предложение о том, что Специальный докладчик мог бы провести анализ ограничительных клаузул, используемых для модулирования обязательств, которые берутся для обеспечения соблюдения норм внутрисударственного права, или обуславливающих временное применение соблюдением норм внутрисударственного права.

265. Некоторые члены поддержали мнение о том, что было бы целесообразно разработать типовые положения, которые могли бы иметь практическое значение для государств и международных организаций в контексте рассматриваемых проектов руководящих принципов. Вместе с тем они предостерегли Специального докладчика от разработки типовых положений о временном применении договоров, которые могли бы быть слишком сложными с учетом различий между внутренними правовыми системами.

**b) Взаимосвязь с другими положениями Венской конвенции 1969 года**

266. Члены Комиссии приветствовали использованный в докладе подход в отношении взаимосвязи статьи 25 с другими положениями Венской конвенции 1969 года. Было отмечено, что и другие положения Венской конвенции 1969 года также применимы. Например, статья 60, поскольку материальное нарушение временно применяемого договора, согласно этой точке зрения, может привести к приостановке или прекращению временного применения. Были также высказаны сомнения в отношении того, что статья 60 будет применяться точно таким же образом в отношении временно применяемого договора. Относительно взаимосвязи со статьей 26 было отмечено, что норма *acta sunt servanda* могла бы быть использована для объяснения ситуации, которая могла бы возникнуть вследствие одностороннего прекращения временного применения.

267. Согласно другой точке зрения, нет необходимости расширять границы изучения взаимосвязи между статьей 25 и другими нормами права международных договоров, а также исследовать взаимосвязь со статьями 19 и 46 Венской конвенции 1969 года, поскольку первоочередное внимание лучше всего было бы уделить определению различий для конкретного государства между временно применяемым договором и договором, находящимся в силе для соответствующего государства.

**c) Временное применение договора с участием международных организаций**

268. Некоторые члены выразили сомнения по поводу утверждения о том, что Венская конвенция 1986 года как таковая отражает обычное международное право. Вместе с тем было отмечено, что было бы возможно утверждать, что статья 25 Венской конвенции 1969 года и, возможно, статья 25 Венской конвенции 1986 года отражают норму обычного международного права. Однако прежде чем будет сделан любой такой вывод, в будущем докладе Специального докладчика потребуется провести дополнительное изучение данного вопроса.

269. Было отмечено, что, даже если договор был заключен в рамках международной организации или на дипломатической конференции, проведенной под

эгидой международной организации, заключение договора является актом соответствующих государств, а не международной организации.

270. Было также отмечено, что временное применение договоров с участием международных организаций отличается. Такие соглашения являются более сложными, поскольку зачастую они направлены на обеспечение наибольшего одновременного участия большинства членов соответствующей организации и самой организации. Была отмечена целесообразность изучения вопроса о том, рассматривали ли международные организации ранее или рассматривают ли они в настоящее время временное применение в качестве полезного механизма и предусмотрен ли такой механизм правилами, на основе которых они действуют.

271. Было также внесено предложение о том, что Специальный докладчик мог бы рассмотреть другие категории договоров, к которым могла бы быть применима особая форма временного применения. Например, договоренности относительно штаб-квартиры, как правило, не являются окончательными, а зачастую принимаются для конкретной конференции или мероприятия, проводимого международной организацией в соответствующем государстве. В силу их характера их необходимо осуществлять незамедлительно, и, следовательно, они часто предусматривают временное применение.

272. Некоторые члены считали целесообразным сначала изучить вопросы, касающиеся временного применения договоров, заключенных государствами, и только потом переходить к рассмотрению временного применения договоров с участием международных организаций.

**d) Замечания по проектам руководящих принципов**

273. В целом члены Комиссии поддержали использованный Специальным докладчиком подход, предусматривающий подготовку проектов руководящих принципов, которые могли бы служить практическим инструментом для государств и международных организаций. Вместе с тем некоторые члены выразили мнение о том, что предложенные Специальным докладчиком проекты руководящих принципов было бы лучше представить в качестве проектов выводов. Другое общее замечание касалось целесообразности проведения разграничения между случаем государств и случаем договоров с участием международных организаций.

274. Ряд редакционных предложений был высказан относительно формулировки проекта руководящего принципа 1 с целью приведения ее в большее соответствие с формулировкой статьи 25 Венской конвенции 1969 года. Например, было отмечено, что ссылка на национальное законодательство, не запрещающее временное применение, как представляется, не соответствует статье 25 и должна быть исключена, поскольку она предполагает, что государства могут ссылаться на свои внутренние законы с целью невыполнения обязательства временно применять договор. Было также внесено предложение о том, что этот проект руководящего принципа можно было бы объединить с другим проектом, касающимся сферы охвата проектов руководящих принципов.

275. В связи с проектом руководящего принципа 2 было предложено пояснить ссылку на резолюцию международной организации. Было выражено мнение о том, что во многих случаях резолюции не могут приравниваться к соглашениям, предусматривающим временное применение. Было также предложено включить ссылку на другие формы согласия, такие как обмен письмами или дипломатическими нотами. Было также выражено мнение, что рассматриваемое положение могло бы также быть более ясным относительно возможности согласия ведущих

переговоры или заключающих договор государств на временное применение договора каким-либо третьим государством.

276. Относительно проекта руководящего принципа 3 было внесено предложение, в частности, о том, что это положение можно было бы упростить, а также упомянуть в нем о том факте, что временное применение имеет место лишь до вступления соответствующего договора в силу для той или иной стороны. Было также внесено предложение о том, что положения, касающиеся средств выражения согласия и момента, с которого начинается временное применение, можно было бы разнести по двум проектам руководящих принципов.

277. Было высказано предложение о том, чтобы термин «правовые последствия» в проекте руководящего принципа 4 был пояснен, а само положение доработано, поскольку оно является ключевым положением проектов руководящих принципов. Например, можно было бы рассмотреть вопрос о том, распространяются ли обязательства, связанные с временным применением, на весь договор или только на отдельные положения. Другая возможность состоит в указании того обстоятельства, что правовое последствие временного применения договора может продолжаться после его прекращения. Согласно другому предложению это положение можно было бы составить с учетом формулировки статьи 26 Венской конвенции 1969 года и уточнить, что временное применение договора не может приводить к изменению содержания договора.

278. В связи с проектом руководящего принципа 5 было предложено пояснить, что последствия обязательств, вытекающих из временного применения, зависят от того, что именно государства имели в виду, когда они выражали согласие на временное применение. Кроме того, следует указать, какое именно вступление в силу имеется в виду, т.е. вступление в силу самого договора или вступление в силу договора для государства-участника. Было отмечено, что в случае, когда вступает в силу многосторонний договор, временное применение прекращается лишь для тех государств, которые ратифицировали договор или присоединились к нему. Однако временное применение продолжается для любого государства, которое еще не ратифицировало договор или не присоединилось к нему, до тех пор, пока договор не вступит в силу для этого государства. Было также выражено мнение о том, что в рассматриваемом проекте руководящего принципа можно было бы признать возможность определения конкретных условий для прекращения временного применения.

279. Тогда как некоторые члены выразили сомнения относительно необходимости включения проекта руководящего принципа 6, другие члены поддержали его. Было указано на то, что в этом проекте руководящего принципа ничего не говорится о том, является ли одностороннее приостановление или прекращение временного применения по праву договоров противоправным деянием в соответствии с международным правом, в связи с которым применяются нормы международного права об ответственности государств за международно-противоправные деяния.

### **3. Заключительные замечания Специального докладчика**

280. Специальный докладчик отметил, что, по его мнению, статья 25 Венской конвенции 1969 года является отправной точкой для рассмотрения Комиссией данной темы. Оно может выходить за рамки этой статьи лишь в той мере, в которой это необходимо для определения правовых последствий временного применения. По его мнению, основным бенефициаром временного применения является сам договор, поскольку он применяется, несмотря на тот факт, что он не вступил в силу. Кроме того, те участвующие в переговорах государства, которые мо-

гут принимать участие в процессе временного применения, также являются потенциальными бенефициарами.

281. Специальный докладчик отметил, что подавляющее большинство членов Комиссии не поддерживают проведение сопоставительного исследования внутренних законов, касающихся временного применения. В то же время он напомнил о том, что он продолжает получать от государств-членов представления относительно их практики, которые также неизменно содержат информацию о преобладающей позиции по данному вопросу в соответствии с их национальным законодательством. Тем не менее это не противоречит его заявленному намерению не проводить сопоставительный анализ законодательства, поскольку первоочередное внимание уделяется международной практике государств. С целью исключения каких-либо сомнений он мог бы согласиться исключить упоминание о внутреннем законодательстве в проекте руководящего принципа 1 и обсудить этот вопрос в соответствующем комментарии.

282. Специальный докладчик не согласился с утверждением о том, что временное применение договора может также быть прекращено в том случае, когда отсутствует ясность относительно вступления договора в силу, или в том случае, если он применялся на временной основе в течение длительного периода времени. По его мнению, представляется нецелесообразным ссылаться на прекращение временного применения договора исключительно по причине непредсказуемости его вступления в силу. Кроме того, статья 25 не предусматривает такого ограничения в отношении прекращения временного применения.

283. Он заявил о своем намерении рассмотреть вопрос о прекращении временного применения и о его правовом режиме в своем следующем докладе, а также изучить другие положения Венской конвенции 1969 года, касающиеся вопроса о временном применении, включая статьи 19, 46 и 60.

## Глава XII Другие решения и выводы Комиссии

### A. Программа, процедуры и методы работы Комиссии и ее документация

284. На своем 3248-м заседании 8 мая 2015 года Комиссия учредила Группу по планированию для текущей сессии<sup>396</sup>.

285. Группа по планированию провела три заседания. Ей были представлены раздел I, «Прочие решения и выводы Комиссии», тематического резюме обсуждения, состоявшегося в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе шестидесяти девятой сессии; резолюция 69/118 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 2014 года о докладе Комиссии международного права о работе ее шестидесяти шестой сессии, а также резолюция 69/123 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 2014 года о верховенстве права на национальном и международном уровнях.

#### 1. Включение новой темы в программу работы Комиссии

286. На своем 3257-м заседании 27 мая 2015 года Комиссия постановила включить тему «Jus cogens» в свою программу работы и назначить Специальным докладчиком по теме г-на Дире Тлади.

#### 2. Рабочая группа по долгосрочной программе работы

287. На своем 1-м заседании 11 мая 2015 года Группа по планированию решила вновь учредить для текущей сессии Рабочую группу по долгосрочной программе работы под председательством г-на Доналда М. Макрея. Председатель Рабочей группы представил Группе по планированию на ее 3-м заседании 30 июля 2015 года устный доклад о ходе работы Рабочей группы на нынешней сессии.

#### 3. Рассмотрение резолюции 69/123 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 2014 года о верховенстве права на национальном и международном уровнях

288. В резолюции 69/123 от 10 декабря 2014 года о верховенстве права на национальном и международном уровнях Генеральная Ассамблея, в частности, вновь предложила Комиссии и далее представлять в своих докладах Генеральной Ассамблее комментарии относительно ее нынешней роли в поощрении верховенства права. После ее шестидесятой сессии (2008 года) Комиссия ежегодно представляла комментарии о своей роли в поощрении верховенства права. Комиссия отмечает, что комментарии, содержащиеся в пунктах 341–346 ее доклада 2008 года (A/63/10), сохраняют актуальность, и подтвердила комментарии, изложенные на своих предыдущих сессиях<sup>397</sup>.

<sup>396</sup> В состав Группы по планированию вошли: г-н А.С. Вако (Председатель), г-н Л. Кафлиш, г-н П. Комиссариу Афонсу, г-н А. эль-Муртади Сулейман Гуидер, г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н М. Форто, г-н Х.А. Хассуна, г-н М.Д. Хмуд, г-н Х. Хуан, г-жа М.Г. Якобссон, г-н К. Киттичайсари, г-н А. Лараба, г-н Д.М. Макрей, г-н С. Мурасэ, г-н С.Д. Мерфи, г-н Б.Х. Нихаус, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н П. Штурма, г-н Д.Д. Тлади, г-н Н. Виснумурти, г-н М. Вуд и г-н М. Васкес-Бермудес (ex officio).

<sup>397</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесять четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10), пункт 231; там же, шестидесять пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10), пункты 390–393; там же, шестидесять шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10), пункты 392–398; там же, шестидесять седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10), пункты 274–279; там же, шестидесять восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10), пункты 171–179; там же, шестидесять девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10), пункты 273–280.*

289. Комиссия напоминает о том, что верховенство права является важнейшим направлением работы Комиссии. Цель Комиссии, как она определена в статье 1 Положения о Комиссии, заключается в поощрении прогрессивного развития и кодификации международного права.

290. Памятуя о принципе верховенства права, Комиссия при проведении всей своей работы в полной мере сознает важность применения международного права на национальном уровне и преследует цель поощрения уважения верховенства права на международном уровне.

291. При выполнении своего мандата, касающегося прогрессивного развития и кодификации международного права, Комиссия будет и впредь принимать во внимание в надлежащих случаях верховенство права в качестве принципа руководства, а также права человека, которые имеют основополагающее значение для верховенства права, как это отражено в тексте преамбулы и статьи 13 Устава Организации Объединенных Наций и в Декларации совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях<sup>398</sup>.

292. В своей текущей работе Комиссия сознает «взаимозависимость между обеспечением верховенства права и тремя основными направлениями работы Организации Объединенных Наций (мир и безопасность, развитие и права человека)»<sup>399</sup> без выделения одного элемента за счет другого. При выполнении своего мандата, касающегося прогрессивного развития и кодификации международного права, Комиссия сознает текущие вызовы в области обеспечения верховенства права.

293. В ходе нынешней сессии Комиссия продолжала вносить свой вклад в обеспечение верховенства права, в том числе работая над темами «Охрана атмосферы», «Преступления против человечности», «Выявление норм международного обычного права», «Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров», «Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами», «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции», «Временное применение договоров» и «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации». Кроме того, Комиссия назначила Специального докладчика по теме «Jus cogens».

294. Комиссия отмечает, что Генеральная Ассамблея предложила государствам-членам представить свои комментарии, в частности по теме «Роль многосторонних договорных процессов в поощрении и усилении верховенства права»<sup>400</sup>. Комиссия хотела бы напомнить о своей работе по различным темам, которые, с учетом представленных в соответствии со статьями 16 и 23 Положения о Комиссии предложений, стали темами многосторонних договорных процессов, в том числе проект статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2001 года, проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года, проект Статута Международного уголовного суда 1994 года и проект статей о праве несудоходных видов использования водотоков 1994 года. Комиссия также обращает внимание на свою недавнюю работу по различным темам, включая:

<sup>398</sup> 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»), документ A/RES/67/1, пункт 41.

<sup>399</sup> 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, пункт 70.

<sup>400</sup> Резолюция 69/123 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 2014 года, пункт 20.

- проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 года;
- проекты статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности 2001 года;
- проекты статей о дипломатической защите 2006 года;
- проекты статей о праве трансграничных водоносных горизонтов 2008 года;
- проекты статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров 2011 года;
- проекты статей об ответственности международных организаций 2011 года;
- проекты статей о высылке иностранцев 2014 года.

Кроме того, Комиссия напоминает о Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам (2011 года).

295. Комиссия вновь подчеркивает свою приверженность верховенству права во всей своей деятельности.

#### **4. Рассмотрение пунктов 10–13 резолюции 69/118 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 2014 года о докладе Комиссии международного права о работе ее шестьдесят шестой сессии**

296. Комиссия приняла к сведению пункты 10–13 резолюции 69/118 Генеральной Ассамблеи, в которой Ассамблея приветствовала усилия Комиссии международного права по совершенствованию ее методов работы, а также предложила ей продолжить эту практику, напомнив, что Комиссия заседает в Отделении Организации Объединенных Наций в Женеве; приняла к сведению, что Комиссия изучает возможность проведения части своих будущих сессий в Нью-Йорке; подчеркнула в этой связи важность учета Комиссией предполагаемых расходов и соответствующих административных, организационных и других факторов и призвала Комиссию обстоятельно обсудить практическую осуществимость проведения части своей шестьдесят восьмой сессии в Нью-Йорке, и постановила, без ущерба для результатов этих обсуждений, вернуться к рассмотрению рекомендации, содержащейся в пункте 388 доклада Комиссии о работе ее шестьдесят третьей сессии, в ходе семидесятой сессии Генеральной Ассамблеи.

297. Комиссия напомнила, что на своей шестьдесят третьей сессии в контексте обсуждения ее связей с Шестым комитетом она выразила пожелание, чтобы была рассмотрена возможность проведения в каждый пятилетний период половины одной сессии в Нью-Йорке, что способствовало бы прямым контактам между Комиссией и делегатами в Шестом комитете. Комиссия далее напомнила, что ранее она проводила свои сессии за пределами своей штаб-квартиры. В частности, Комиссия отметила, что в рамках общей организации созыва Дипломатической конференции полномочных представителей под эгидой Организации Объединенных Наций по учреждению Международного уголовного суда она провела первую часть своей пятидесятой сессии в месте проведения своих сессий в Отделении Организации Объединенных Наций в Женеве, с 20 апреля по 12 июня 1998 года, а вторую часть – в Центральных учреждениях Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке, с 27 июля по 14 августа 1998 года.

298. Комиссия рассмотрела возможность проведения части своей шестьдесят восьмой сессии в Нью-Йорке, исходя из информации, представленной Секретариатом в отношении сметных затрат и соответствующих административных, организационных и других факторов, включая ожидаемую рабочую нагрузку в последний год нынешнего пятилетнего периода. С учетом всех факторов, доведен-



ных до ее сведения, Комиссия пришла к выводу, что она не сможет провести часть своей шестьдесят восьмой сессии в Нью-Йорке, не вызвав этим чрезмерных сложностей. Тем не менее Комиссия подтвердила свое желание рассмотреть возможность проведения половины сессии в следующий пятилетний период в Нью-Йорке. Такую возможность следует предусмотреть при планировании будущих сессий Комиссии в следующий пятилетний период. В этой связи Комиссия отметила, что такой созыв, учитывающий сметные расходы и соответствующие административные, организационные и другие факторы, можно предусмотреть в ходе первой части сессии либо в первый (2017), либо во второй (2018) год следующего пятилетнего периода. С учетом представленной ей информации Комиссия рекомендует при проведении подготовительной работы и оценке расходов исходить из того, что первая часть ее семидесятой сессии (2018 года) будет проведена в Центральных учреждениях Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке. Соответственно Комиссия просила Секретариат предпринять необходимые меры с этой целью, с тем чтобы содействовать принятию соответствующего решения Комиссией на ее шестьдесят восьмой сессии в 2016 году.

## 5. Вознаграждение

299. Комиссия подтверждает свои уже изложенные в ее предыдущих докладах<sup>401</sup> мнения по вопросу о вознаграждении, который возник в результате принятия Генеральной Ассамблеей резолюции 56/272 от 27 марта 2002 года. Комиссия подчеркивает, что резолюция 56/272 особенно затрагивает специальных докладчиков, поскольку ставит под угрозу поддержку их исследовательской работы.

## 6. Документация и публикации

300. Комиссия подтвердила признание особой актуальности и важности для ее работы публикаций по правовым вопросам, подготавливаемых Секретариатом<sup>402</sup>. Она напомнила, что Отдел кодификации смог значительно ускорить выпуск публикаций благодаря реализации своей инициативы по их подготовке с использованием настольных издательских средств, что позволило значительно повысить своевременность и актуальность этих публикаций для работы Комиссии на протяжении более чем десяти лет. Комиссия вновь с сожалением отметила свертывание и возможное прекращение этой инициативы из-за нехватки ресурсов и то, что, как следствие, на ее текущей сессии не было распространено никаких новых публикаций по вопросам права. Комиссия вновь выражает свое мнение, что продолжение этой инициативы имеет важное значение для обеспечения своевременного выпуска этих публикаций по вопросам права, в частности публикации «Работа Комиссии международного права» на различных официальных языках. Комиссия вновь отметила особую актуальность и значительную ценность для ее ра-

<sup>401</sup> См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/57/10)*, пункты 525–531; там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/58/10)*, пункт 447; там же, *пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10)*, пункт 369; там же, *шестьдесят сессия, Дополнение № 10 (A/60/10)*, пункт 501; там же, *шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10)*, пункт 269; там же, *шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункт 379; там же, *шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10)*, пункт 358; там же, *шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункт 240; там же, *шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункт 396; там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункт 399; там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункт 280; там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 181; и там же, *шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, пункт 281.

<sup>402</sup> См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункты 387–395. См. также там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункт 185.

боты публикаций по вопросам права, подготовленных Отделом кодификации, и вновь обратилась с просьбой к Отделу кодификации и далее обеспечивать ее этими публикациями.

301. Комиссия вновь выразила свое удовлетворение тем, что ее краткие отчеты, представляющие собой важную часть подготовительной работы по прогрессивному развитию и кодификации международного права, не будут подлежать произвольным ограничениям в отношении их объема. Комиссия с удовлетворением отметила, что экспериментальные меры по упорядочению обработки ее кратких отчетов, принятые на сессии 2013 года, привели к более оперативной передаче кратких отчетов членам Комиссии для своевременной правки и ускоренному выпуску окончательных текстов. Комиссия также приветствовала тот факт, что новые методы работы привели к более рациональному использованию ресурсов, и призвала, Секретариат продолжать свои усилия по содействию подготовке окончательных отчетов на всех языках без ущерба для их точности.

302. Комиссия выразила признательность всем службам, занимающимся обработкой документации, как в Женеве, так и в Нью-Йорке, за своевременную и эффективную обработку ее документов, зачастую несмотря на очень жесткие ограничения по времени. Она отметила, что такая своевременная и эффективная обработка способствует ее ритмичной работе.

303. Комиссия выразила свою признательность Библиотеке Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве, которая исключительно эффективно и компетентно помогала членам Комиссии в их работе.

## **7. «Ежегодник Комиссии международного права»**

304. Комиссия вновь выразила мнение, что «Ежегодник Комиссии международного права» имеет огромное значение для понимания ее работы по прогрессивному развитию международного права и его кодификации, а также по укреплению верховенства права в международных отношениях. Комиссия приняла к сведению, что Генеральная Ассамблея в своей резолюции 69/118 выразила свою признательность правительствам, которые внесли добровольный взнос в целевой фонд для ликвидации отставания в публикации «Ежегодника», и предложила делать новые взносы в целевой фонд.

305. Комиссия рекомендует Генеральной Ассамблее, как и в ее резолюции 69/118, выразить удовлетворение в связи с достигнутым в последние несколько лет заметным прогрессом в ликвидации отставания в публикации «Ежегодника» на всех шести языках и приветствовать усилия Отдела конференционного управления Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве, и особенно его Секции редактирования, в деле эффективного осуществления соответствующих резолюций Генеральной Ассамблеи, призывая сократить отставание, а также просить Отдел конференционного управления продолжать оказывать всю необходимую поддержку Секции редактирования в продвижении работы над «Ежегодником».

## **8. Помощь Отдела кодификации**

306. Комиссия выразила признательность Отделу кодификации Секретариата за неоценимую помощь в обеспечении ее основного обслуживания, и в частности за продолжающееся содействие, предоставляемое Специальным докладчиком, и за подготовку углубленных научных исследований, затрагивающих аспекты тем, рассматриваемых в настоящее время, в ответ на просьбы Комиссии.

## 9. Веб-сайты

307. Комиссия выразила глубокую признательность Секретариату за создание ее нового веб-сайта и призвала его продолжить работу по обновлению и обслуживанию веб-сайта<sup>403</sup>. Комиссия вновь отметила, что этот веб-сайт и другие веб-сайты, обслуживаемые Отделом кодификации<sup>404</sup>, представляют собой неоценимый ресурс как для Комиссии в процессе ее работы, так и для более широкого круга исследователей, изучающих деятельность Комиссии, содействуя тем самым общему совершенствованию преподавания, изучения, распространения и более широкого признания международного права. Комиссия приветствовала размещение на ее веб-сайте информации о ходе рассмотрения тем, фигурирующих в ее повестке дня, а также предварительных отредактированных вариантов ее кратких отчетов. Комиссия также выразила признательность Секретариату за успешное завершение оцифровки и размещения на веб-сайте «Ежегодников» Комиссии на русском языке.

## 10. Библиотека аудиовизуальных материалов Организации Объединенных Наций по международному праву

308. Комиссия с удовлетворением отметила чрезвычайную ценность библиотеки аудиовизуальных материалов Организации Объединенных Наций по международному праву для содействия более глубокому знанию международного права и работы Организации Объединенных Наций в этой области, в том числе Комиссии международного права.

## В. Сроки и место проведения шестьдесят восьмой сессии Комиссии

309. Комиссия рекомендует провести шестьдесят восьмую сессию Комиссии в Женеве со 2 мая по 10 июня и с 4 июля по 12 августа 2016 года.

## С. Выражение признательности секретарю Комиссии

310. На своем 3263-м заседании 5 июня 2015 года Комиссия выразила признательность г-ну Джорджу Коронтсису, который неустанно трудился в качестве секретаря Комиссии с 2013 года и вышел на пенсию в ходе нынешней сессии. Она особо отметила огромный вклад г-на Коронтсиса в работу Комиссии и кодификацию и прогрессивное развитие международного права, с большой признательностью отметила его профессионализм, преданность общественному служению и готовность посвятить себя делу международного права, а также пожелала ему самого лучшего в его будущих начинаниях.

## Д. Сотрудничество с другими органами

311. На 3274-м заседании 22 июля 2015 года судья Ронни Абраам, Председатель Международного Суда, выступил перед Комиссией и сообщил ей о последней судебной деятельности Суда<sup>405</sup>. После него последовал обмен мнениями.

312. На сессии Комиссии была представлена Афро-Азиатская консультативно-правовая организация (ААКПО) в лице ее генерального секретаря, г-на Рахмата Мохамеда, который выступил перед членами Комиссии на 3250-м заседании

<sup>403</sup> Размещается по адресу <http://legal.un.org/ilc>.

<sup>404</sup> Имеются в открытом доступе по ссылке <http://www.un.org/law/lindex.htm>.

<sup>405</sup> Выступление отражено в кратком отчете об этом заседании.

13 мая 2015 года<sup>406</sup>. Он проинформировал членов Комиссии о нынешней деятельности ААКПО и представил краткий обзор обсуждений на пятьдесят четвертой ежегодной сессии ААКПО, состоявшейся в Пекине 13–17 апреля 2015 года, которая была, в частности, посвящена четырем темам в программе работы Комиссии, а именно «Выявление обычного международного права», «Высылка иностранцев», «Охрана атмосферы» и «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции». После этого состоялся обмен мнениями.

313. На этой сессии Комиссии Межамериканский юридический комитет был представлен заместителем председателя Межамериканского юридического комитета г-ном Карлосом Мата Пратесом, который выступил перед членами Комиссии на 3265-м заседании 7 июля 2015 года<sup>407</sup>. Он рассказал о работе Комиссии в 2014–2015 годах по различным правовым вопросам, которыми занимается Комитет. После этого состоялся обмен мнениями.

314. Комитет юрисконсультов по международному публичному праву (КЮМПП) Совета Европы был представлен на нынешней сессии Комиссии председателем Комитета юрисконсультов по международному публичному праву г-ном Полем Ретьенсом и главой Отдела международного публичного права и Управления международных договоров Директората юридических консультаций и международного публичного права г-жой Мартой Рекеной, оба из которых выступили перед членами Комиссии на 3268-м заседании 10 июля 2015 года<sup>408</sup>. Они рассказали о нынешней деятельности КЮМПП в области международного публичного права, а также о деятельности Совета Европы. После этого состоялся обмен мнениями.

315. Комиссию Африканского союза по международному праву на нынешней сессии Комиссии представляли судья Соло Холисани и г-н Эбенезер Аппреку, члены Комиссии Африканского союза по международному праву, а также г-н Мурад Бен-Дхиаб, секретарь КАСМП. Судья Соло Холисани и г-н Эбенезер Аппреку выступили перед членами Комиссии на 3276-м заседании 23 июля 2015 года<sup>409</sup>. Они кратко рассказали о деятельности Комиссии Африканского союза по международному праву. После этого состоялся обмен мнениями.

316. Верховный комиссар Организации Объединенных Наций по правам человека г-н Зейд Раад аль-Хуссейн выступил перед членами Комиссии на 3272-м заседании 21 июля 2015 года<sup>410</sup>. Он рассказал о деятельности его Управления и о некоторых вызывающих его озабоченность проблемах в области прав человека и прокомментировал некоторые темы в программе работы Комиссии, а именно «Преступления против человечности» и «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции». После этого состоялся обмен мнениями.

317. 9 июля 2015 года состоялся неофициальный обмен мнениями между членами Комиссии и Международным комитетом Красного Креста (МККК) по темам, представляющим взаимный интерес. Были сделаны сообщения о подготовке к тридцать второй Международной конференции Движения Красного Креста и Красного Полумесяца, а также об обновлении Комментариев МККК к Женевским конвенциям и Дополнительным протоколам. Были также сделаны сообщения по темам в программе работы Комиссии, включая темы «Последующие со-

<sup>406</sup> Там же.

<sup>407</sup> Там же.

<sup>408</sup> Там же.

<sup>409</sup> Там же.

<sup>410</sup> Там же.

глашения и последующая практика в связи с толкованием договоров» и «Преступления против человечности»<sup>411</sup>.

## **Е. Представительство на семидесятой сессии Генеральной Ассамблеи**

318. Комиссия постановила, что на семидесятой сессии Генеральной Ассамблеи Комиссию будет представлять ее Председатель, г-н Нариндер Сингх.

## **Ф. Семинар по международному праву**

319. В соответствии с резолюцией 69/118 Генеральной Ассамблеи в ходе данной сессии Комиссии 6–24 июля 2015 года во Дворце Наций состоялась пятьдесят первая сессия семинара по международному праву. Семинар предназначен для молодых юристов, специализирующихся в области международного права, включая молодых преподавателей и государственных должностных лиц, занимающихся преподавательской деятельностью или работающих на дипломатической службе, либо состоящих на государственной службе своей страны.

320. В семинаре приняли участие 24 представителя различных стран всех региональных групп<sup>412</sup>. Участники присутствовали на пленарных заседаниях Комиссии, посещали специально организованные для них лекции и участвовали в обсуждениях в рабочих группах по конкретным темам.

321. Семинар открыл Председатель Комиссии г-н Нариндер Сингх. За административные вопросы, организацию и проведение семинара отвечал старший советник по правовым вопросам Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве (ЮНОГ) г-н Маркус Шмидт. Координацию научной работы семинара обеспечивал Женевский университет. Функции координатора выполнял эксперт Женевского университета по международному праву г-н Витторио Майнетти при содействии помощников по правовым вопросам г-на Седрика Аперсе и г-жу Юстры Суеди, а также стажера Отдела связей по правовым вопросам ЮНОГ г-жи Ками Шваб.

<sup>411</sup> С заявлениями выступили г-жа Кристин Беерли, вице-президент МККК, и г-н Нариндер Сингх, Председатель Комиссии. Затем г-н Георг Нольте сделал сообщение по теме «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров», г-н Шон Б. Мерфи – по теме «Преступления против человечности», д-р Кнут Доерман, старший сотрудник по правовым вопросам и заведующий юридическим отделом МККК, – по теме «Подготовка к тридцать второй Международной конференции Движения Красного Креста и Красного Полумесяца», и д-р Жан-Мари Хенкаертс, руководитель проекта по обновлению Комментариев МККК, – «Обновление Комментариев МККК к Женевским конвенциям и Дополнительным протоколам».

<sup>412</sup> В семинаре приняли участие г-жа Какананг Амарананд (Таиланд), г-н Хамеди Камара (Мавритания), Элин А. Каньяс Варгас (Коста-Рика), Фрэнсис У. Чангара (Зимбабве), Намгай Дорджи (Бутан), Фатумата П. Думбуйя (Гвинея), Пилар Эухенио (Аргентина), Соаад Хоссам (Египет), Жеден Жан (Гаити), Акино Коваси (Япония), Гифт Квека (Танзания), Лючия Леонтьева (Молдова), Матильда Менди (Гамбия), Момчил Миланов (Болгария), Куен Т.Х. Нгуен (Вьетнам), Элинатан Охиомоба (Соединенные Штаты Америки), Франсиско Х. Паскуаль Вивес (Испания), Лим Е Чун (Республика Корея), Матео Сардзо (Италия), Корнелиус В.М. Шолтс (Южная Африка), Дарсел Г. Смит-Вильямсон (Багамские Острова), Лука М. Томажич (Словения), Йин Шуси (Китай), Франс Х. Субьета (Боливия (Многонациональное Государство)). Отборочный комитет под председательством г-на Макане Мойзе Мбенге, профессора международного права Женевского университета, провел заседание 7 апреля 2015 года и отобрал 25 кандидатов из 102 человек, подавших заявки на участие. Один из отобранных кандидатов не смог принять участие в семинаре.

322. Членами Комиссии были прочитаны следующие лекции: г-н Эрнест Петрич: «Работа Комиссии международного права»; г-н Дире Тлади: «Jus cogens»; г-н Павел Штурма: «Правопреемство государств в отношении ответственности государств»; г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес: «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной юрисдикции»; г-на Синья Мурасэ: «Охрана атмосферы»; г-на Георг Нольте: «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров»; г-н Майкл Вуд «Выявление международного обычного права»; г-жа Мария Якобссон: «Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами»; г-н Шон Д. Мерфи: «Преступления против человечности».

323. Участники семинара приняли участие в шести выездных сессиях. Они присутствовали на коллоквиуме, организованном Женевским университетом в сотрудничестве с Женевским водным узлом, по теме: «Международное право водных ресурсов: проблемы осуществления». На семинаре выступили: г-жа Данаэ Азария (Университетский колледж Лондона), проф. Лоранс Буасон де Шазурн (Женевский университет), г-н Люциус Кафлиш (член Комиссии международного права), г-на Морис Камто (член Комиссии международного права), проф. Аттила Танци (Болонский университет, Италия), г-жа Кристина Леб (Всемирный банк), проф. Марко Сассоли (Женевский университет) и г-жа Мара Тиньино (Женевский университет). После коллоквиума состоялся прием, организованный Женевским водным узлом. Международной организацией труда (МОТ) была проведена специальная сессия по теме «Международные административные трибуналы», работой которой руководил г-н Дражен Петрович, секретарь Административного трибунала МОТ. Участники семинара также заслушали сообщение «Международное право беженцев», с которым выступил г-н Корнелис Ваутерс, старший советник по правовым вопросам Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (УВКБ). По приглашению Института международных исследований и исследований проблем развития они также прослушали ежегодную Лаливскую лекцию. Эту лекцию по теме «Приливная волна: урегулирование споров в соответствии с морским правом» прочел г-н Шон Д. Мерфи. Г-н Никос Воланис, сотрудник по правовым вопросам Международного союза электросвязи (МСЭ), также провел беседу в МСЭ, после которой состоялось посещение музея МСЭ. Наконец, была организована специальная сессия во Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ), где Стивен А. Соломон, старший сотрудник по правовым вопросам, и г-н Якоб Квирин, младший сотрудник по правовым вопросам, сделали сообщения по теме «Международное право и здравоохранение».

324. Были организованы две рабочие группы семинара по темам «Jus cogens» и «Правопреемство государств в отношении ответственности государств». Каждый из участников семинара вошел в состав одной из них. Два члена Комиссии – г-н Дире Тлади и г-н Павел Штурма – осуществляли общее руководство и давали консультации для рабочих групп. Каждая из групп подготовила доклад и представила свои результаты в ходе последней рабочей сессии семинара. Доклады были сведены воедино и распространены среди всех участников, а также среди членов Комиссии.

325. Республикой и Кантоном Женевы для участников была организована традиционная экскурсия по женевской ратуше, где участники семинара посетили зал «Алабама», в котором для них был организован коктейль.

326. Постоянный представитель Соединенного Королевства при Организации Объединенных Наций и других международных организаций в Женеве провел для участников семинара прием в резиденции.

327. Г-н Нариндер Сингх, Председатель Комиссии международного права, г-н Маркус Шмидт, директор семинара международного права, и г-н Момчил Миланов от имени участников семинара выступили перед участниками Комиссии в ходе церемонии закрытия семинара. Каждому участнику был вручен диплом участника семинара.

328. Комиссия с особым удовлетворением отметила, что с 2013 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, Швейцарии и Швеции. «Чирколо ди диритто интернационале» (ЧДИР) – частная ассоциация за развитие международного права со штаб-квартирой в Риме (Италия) – также внесла взнос для семинара. Хотя финансовый кризис последних лет серьезно затронул финансы семинара, из его Целевого фонда было выделено достаточное число стипендий для достойных кандидатов, в особенности из развивающихся стран, для достижения справедливого географического распределения участников. В этом году было предоставлено 14 стипендий (девять с оплатой проездных расходов и проживания, три с оплатой только расходов на проживание и две с оплатой только проездных расходов).

329. За период с 1965 года в работе семинара приняли участие 1 163 человека, представлявших 171 страну. Из них 713 получили стипендии.

330. Комиссия подчеркивает то значение, которое она придает семинару, позволяющему молодым юристам, особенно из развивающихся стран, ознакомиться с работой Комиссии и деятельностью многих международных организаций, базирующихся в Женеве. Комиссия рекомендует Генеральной Ассамблее вновь обратиться к государствам с призывом выделить добровольные взносы для обеспечения проведения семинара с возможно более широким кругом участников в 2016 году.

## Приложение

### Заключительный доклад

### Исследовательская группа по клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации

#### Содержание

	<i>Пункты</i>
Введение .....	1–2
Часть I	
История вопроса .....	3–33
А. Генезис и цели работы Исследовательской группы .....	4–9
В. Проекты статей 1978 года .....	10–19
1. Истоки .....	10–12
2. Основные положения .....	13–18
3. Решение Генеральной Ассамблеи по проектам статей 1978 года .....	19
С. Последующие события .....	20–23
D. Анализ положений о НБН другими органами .....	24–33
1. ЮНКТАД .....	25–27
2. ОЭСР .....	28–33
Часть II	
Актуальность клаузул о НБН в настоящее время, а также вопросы, касающиеся их толкования .....	34–140
А. Ключевые элементы положений о НБН .....	35–40
1. Обоснование режима НБН .....	37–40
В. Современная практика в отношении клаузул о НБН .....	41–66
1. Клаузулы о НБН в ГАТТ и ВТО .....	41–52
2. Положения о НБН в других торговых соглашениях .....	53–54
3. Положения о НБН в инвестиционных договорах .....	55–66
С. Вопросы толкования, касающиеся положений о НБН в инвестиционных соглашениях .....	67–140
1. Кто имеет право пользоваться положением о НБН? .....	69–73
2. Что представляет собой «не менее благоприятный» режим? .....	74–78
3. Какова сфера охвата режима, предоставляемого в соответствии с клаузулой о НБН? .....	79–140
а) Клаузула о НБН и процедурные вопросы: история вопроса .....	82–90
б) Последующее толкование судами по инвестиционным спорам клаузул о НБН в связи с процедурными вопросами .....	91–140



i) <i>Различие между материальными и процедурными обязательствами</i> . . . . .	93–99
ii) <i>Толкование положений о НБН в качестве юрисдикционного вопроса</i> . . . . .	100–114
1. Стандарт для толкования юрисдикционных вопросов . . . . .	101–103
2. Урегулирование споров и юрисдикция . . . . .	104–114
iii) <i>Конкретное намерение в других договорных положениях</i> . . . . .	115–118
iv) <i>Практика участников</i> . . . . .	119–122
v) <i>Соответствующее время для определения намерения сторон</i> . . . . .	123
vi) <i>Содержание положения, подлежащее изменению путем ссылки на положение о НБН</i> . . . . .	124–134
vii) <i>Последовательность в процессе принятия решений</i> . . . . .	135–136
viii) <i>Определение «не менее благоприятного» режима</i> . . . . .	137–139
ix) <i>Существование исключений по соображениям политики</i> . . . . .	140
Часть III	
Соображения, касающиеся толкования клаузул о НБН . . . . .	141–160
A. Вопросы политики, относящиеся к толкованию инвестиционных соглашений . . . . .	141–149
1. Асимметричность при переговорах о ДИД . . . . .	141–144
2. Специфика отдельного договора . . . . .	145–149
B. Урегулирование инвестиционных споров в порядке «смешанного арбитража» . . . . .	150–157
C. Актуальность проектов статей 1978 года для толкования положений о НБН на современном этапе . . . . .	158–160
Часть IV	
Руководящие положения о толковании клаузул о НБН . . . . .	161–211
A. Принципиальная возможность применения положений о НБН в отношении положений об урегулировании споров в ДИД . . . . .	162–163
B. Условия, связанные с урегулированием споров и юрисдикцией арбитража . . . . .	164–173
C. Факторы, имеющие значение при определении применимости положения о НБН в отношении условий обращения к процедуре урегулирования споров . . . . .	174–193
1. Принцип одновременности . . . . .	176–178
2. Значимость подготовительной работы . . . . .	179
3. Договорная практика сторон . . . . .	180–183
4. Значение контекста . . . . .	184–188
a) <i>Баланс между конкретными и общими положениями</i> . . . . .	186–187
b) <i>Принцип expressio unius</i> . . . . .	188
5. Значимость содержания положения, которое предлагается заменить . . . . .	189–190

---

6.	Толкование положения, которое предлагается включить . . . . .	191–193
D.	Последствия различных типовых клаузул о НБН . . . . .	194–211
1.	Клаузулы в соглашениях, действовавших на момент решения по делу <i>Маффесини</i> . . . . .	195–202
2.	Клаузулы в соглашениях, заключенных после решения по делу <i>Маффесини</i> . . . . .	203–211
Часть V		
	Резюме выводов . . . . .	212–217

## Введение

1. В настоящем докладе освещается работа Исследовательской группы, которая была учреждена Комиссией для рассмотрения актуальных на сегодняшний день вопросов, относящихся к клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации (НБН). Комиссия изучала тему, касающуюся клаузулы о НБН, с 1967 по 1978 год, однако разработанный ею проект статей не был положен в основу какого-либо многостороннего договора. С тех пор клаузула НБН стала краеугольным камнем ВТО и была включена в бесчисленное множество двусторонних и региональных инвестиционных соглашений. В контексте двусторонних инвестиционных соглашений, в частности, возникли разногласия по поводу возможности распространения режима НБН с основных обязательств на положения об урегулировании споров. Настоящий доклад содержит обзор этих изменений и некоторые комментарии по поводу толкования положений о НБН<sup>1</sup>.

2. При рассмотрении данной темы Исследовательская группа пыталась решить, сможет ли она выработать какой-либо итоговый текст, который будет полезен на практике как с точки зрения включения клаузул о НБН в международные договоры, так и с точки зрения толкования и применения клаузул о НБН в судебных решениях и где бы то ни было еще. Исследовательская группа изучила вопрос о целесообразности переработки проектов статей 1978 года или подготовки нового проекта и констатировала отсутствие подобной необходимости<sup>2</sup>. Хотя Исследовательская группа уделяла особое внимание клаузулам о НБН в контексте инвестиционных соглашений, она пыталась рассматривать клаузулы о НБН в более широком контексте. Выводы Исследовательской группы изложены в пунктах 212–217 ниже.

## Часть I История вопроса

3. В этой части представлен контекст работы Исследовательской группы и дано описание предыдущей работы Комиссии по вопросу о клаузулах о НБН. Затем в ней рассказывается об использовании клаузул о НБН с 1978 года.

### А. Генезис и цели работы Исследовательской группы

4. Проекты статей по теме о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации (НБН) были приняты Комиссией в 1978 году<sup>3</sup>. Однако Генеральная Ассамблея так и не приняла решение о созыве конференции для преобразования этих проектов статей в конвенцию. В 2006 году на пятьдесят восьмой сессии Комиссии международного права Рабочая группа по долгосрочной программе работы обсудила вопрос о целесообразности вернуться к рассмотрению клаузулы о НБН. Этот вопрос был рассмотрен неофициальной рабочей группой Комиссии на ее пятьдесят девятой сессии (2007), а на шестидесятой сессии (2008) Комиссия решила включить в свою долгосрочную программу работы тему «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации». На той же сессии Комиссия постановила включить эту тему в свою текущую программу работы и учредить на своей шестидесятой сессии исследовательскую группу по ней под сопредседательством г-на Доналда

<sup>1</sup> Термины «клаузула о НБН» и «положение о НБН» используются в настоящем докладе как взаимозаменяемые.

<sup>2</sup> Некоторые члены Исследовательской группы считали переработку проектов статей 1978 года целесообразной.

<sup>3</sup> *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 16–72.

Макрея и г-на Рохана Переры<sup>4</sup>. С 2012 года Исследовательская группа работала под председательством г-на Макрея, а в его отсутствие – под председательством г-на Матьяса Форто.

5. Комиссия приняла решение о повторном рассмотрении вопроса о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации под воздействием событий, имевших место после 1978 года, включая широкое использование положений о НБН в контексте ВТО, повсеместное включение положений о НБН в двусторонние инвестиционные договоры и инвестиционные положения механизмов региональной экономической интеграции, а также известные трудности, которые возникли с толкованием и применением положений о НБН в инвестиционных договорах.

6. В период с 2009 по 2015 год Рабочая группа провела 24 заседания. Исследовательская группа согласовала план, призванный служить «дорожной картой» для ее работы в свете вопросов, поднятых в общем наброске по данной теме<sup>5</sup>. Она строила свою работу на основе неофициальных рабочих документов и других неофициальных документов, подготовленных членами Комиссии в целях оказания помощи Исследовательской группе<sup>6</sup>.

7. При рассмотрении данной темы Комиссия получила замечания государств в Шестом комитете, касавшиеся работы Исследовательской группы. Хотя некоторые государства усомнились в необходимости рассмотрения этой темы Комиссией<sup>7</sup>, по общему мнению, Комиссия могла бы внести свой вклад в эту область. Комиссия должна была учитывать тот факт, что положения о НБН принимают са-

<sup>4</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10)*, пункты 351–352. См. также там же, *шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункты 211–216; там же, *шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункты 359–373; там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункты 349–363.

<sup>5</sup> Там же, *шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункт 216.

<sup>6</sup> Исследовательская группа рассмотрела следующие рабочие документы: а) «Обзор проектов статей 1978 года в отношении клаузулы о НБН» (г-на Синья Мурасэ); б) НБН в ГАТТ и ВТО (г-на Д.М. Макрея); в) «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации и дело *Маффесини*» (г-на А.Р. Переры); д) «Деятельность ОЭСР по НБН» (г-на М.Д. Хмуда); е) «Деятельность ЮНКТАД по НБН» (г-на С.К. Васьянни); ф) «Толкование и применение клаузул о НБН в инвестиционных соглашениях» (г-на Д.М. Макрея); г) «Толкование клаузул о НБН арбитражными судами по инвестиционным спорам» (г-на Д.М. Макрея) (данный рабочий документ представлял собой переработанный вариант рабочего документа «Толкование и применение клаузул о НБН в инвестиционных соглашениях»); h) «Влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о НБН к процессуальным положениям» (г-на М. Форто); и) «ДИД о смешанных арбитражах: юридический характер урегулирования инвестиционных споров» (г-на С. Мурасэ); и j) «Обзор формулировок клаузулы о НБН и дела *Маффесини*» (г-на М.В. Хмуда). На рассмотрение Исследовательской группы были также представлены: а) «Каталог положений о НБН» (подготовленный г-ном Д.М. Макреем и г-ном А.Р. Перерой); б) неофициальный документ в форме таблицы с указанием фамилий арбитров и юрисконсультов по инвестиционным делам, в которых фигурировали клаузулы о НБН, а также типов положений об НБН, являвшихся предметом толкования; в) неофициальный рабочий документ о типовых клаузулах о НБН после дела *Маффесини*, в котором рассматривалась различная реакция государств на решения по делу *Маффесини*; д) неофициальный рабочий документ с обзором сходных с НБН формулировок соглашений о штаб-квартирах, согласно которым представители государств при организации наделяются теми же привилегиями, что и дипломаты в государстве аккредитации; е) неофициальный рабочий документ по вопросу о клаузулах о НБН в дипломатических договорах; ф) неофициальный рабочий документ по вопросу о соглашениях о судоходстве и клаузуле о НБН; г) неофициальный рабочий документ по теме «Двусторонние соглашения о налогообложении и клаузула о НБН».

<sup>7</sup> См., например: *A/C.6/65/SR.25*, пункт 75 (Португалия); *A/C.6/66/SR.27*, пункт 49 (Иран (Исламская Республика)); *A/C.6/67/SR.23*, пункт 27 (Иран (Исламская Республика)).

мые разные формы и что не обязательно нужно ожидать какого-либо единообразия в вопросах их толкования и применения<sup>8</sup>. В соответствии с общей ориентацией работы Исследовательской группы часто высказывалось мнение о том, что Комиссии не следует готовить новые проекты статей или пытаться пересмотреть проекты статей 1978 года<sup>9</sup>. В целом считалось, что Комиссии необходимо выявить тенденции толкования клаузул о НБН и предоставить руководящие указания для участников переговоров, директивного руководства и специалистов-практиков в инвестиционной сфере<sup>10</sup>.

8. Исследовательская группа решила не пытаться разрешить коллизию между несовпадающими мнениями судов по инвестиционным спорам относительно применения клаузул о НБН к положениям об урегулировании споров. Комиссия не в состоянии высказывать какие-либо авторитетные суждения по поводу решений судов по инвестиционным спорам и признавать одни решения правильными, а другие – неправильными, так как это превратило бы Комиссию в еще одного участника ведущейся полемики.

9. Вместо этого Исследовательская группа посчитала целесообразным предоставить некоторые разъяснения или уточнения по поводу подхода, которого Комиссия придерживалась в 1978 году, в частности с учетом неопределенности в вопросах надлежащего толкования клаузул о НБН. Кроме того, Исследовательская группа посчитала полезным более подробное рассмотрение вопроса о применении правил толкования договоров к толкованию положений о НБН.

## В. Проекты статей 1978 года

### 1. Истоки

10. Когда тема о НБН была впервые предложена в Комиссии в 1964 году, это предложение прозвучало в контексте дискуссии о «договорах и третьих государствах»<sup>11</sup>. Когда же Комиссия постановила включить данную тему в свою программу работы в 1967 году, она включила ее под названием «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации в праве международных договоров»<sup>12</sup>. Таким образом, тема затрагивала договорное право.

11. Исторически клаузулы о НБН включались в двусторонние договоры о дружбе, торговле и мореплавании, основная функция которых состояла в регулировании целого ряда вопросов отношений сторон, как правило вопросов коммерче-

<sup>8</sup> См., например: [A/C.6/64/SR.23](#), пункт 52 (Соединенные Штаты Америки); [A/C.6/64/SR.23](#), пункт 31 (Япония); [A/C.6/65/SR.26](#), пункт 17 (Соединенные Штаты Америки); [A/C.6/66/SR.27](#), пункт 94 (Соединенные Штаты Америки); [A/C.6/67/SR.21](#), пункт 103 (Соединенные Штаты Америки).

<sup>9</sup> См., например: [A/C.6/64/SR.23](#), пункт 52 (Соединенные Штаты Америки); [A/C.6/65/SR.25](#), пункт 82 (Соединенное Королевство); [A/C.6/65/SR.26](#), пункт 17 (Соединенные Штаты Америки); [A/C.6/69/SR.25](#), пункт 115 (Австрия); [A/C.6/69/SR.26](#), пункт 18 (Соединенное Королевство); [A/C.6/69/SR.27](#), пункт 26 (Соединенные Штаты Америки).

<sup>10</sup> См., например: [A/C.6/64/SR.18](#), пункт 66 (Венгрия); [A/C.6/64/SR.22](#), пункт 75 (Новая Зеландия); [A/C.6/65/SR.26](#), пункт 45 (Шри-Ланка); [A/C.6/66/SR.27](#), пункт 28 (Шри-Ланка); [A/C.6/66/SR.27](#), пункт 69 (Российская Федерация); [A/C.6/66/SR.27](#), пункт 78 (Португалия); [A/C.6/66/SR.27](#), пункт 89 (Вьетнам); [A/C.6/66/SR.28](#), пункт 21 (Канада); [A/C.6/67/SR.20](#), пункт 109 (Канада); [A/C.6/69/SR.25](#), пункт 21 (Вьетнам); [A/C.6/69/SR.26](#), пункт 69 (Сингапур); [A/C.6/69/SR.26](#), пункт 73 (Австралия); [A/C.6/69/SR.27](#), пункт 76 (Республика Корея).

<sup>11</sup> United Nations, *The Work of the International Law Commission*, Eighth ed., vol. 1, (2012), U.N. Sales No. E.12.V.2 (ISBN 978-92-1-133720-4), p.171.

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 172.

ского характера<sup>13</sup>. Хотя специальные докладчики по проектам статей 1978 года придерживались широкого подхода, охватывавшего применение клаузул о НБН в национальных судах, в международных договорах и в решениях международных судов, в основном проекты статей 1978 года касались традиционной функции клаузул о наиболее благоприятствуемой нации в двусторонних договорах о торговле.

12. Таким образом, если сегодня ключевой функцией клаузулы о НБН зачастую считается автоматическое и безусловное предоставление привилегий, проекты статей 1978 года содержат подробные и объемные положения, касающиеся «условий компенсации» и «условий режима взаимности», что, по-видимому, частично отражало обеспокоенность тех участников межгосударственной торговли, которые не были сторонниками сугубо автоматического применения клаузул о НБН. Кроме того, возникли разногласия по поводу режима в таких областях, как таможенные союзы и преференции для развивающихся стран.

## 2. Основные положения

13. Хотя проекты статей 1978 года касаются самых разных вопросов, некоторые из которых, по-видимому, потеряли свою актуальность в силу последующего развития событий, они устанавливают основные элементы положений о НБН и содержат указания по поводу их применения, которые определяют функционирование клаузул о НБН в настоящее время. Клаузула о НБН определяется следующим образом:

«режим, предоставленный бенефицирующим государством государству-бенефициарию или лицам или вещам, находящимся в определенной связи с ним, не менее благоприятный, чем режим, распространенный бенефицирующим государством на третье государство или на лица или вещи, находящиеся в такой связи с этим третьим государством»<sup>14</sup>.

Хотя данное определение было сочтено некоторыми расплывчатым<sup>15</sup>, оно содержит ключевые элементы клаузулы о НБН, которые далее развиваются в последующих проектах статей.

14. В частности, из проектов статей четко следует, что режим НБН не является исключением из общего правила о воздействии международных договоров на третьи государства<sup>16</sup>. Право на режим НБН основано на договоре, содержащем клаузулу о НБН, как базовом договоре, создающем юридическую связь между бенефицирующим государством и государством-бенефициарием. Другими словами, право государства-бенефициария на режим НБН вытекает только из клау-

<sup>13</sup> Shinya Murase, *Kokusaiho no Keizaiteki Kiso* (Tokyo: Yuhikaku, 2001), pp. 14–201 [in Japanese]; Shinya Murase, “The Most-Favored-Nation Treatment in Japan’s Treaty Practice 1854–1905” *American Journal of International Law*, vol.70 (1976), pp. 273–297.

<sup>14</sup> См., например, проект статьи 5 проектов статей 1978 года, *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 21 англ. текста.

<sup>15</sup> Эта проблема была отмечена Люксембургом в замечаниях по проекту статей в первом чтении следующим образом: «Возникают вопросы по поводу охвата этой формулы... в которой делается ссылка на "лиц" или "вещи", находящиеся "в определенной связи" с данным государством. Какие лица имеются в виду? Хотя ситуация может быть достаточно понятна в случае физических лиц, она перестает быть таковой в случае экономических предприятий, независимо от того, являются ли они корпоративными органами. Относится ли ссылка на "вещи" только к материальным предметам, или же она также касается нематериального имущества, например оказания услуг или прав на коммерческую, промышленную или интеллектуальную собственность? Наконец, как следует понимать слова "в определенной связи" с государством, особенно в случае экономических предприятий или нематериального имущества?». Там же, стр. 167.

<sup>16</sup> Там же, стр. 24–25 (проекты статей 7 и 8).

зулы о НБН в договоре между бенефицирующим государством и государством-бенефициарием, а не из договора между бенефицирующим государством и каким-либо третьим государством. Таким образом, *jus tertii* в этом случае не появляется. В этой связи Комиссия лишь закрепляла то, что уже было постулировано Международным Судом в деле *Об Англо-иранской нефтяной компании*<sup>17</sup>.

15. Проект статей также содержит важное изложение принципа *ejusdem generis* в его применении к клаузулам о НБН. При этом Комиссия широко полагалась на практику и юриспруденцию ГАТТ в отношении «аналогичных продуктов». Комиссия разбила принцип *ejusdem generis* на две части. Сначала, в пункте 1) статьи 9 сказано:

«В силу клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации государство-бенефициарий приобретает для себя или в пользу лиц или вещей, находящихся в определенной связи с ним, только те права, которые вытекают из существа предмета клаузулы».

Потом в пункте 1) статьи 10 говорится:

«Государство-бенефициарий приобретает в силу клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации право на режим наиболее благоприятствуемой нации только в том случае, если бенефицирующее государство распространяет на третье государство режим в пределах предмета клаузулы».

16. В статьях 9 и 10 также четко прописано, что если выгоды предоставляются для лиц или вещей, находящихся в определенной связи с государством-бенефициарием, то они должны принадлежать к той же категории лиц или вещей или находиться в такой же связи с государством-бенефициарием, что и лица или вещи в определенной связи с третьим государством<sup>18</sup>.

17. Проект статей 1978 года также касался действия клаузул о НБН, которые зависели от получения компенсации или предоставления взаимных выгод. Кроме того, он содержал конкретные правила, касающиеся режима НБН и развивающихся государств, приграничной торговли и государств, не имеющих выхода к морю.

18. Одной из причин того, что работа, проделанная Комиссией, так и осталась в форме проекта статей, были положения, касающиеся развивающихся стран. Считалось, что эти положения либо выходят за рамки того, что принято в международном обычном праве<sup>19</sup>, либо плохо согласуются с развитием событий в других контекстах, особенно по линии ГАТТ<sup>20</sup>. Несколько государств полагали, что проекты статей недостаточно защищают интересы развивающихся стран<sup>21</sup>. Другим казалось, что проект статьи 24 о соглашениях между развивающимися государствами является излишне ограничительным<sup>22</sup>, или же требует дополнительных

<sup>17</sup> *Anglo-Iranian Oil Co. case (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, pp.109–110.

<sup>18</sup> *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 27 англ. текста (см., в частности, проект статьи 10(2)).

<sup>19</sup> *A/C.6/33/SR.37*, пункт 52 (Канада).

<sup>20</sup> *A/C.6/33/SR.46*, пункт 2 (Дания); *A/C.6/33/SR.37*, пункт 11 (Соединенное Королевство).

<sup>21</sup> *A/C.6/33/SR.37*, пункт 24 (Либерия); *A/C.6/33/SR.41*, пункт 43 (Эквадор); *A/C.6/33/SR.43*, пункт 23 (Гана); *A/C.6/33/SR.45*, пункты 21–26 (Свазиленд). По мнению Европейского экономического сообщества, проекты статей должны были непосредственно касаться отношений между государствами с различным экономическим статусом: *A/C.6/33/SR.32*, пункты 6–7, 16–17 (ЕЭС). См. также *A/C.6/33/SR.39*, пункт 24 (Бельгия).

<sup>22</sup> *A/C.6/33/SR.32*, пункт 20 (Ямайка); *A/C.6/33/SR.42*, пункт 30 (Бангладеш).



разъяснений<sup>23</sup>. Аналогичным образом проект статей критиковался исходя из того, что он не учитывает все аспекты сложной связи между режимом НБН на основании двусторонних соглашений и режимом НБН на основании многосторонних соглашений<sup>24</sup>. В частности, многие государства выступили против преобразования проекта статей в обязательную конвенцию по причине отсутствия в нем конкретного положения об исключении таможенных союзов<sup>25</sup>. Некоторые государства выражали озабоченность по поводу того, что проект статей помешает государствам «идти по пути региональной интеграции»<sup>26</sup>.

### 3. Решение Генеральной Ассамблеи по проектам статей 1978 года

19. После того как с 1978 по 1988 год Генеральная Ассамблея обращалась к государствам с призывами представлять свои замечания в отношении проекта статей, она завершила рассмотрение этого вопроса, постановив

«довести до сведения государств-членов и заинтересованных межправительственных организаций проект статей о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации, содержащийся в докладе Комиссии о работе ее тридцатой сессии, для рассмотрения ими в тех случаях и в той мере, в каких они сочтут это целесообразным»<sup>27</sup>.

## С. Последующие события

20. Со времени рассмотрения Комиссией клаузулы о НБН в своих докладах и проектов статей 1978 года, произошли большие изменения. Применение режима НБН ограничилось экономической сферой, но внутри нее объем режима НБН расширился. Специальные докладчики по проектам статей 1978 года занимались изучением широкого круга областей применения клаузулы о НБН, включая права судоходства и дипломатические иммунитеты. Сегодня же принцип НБН действует главным образом в области международного экономического права, в частности в отношении торговли и инвестиций. В некоторых случаях режим НБН, предоставлявшийся на основе двусторонних договоров, был вытеснен многосто-

<sup>23</sup> А/С.6/33/SR.37, пункт 42 (Чили); А/С.6/33/SR.43, пункт 39 (Гайана). Ряд государств призвали к улучшению правового определения «развитых» и «развивающихся» государств, а именно: А/С.6/33/SR.39, пункт 27 (Бельгия); А/С.6/33/SR.40, пункт 5 (Соединенные Штаты Америки).

<sup>24</sup> А/С.6/33/SR.33, пункт 28 (Федеративная Республика Германия); А/С.6/33/SR.37, пункт 33 (Румыния); А/С.6/33/SR.40, пункт 63 (Сирия); А/С.6/33/SR.41, пункт 60 (Ливийская Арабская Джамахирия). Италия выразила разочарование в связи с тем, что проект статей не охватывает наднациональные органы: А/С.6/33/SR.44, пункт 9 (Италия).

<sup>25</sup> А/С.6/33/SR.31, пункт 5 (Нидерланды); А/С.6/33/SR.33, пункт 2 (Дания); А/С.6/33/SR.36, пункты 2–3 (Швеция); А/С.6/33/SR.37, пункт 2 (Австрия); А/С.6/33/SR.37, пункт 10 (Соединенное Королевство); А/С.6/33/SR.39, пункт 10 (Греция); А/С.6/33/SR.39, пункт 25 (Бельгия); А/С.6/33/SR.39, пункт 48 (Колумбия); А/С.6/33/SR.40, пункт 52 (Замбия); А/С.6/33/SR.41, пункт 11 (Турция); А/С.6/33/SR.42, пункт 6 (Ирландия); А/С.6/33/SR.42, пункт 39 (Нигерия); А/С.6/33/SR.42, пункт 43 (Перу); А/С.6/33/SR.43, пункт 11 (Венесуэла); А/С.6/33/SR.43, пункт 30 (Уругвай); А/С.6/33/SR.44, пункт 13 (Италия); А/С.6/33/SR.44, пункт 20 (Египет); А/С.6/33/SR.45, пункт 27 (Свазиленд); А/С.6/33/SR.46, пункт 2 (резюме Председателя Комиссии международного права).

<sup>26</sup> А/С.6/33/SR.32, пункты 8–12 (Европейское экономическое сообщество). См. также А/С.6/33/SR.31, пункт 4 (Нидерланды): «наиболее очевидным упущением окончательного проекта является то, что он по-прежнему в значительной степени игнорирует современный уровень развития регионального экономического сотрудничества и развития и его воздействие на применение клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации».

<sup>27</sup> Решение 46/416 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1991 года.



ронными соглашениями, предусматривающими более широкие обязательства по недискриминации<sup>28</sup>.

21. Клаузулы о недискриминации, напоминающие положения о НБН, встречаются и в других контекстах, в том числе в соглашениях о штаб-квартирах и налоговых договорах, однако представляется, что они используются редко и не вызывают споров<sup>29</sup>. В экономической же области режим НБН стал применяться шире и чаще. На смену ГАТТ, в котором режим НБН являлся одним из основных принципов многосторонней торговой системы, пришла ВТО, в рамках которой режим НБН применяется как к торговле услугами, так и к торговым аспектам прав интеллектуальной собственности. Кроме того, режим НБН стал ключевым принципом двусторонних инвестиционных договоров (ДИД), которые не были широко распространены во времена подготовки проекта статей 1978 года. Хотя первый ДИД был заключен в конце 1950-х годов, широкое распространение таких договоров, а также частое применение содержащихся в них положений об урегулировании споров пришлось на конец холодной войны<sup>30</sup>.

22. В результате использования различных процедур урегулирования споров в рамках ВТО, а также действующих процедур урегулирования инвестиционных споров появился свод правовых норм, касающихся толкования положений о НБН, особенно в области торговли и инвестиций. Статья I ГАТТ, содержащая клаузулу о НБН, применялась в рамках механизма урегулирования споров ВТО и интерпретировалась Апелляционным органом ВТО. В рамках механизма урегулирования споров также поднимался вопрос о НБН в контексте торговли услугами. Кроме того, накопился значительный объем прецедентов, в которых суды пытались истолковать сферу охвата и применения положений о НБН, предусмотренных двусторонними инвестиционными договорами, и приходили в итоге к противоречивым и несовпадающим выводам.

23. Иными словами, условия действия режима НБН в настоящее время сильно отличаются от условий применения положений о НБН в период предыдущего рассмотрения Комиссией этого вопроса. Исходя из этого, Комиссия посчитала, что повторное рассмотрение этого вопроса могло бы принести определенную пользу.

#### **D. Анализ положений о НБН другими органами**

24. Исследовательской группе было известно о том, что большая работа в отношении клаузул о НБН была проведена Конференцией Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) и Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР).

<sup>28</sup> Венская конвенция о дипломатических сношениях, принятая в Вене 18 апреля 1961 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, p. 95 и Венская конвенция о консульских сношениях, принятая в Вене 24 апреля 1963 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261.

<sup>29</sup> Agreement Between the United Nations and the United States Regarding the Headquarters of the United Nations, done at Lake Success on 26 June 1947, United Nations, *Treaty Series*, vol. 11, No. 147, p. 11 at art V §15(4); Agreement Between the Government of Australia and the Government of the United Mexican States for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, done at Mexico City on 9 September 2002, Australian Treaty Series vol. 4 (2004), доступно по адресу <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/2004/4.html>.

<sup>30</sup> Stephan W. Schill, "W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law", *European Journal of International Law*, vol.22 (2011), pp. 875–908.

## 1. ЮНКТАД

25. ЮНКТАД уже давно участвует в реализации международной политики в области развития, в частности путем распространения технической информации по инвестиционным вопросам. Она занимается подготовкой двух серий документов, одна из которых касается проблематики международных инвестиционных соглашений, а другая – международной инвестиционной политики в интересах развития. В последнее время она опубликовала серию тематических записок по проблематике международных инвестиционных соглашений («International Investment Agreements Issues Notes»), которая включает в себя ежегодное издание, посвященное последним событиям в области урегулирования споров между инвесторами и государством (УСИГ) («Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement»). Сборники ЮНКТАД, посвященные международным инвестиционным соглашениям («International Investment Instruments: A Compendium»<sup>31</sup> и «Investment Policy Hub»<sup>32</sup>), являются бесценными источниками информации о международных инвестиционных соглашениях.

26. Вопросы НБН рассматриваются в рамках более широкого анализа инвестиционных соглашений в целом ряде других публикаций ЮНКТАД. В частности, в рамках ежегодного обзора УСИГ (урегулирование споров между инвесторами и государством), проводимого ЮНКТАД в ее серии тематических записок, кратко описываются решения, вынесенные судами по инвестиционным спорам за прошедший год. К ним относятся, в частности, решения, касающиеся толкования положений о НБН. Авторы доклада обобщают решения и отмечают, чем они отличаются друг от друга и от решений предыдущих годов, но не анализируют используемые судами по инвестиционным спорам подходы к толкованию.

27. Работа ЮНКТАД по вопросам НБН служит важной основой и платформой для рассмотрения положений о НБН. Как правило, ЮНКТАД уделяет основное внимание широким вопросам политики применительно к положениям о НБН, а не вопросам международного обычного права и толкования договоров, которые являются главным объектом изучения Исследовательской группы.

## 2. ОЭСР

28. Основная роль ОЭСР в области инвестиций заключалась в разработке договоров по стимулированию инвестиционной деятельности, к которым могли бы присоединиться ее государства-члены. Эти договоры предусматривают обязательства в отношении недискриминации, в том числе в виде клаузул о НБН.

29. Оба кодекса ОЭСР – Кодекс либерализации движения капитала, охватывающий прямые инвестиции и учреждения, и Кодекс либерализации текущих невидимых операций, охватывающий услуги, – предусматривают обязательство в отношении недискриминации. Хотя это обязательство сформулировано иначе, чем традиционная клаузула о НБН, ОЭСР рассматривает его как функциональный эквивалент положения о НБН. В общей для обоих кодексов статье 9 указано:

«Страна-член не проводит дискриминации в отношении других стран-членов в том, что касается предоставления разрешений на заключение и исполнение сделок и трансфертов, которые перечислены в Приложении А и которые подлежат любой степени либерализации».

<sup>31</sup> UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, UNCTAD/DITE/4 vol. XIII, доступно по адресу <http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=410>. Тома VI, VII, VIII, IX и X имеются также в электронной форме.

<sup>32</sup> UNCTAD, “Investment Policy Hub”, доступно по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

30. В своем руководстве, посвященном кодексам, ОЭСР указала<sup>33</sup>:

«Страны – члены ОЭСР должны предоставлять преимущества открытого рынка резидентам всех других стран-членов на равной основе, без дискриминации. При наличии ограничений последние должны применяться ко всем одинаково. ...Кодексами не допускается составлять перечень оговорок к принципу недискриминации или к принципу наибольшего благоприятствования в торговле (MFN)».

31. В этих кодексах предусмотрены существенные исключения из режима НБН, в том числе для тех государств-членов, которые входят в какой-либо таможенный союз или особую валютную систему, и в более широком смысле для целей поддержания общественного порядка или охраны здоровья населения, защиты моральных устоев и безопасности каким-либо государством-членом, а также защиты основных интересов в области безопасности или выполнения обязательств государства-члена, касающихся международного мира и безопасности<sup>34</sup>.

32. ОЭСР также отвечала за организацию переговоров для заключения многостороннего соглашения по инвестициям (МСИ). В это соглашение было включено положение о НБН, в котором говорится о «не менее благоприятном режиме», применяющемся в случае «размещения, приобретения, расширения, обслуживания, поддержания, использования и продажи инвестиций, а также получения выгод от них, управления и иного распоряжения ими»<sup>35</sup>. На момент остановки переговоров высказывались противоречивые мнения относительно того, следует ли применять клаузулу о НБН к инвестициям на территории государства, предоставляющего режим НБН, и должно ли понятие «при аналогичных обстоятельствах» служить критерием для определения бенефициаров, имеющих право на режим НБН.

33. Проект МСИ также предусматривал ряд исключений из режима НБН, в том числе в отношении интересов в области безопасности, обязательств по Уставу Организации Объединенных Наций и налогообложения. Кроме того, был предложен ряд спорных исключений, по которым так и не было достигнуто согласия и которые касались, в частности, реструктуризации государственного долга, операций в рамках кредитно-денежной и экономической политики, а также соглашений о региональной экономической интеграции<sup>36</sup>.

## Часть II

### **Актуальность клаузул о НБН в настоящее время, а также вопросы, касающиеся их толкования**

34. Эта часть касается характера клаузул о НБН и того, как они используются в международных договорах в настоящее время и применяются на практике. В ней также рассматриваются вопросы толкования, возникшие в связи с клаузулами о НБН, в том числе в контексте международных инвестиционных соглашений.

<sup>33</sup> OECD, *OECD Codes of Liberalisation: Users Guide 2008* (online: OECD, 2007) at p. 11, доступно по адресу <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/38072327.pdf>, русский текст см. <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/9789264199958-sum-ru.pdf?expires=1434361774&id=id&accname=guest&checksum=681F1B2499E9B1BA42774907C5070564>.

<sup>34</sup> Там же, пункт 3.

<sup>35</sup> OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment, *The Multilateral Agreement On Investment Draft Consolidated Text*, 22 April 1998, OECD document DAF/MAI(98)7/REV1.

<sup>36</sup> Там же, стр. 13 оригинала.

## A. Ключевые элементы положений о НБН

35. Как следует из проектов статей 1978 года, положения о НБН в двусторонних или многосторонних договорах<sup>37</sup>, включают в себя следующие ключевые элементы:

- во-первых, в соответствии с таким положением каждое государство соглашается предоставить определенный режим другому государству или другим государствам, а также физическим и юридическим лицам, находящимся в определенной связи с этим государством или этими государствами<sup>38</sup>;
- во-вторых, характер режима, предоставляемого на основании положения о НБН, определяется режимом, обеспечиваемым государством, предоставляющим НБН третьим государствам («не менее благоприятный»)<sup>39</sup>;
- в-третьих, обязательство в отношении НБН применяется не только к режиму той же категории, как и режим, предоставленный третьему государству («*ejusdem generis*»)<sup>40</sup>;
- в-четвертых, круг физических или юридических лиц, имеющих право на режим НБН, ограничивается лицами той же категории, что и физические и юридические лица третьего государства, которые имеют право претендовать на соответствующий режим<sup>41</sup>.

36. В процессе применения положений о НБН наибольшие трудности вызывают как раз второй и третий из этих элементов. Как в рамках ГАТТ, так и в рамках ВТО возникли споры по вопросу о том, что представляет собой не менее благоприятный режим, а также по вопросу о том, относится ли режим, на который претендует соответствующая сторона, к той же категории, что и режим, предоставленный третьим государствам. Кроме того, как будет показано ниже, вопрос о том, относится ли режим, на который претендует соответствующая сторона, к той же категории, что и режим, предоставленный третьим государствам, является главным вопросом нынешних противоречий в инвестиционной сфере.

### 1. Обоснование режима НБН

37. Режим НБН по существу является средством недопущения дискриминации между одним государством и другими государствами и поэтому может рассматриваться как отражение принципа суверенного равенства. Однако, как показывают его истоки, он был продиктован более прагматичным стремлением предотвратить предоставление конкурентных преимуществ в экономической сфере. Как отметил Специальный докладчик по проектам статей 1978 года в своем первом докладе, еще в средневековые времена купцы, которые не могли получить монопольные права на зарубежных рынках, добивались того, чтобы к ним относились не хуже, чем к их конкурентам<sup>42</sup>. Такой режим был затем закреплен в соглашениях между суверенными державами – договорах о дружбе, торговле и мореплавании – и не ограничивался одной лишь торговлей для обеспечения того, чтобы к

<sup>37</sup> Комиссия не исключила возможность того, что положение о НБН может быть прописано и в других документах, а необязательно в договоре. *Ежегодник... 1978 год*, р. 16. (проект статьи 1).

<sup>38</sup> *Ibid.* р. 21 (проект статьи 5).

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

<sup>40</sup> *Ibid.* р. 27 (проект статьи 9).

<sup>41</sup> *Ibid.* (draft art. 10 (2)).

<sup>42</sup> *Yearbook... 1968*, vol. II, р. 165, document A/CN.4/L.127.

подданным одного суверена в иностранном государстве относились таким же образом, как и к подданным других суверенов.

38. Предотвращение дискриминации также связано с экономической концепцией сравнительных преимуществ, которая лежит в основе концепций свободной торговли и экономического либерализма. Согласно теории сравнительных преимуществ страны должны производить то, что они производят лучше всего. Торговля эффективно производимыми товарами, как следует из этой теории, приносит выгоду потребителям и максимально повышает благосостояние<sup>43</sup>. Однако такая эффективность теряется, если одна страна дискриминирует товары другой страны в пользу подобных товаров третьей. НБН предотвращает такую дискриминацию, обеспечивая предоставление первой страной такого режима второй стране, который является не менее благоприятным, чем режим для третьей страны. По этой причине НБН рассматривается как краеугольный камень ГАТТ и ВТО<sup>44</sup>.

39. Полемика о выгодах недискриминации в сравнении с выгодами преференций, особенно в отношении развивающихся стран, продолжается уже давно и во многих отношениях не дает каких-либо однозначных ответов в сфере торговли<sup>45</sup>.

40. Применимость экономического обоснования режима НБН, помимо торговли товарами, к торговле услугами, инвестициям и другим сферам, также является предметом споров. Утверждается, что, если в сфере торговли, недискриминация защищает конкурентные возможности (обоснование логики сравнительных преимуществ), в области инвестиций цели недискриминации заключаются в защите прав инвесторов<sup>46</sup>. Тем не менее независимо от конкретного обоснования недискриминации вне сферы торговли товарами положения о режиме НБН (и национальном режиме) по-прежнему включаются в соглашения об инвестициях и услугах. Отметив существование таких различий в мнениях, Исследовательская группа не видит необходимости далее рассматривать вопрос об экономическом обосновании положений о НБН.

## **В. Современная практика в отношении клаузул о НБН**

### **1. Клаузулы о НБН в ГАТТ и ВТО**

41. Режим о НБН всегда рассматривался как центральное обязательство многосторонней торговой системы. Будучи изложено в наиболее полной форме в статье 1.1 ГАТТ, в том или ином виде обязательство в отношении НБН встречается и в других положениях ГАТТ<sup>47</sup>. Режиму НБН, как он включен в ГАТТ, присущи два ключевых аспекта. Во-первых, он действует на многосторонней основе и «преимущества, благоприятствование, привилегии и иммунитеты», предоставляемые

<sup>43</sup> John Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd edition (Cambridge: MIT Press, 1997), at Chapter 2.

<sup>44</sup> WTO Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Affecting The Automotive Industry*, WTO document WT/DS139/AB/R (31 May 2000). См. также WTO Appellate Body Report, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WTO document WT/DS246/AB/R (adopted 20 April 2004), at para. 101.

<sup>45</sup> *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the new Millennium*, Report of the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi (Geneva: WTO, 2004) at paras. 88–102 [“Sutherland Report”].

<sup>46</sup> Nicholas DiMascio, and Joost Pauwelyn, “Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?” *American Journal of International Law*, vol. 102 (2008), pp. 48–89.

<sup>47</sup> General Agreement on Tariffs and Trade 1994, 15 April 1994, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1867, p. 187 at arts. II; III (4); IV; V (2), (5) and (6); IX (1), XIII (1); XVII (1); and XX j).

одной договаривающейся стороне, должны предоставляться всем договаривающимся сторонам. Во-вторых, они должны предоставляться безусловно.

42. Центральное место режима НБН в ГАТТ обусловлено тем, что он позволяет избегать дискриминации при применении тарифов и установления другого режима для товаров при пересечении границ. Исторически тарифы согласовывались на двусторонней основе или между группами стран, а затем на основании положения о НБН распространялись на все договаривающиеся стороны. Таков был способ обеспечения равенства конкурентных возможностей между торговцами.

43. Однако в рамках системы ВТО применение режима НБН с торговли товарами распространилось на новую сферу торговли услугами<sup>48</sup>. Он был включен в новые обязательства в рамках ВТО относительно торговых аспектов прав интеллектуальной собственности (ТАПИС). Таким образом, режим НБН полностью охватывает всю систему ВТО.

44. Исследовательская группа рассмотрела вопрос о том, каким образом клаузулы о НБН применялись как в ГАТТ, так и в ВТО. Из этого обзора можно сделать некоторые общие выводы о сфере охвата и применении режима НБН в системе ВТО.

45. Во-первых, несмотря на тот факт, что положения о НБН в ВТО сформулированы по-разному, Апелляционный орган трактовал их как совпадающие по смыслу<sup>49</sup>. Интерпретация отдельных слов в тексте менее важна, чем основополагающая концепция режима о НБН.

46. Во-вторых, Апелляционный орган истолковывал режим о НБН согласно статье I ГАТТ как положение с максимально широкой сферой применения. Как отметил Апелляционный орган, «любое» преимущество, благоприятствование и привилегии буквально означает «любое»<sup>50</sup>. Конкретный вопрос о том, применяется ли режим НБН как к основным, так и к процедурным правам, Апелляционным органом не рассматривался.

47. В-третьих, хотя по идее режим НБН должен быть безусловным, все соглашения ВТО содержат изъятия из действия режима НБН, так что на практике его применение является более ограниченным, чем это может показаться. Исключения или изъятия для таможенных союзов и зон свободной торговли<sup>51</sup>, для защитных и других ответных торговых мер, а также общие исключения и положения, касающиеся «особого и дифференцированного режима», ограничивают фактическую сферу применения режима НБН в рамках соглашений ВТО. Хотя Апелляционный орган часто придерживался ограничительного подхода к интерпретации исключений<sup>52</sup>, их количество и их охват, тем не менее, часто ограничивают диапазон и применение режима НБН по соглашениям ВТО.

48. Как следует из особого характера системы ВТО, которая обладает собственным набором соглашений и процедурой урегулирования споров для толкования и применения этих соглашений, толкование положений ВТО о НБН может иметь

<sup>48</sup> General Agreement on Trade in Services, 15 April 1994, United Nations, *Treaty Series* vol.1869, p. 183 at Article II.

<sup>49</sup> WTO Appellate Body Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R (adopted 25 September 1997) at para. 231.

<sup>50</sup> *Canada – Certain Measures Affecting The Automotive Industry* WT/DS139/AB/R (adopted 19 June 2000) at para. 79.

<sup>51</sup> GATT, at art. XXIV. Таможенные союзы и зоны свободной торговли приобретают еще более важное значение с распространением региональных торговых соглашений.

<sup>52</sup> См., например: WTO Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition Of Certain Shrimp And Shrimp Products*, WTO document WT/DS58/AB/R (12 October 1998).



лишь ограниченное значение для толкования клаузул о НБН в других соглашениях. Та или иная интерпретация режима НБН в рамках системы ВТО может сохраняться вне зависимости от толкования клаузул о НБН в других контекстах.

49. Тем не менее режим НБН в рамках системы ВТО не ограничивается пределами этой системы. Он может применяться и за рамками соглашений ВТО. Еще до появления ВТО возник вопрос о том, может ли договаривающаяся сторона ГАТТ в силу положения о НБН требовать льготы, предоставляемые в рамках «кодекса» Токийского раунда, стороной которого она не является. Этот вопрос так и не был решен. В современной постановке этот вопрос звучит следующим образом: может ли член ВТО, который не является участником одного из «соглашений с ограниченным кругом участников», которые связаны с соглашениями ВТО, но не являются их частью, ссылаясь на положение о НБН, претендовать на получение льгот по соглашению с ограниченным кругом участников, не будучи его участником. И этот вопрос пока еще не решен.

50. Смежный с этим вопрос возникает в связи с положением о НБН в ГАТС. Торговля услугами в соответствии с ГАТС включает в себя предоставление услуг поставщиком одного члена через коммерческое присутствие физических лиц на территории другого члена<sup>53</sup>. В статье II ГАТС сказано:

«В отношении любой меры, охватываемой настоящим Соглашением, каждый Член немедленно и безусловно предоставляет услугам и поставщикам услуг любого другого члена режим, не менее благоприятный, чем тот, который он предоставляет для аналогичных услуг и поставщиков услуг любой другой страны».

51. Меры в отношении поставщиков услуг, которые принимаются по линии двусторонних инвестиционных договоров с третьими государствами, потенциально подпадают под действие статьи II. Другими словами, возникает следующий вопрос: может ли член ВТО в силу статьи II ГАТС требовать применения в свою пользу положений двустороннего инвестиционного договора между другим членом ВТО и третьим государством, если меры по этому договору обеспечивают более благоприятный режим для поставщиков услуг этого третьего государства. Исследовательская группа установила, что какая-либо практика или прецеденты в этой связи пока еще отсутствуют.

52. Несмотря на сохранение нерешенных вопросов режима НБН в рамках ВТО, которые могут быть предметом будущих споров, Исследовательская группа не считает себя в состоянии привнести что-то новое путем рассмотрения этих вопросов на данном этапе. ВТО имеет свой собственный механизм для разрешения споров, и соглашения ВТО интерпретируются на основе статей 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров (ВКПМД)<sup>54</sup>. Существование апелляционной структуры гарантирует возможность пересмотра и при необходимости отмены интерпретаций группами экспертов разнообразных положений о НБН в соглашениях.

## 2. Положения о НБН в других торговых соглашениях

53. Региональные и двусторонние торговые соглашения, как правило, не включают в себя положения о НБН применительно к торговле товарами<sup>55</sup>. Такие соглашения уже предоставляют всем сторонам преференциальный режим в плане

<sup>53</sup> GATS, art.1 (2) d).

<sup>54</sup> Совершено в Вене 23 мая 1969 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545, p. 150.

<sup>55</sup> Термин «региональные соглашения» также включает в себя соглашения, упоминаемые как соглашения о региональной экономической интеграции, соглашения об ассоциации и таможенные союзы.

тарифных условий, поэтому режим НБН не столь актуален. С другой стороны, важное значение имеет национальный режим. Вместе с тем некоторые региональные соглашения содержат в той или иной форме положение о НБН применительно к торговле товарами в том плане, что они предусматривают, что в случае снижения таможенных пошлин в рамках режима НБН такой же размер пошлины должен устанавливаться для другой стороны, как только он становится ниже показателя, согласованного в региональном торговом соглашении<sup>56</sup>.

54. С другой стороны, региональные или двусторонние экономические соглашения, которые выходят за рамки торговли, предусматривают режим НБН в отношении услуг и инвестиций<sup>57</sup>. В этом плане они не отличаются от соглашений в рамках ВТО в области услуг или двусторонних инвестиционных соглашений. В случае таких соглашений подход к толкованию режима НБН не отличается от подхода, применяемого к двусторонним инвестиционным соглашениям. Тем не менее на данный момент, как представляется, отсутствуют юридические комментарии по этим положениям, и в целом они не становились предметом научного анализа.

### 3. Положения о НБН в инвестиционных договорах

55. Включение в инвестиционные соглашения обязательств по предоставлению режима НБН является давним явлением. Их можно обнаружить в более ранних договорах о дружбе, торговле и судоходстве, и они также продолжают присутствовать в современных двусторонних инвестиционных договорах и региональных торговых соглашениях, включающих в себя положения об инвестициях. Таким образом, режим НБН и национальный режим предусматриваются в двусторонних инвестиционных договорах, как и в рамках ГАТТ, в качестве основополагающих обязательств.

56. Хотя формулировки клаузул о НБН в инвестиционных соглашениях различаются, они в целом отражают формулировку статьи II ГАТТ о «не менее благоприятном режиме». Например, соглашением между Австрией и Чехословацкой Республикой от 15 октября 1990 года предусматривается:

«Каждая Договаривающаяся Сторона предоставляет инвесторам другой Договаривающейся Стороны не менее благоприятный режим, чем режим, предоставляемый ее собственным инвесторам или инвесторам третьего государства и их инвестициям»<sup>58</sup>.

57. В некоторых случаях клаузула о НБН включает в себя как обязательство по обеспечению режима НБН, так и обязательство по обеспечению национального режима. Например, соглашение между Аргентиной и Соединенным Королевством от 11 декабря 1990 года предусматривает следующее:

«Ни одна из Договаривающихся Сторон не применяет на своей территории в отношении инвестиций или поступлений инвесторов или компаний другой Договаривающейся Стороны менее благоприятный режим, чем режим,

<sup>56</sup> Соглашение о свободной торговле между Европейским союзом и его государствами-членами, с одной стороны, и Республикой Корея, с другой стороны, *Official Journal of the European Union* L127 vol. 54 (14 May 2011), p. 9 at art. 2.5; Соглашение о создании ассоциации между Европейским союзом и его государствами-членами, с одной стороны, и Республикой Чили, с другой стороны, *Official Journal of the European Union* L352, vol. 45 (30 December 2002), p. 19 at art. 60 (4).

<sup>57</sup> North American Free Trade Agreement, *International Legal Materials* vol. 32 (1993), pp. 289 and 605 at Chap. 11, art. 1103 (investment), art. 1203 (services), and art. 1406 (financial services).

<sup>58</sup> Соглашение между Австрийской Республикой и Чехословацкой Федеративной Республикой о поощрении и защите инвестиций, заключено в Вене 15 октября 1990 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1653, No. 28433, p. 127 at art. 3 (1).



применяемый к инвестициям или поступлениям своих собственных инвесторов или компаний или инвестициям или поступлениям граждан или компаний любого третьего государства»<sup>59</sup>.

58. В других случаях обязательство предоставлять режим НБН связан с обязательством обеспечивать справедливый и равноправный режим. Например, в соглашении между Китаем и Перу от 9 июня 1994 года предусматривается:

«Инвестициям и связанной с инвестициями деятельности инвесторов любой из Договаривающихся Сторон обеспечивается справедливый и равноправный режим, и они пользуются защитой на территории другой Договаривающейся Стороны.

Упомянутые в пункте 1 настоящей статьи режим и защита не должны быть менее благоприятными, чем режим и защита, обеспечиваемые для инвестиций и связанной с этими инвестициями деятельности инвесторов третьего государства»<sup>60</sup>.

59. Несмотря на то, что в двусторонних инвестиционных договорах содержится общее обязательство, касающееся режима НБН, это обязательство формулируется различным образом. В этой связи можно выделить шесть форм этого обязательства, хотя в некоторых соглашениях в рамках одной клаузулы о НБН могут сочетаться различные формы обязательства.

60. К первой категории относятся случаи, когда обязательство в отношении НБН связано просто с «режимом», предоставляемым инвестору или инвестициям. Примером этого является соглашение между Австрией и Чехословацкой Республикой.

61. Ко второй категории относятся случаи, когда сфера охвата предоставляемым режимом была расширена путем ссылки на «все» области. Одним из примеров этого является соглашение между Аргентиной и Испанией, в котором указывается, что положение о НБН применяется «ко всем вопросам, регулируемым настоящим Соглашением»<sup>61</sup>.

62. К третьей категории относятся случаи, когда термин «режим» связан с конкретными аспектами инвестиционного процесса, такими как «управление», «поддержание», «пользование» и «распоряжение» инвестициями, к которым применяется режим НБН<sup>62</sup>. В некоторых случаях соглашения предусматривают режим НБН в отношении «создания» инвестиций, обеспечивая таким образом защиту как в прединвестиционный, так и в постинвестиционный период<sup>63</sup>.

63. К четвертой категории относятся случаи, когда режим НБН связан с конкретными обязательствами по договору, такими как обязательство предоставлять справедливый и равноправный режим.

<sup>59</sup> Соглашение между правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и правительством Аргентинской Республики о поощрении и защите инвестиций, заключено в Лондоне 11 декабря 1990 года, статья 3 (1), имеется по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>.

<sup>60</sup> Соглашение между правительством Республики Перу и правительством Китайской Народной Республики о поощрении и взаимной защите инвестиций, заключено в Пекине 9 июня 1994 года, статьи 3 (1), 3 (2). Имеется по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ПА/country/42/treaty/954>.

<sup>61</sup> Соглашение о взаимном поощрении и защите инвестиций, заключено в Буэнос-Айресе 3 октября 1991 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1699, No. 29403, p. 187.

<sup>62</sup> НАФТА предусматривает режим НБН в отношении «создания, приобретения, расширения, управления, проведения, функционирования и продажи инвестиций или иного распоряжения ими», НАФТА, статья 1103.

<sup>63</sup> Там же.

64. К пятой категории обязательств относятся случаи, когда режим НБН должен предоставляться лишь в отношении тех инвесторов или инвестиций, которые находятся «в схожих условиях»<sup>64</sup> или «аналогичных ситуациях»<sup>65</sup>, что и инвесторы или инвестиции, с которыми они сравниваются.

65. В шестую категорию входят те соглашения, в которые, как представляется, были включены территориальные ограничения. Например, в соглашении между Италией и Иорданией от 21 июля 1996 года предусматривается, что договаривающиеся стороны соглашаются предоставлять режим НБН «в пределах своей территории»<sup>66</sup>.

66. Содержащиеся в инвестиционных соглашениях положения о НБН, как правило, также предусматривают исключения, когда обязательство предоставлять режим НБН не применяется. Наиболее распространенные исключения касаются налогообложения, государственных закупок или выгод, которые одна из сторон получает благодаря участию в таможенном союзе<sup>67</sup>.

### **С. Вопросы толкования, касающиеся положений о НБН в инвестиционных соглашениях**

67. Судами по урегулированию инвестиционных споров широко признается, что клаузулы о НБН как положения договоров должны толковаться в соответствии с правилами толкования договоров, содержащимися в статьях 31 и 32 ВКПМД. Тем не менее разногласия по поводу толкования положений о НБН часто свидетельствуют о лежащих в их основе различиях в применении положений ВКПМД<sup>68</sup>.

68. Несмотря на различия в формулировке клаузул о НБН, имеются общие для всех таких клаузул вопросы толкования, будь то в сфере торговли, инвестиций или услуг. Существуют три аспекта положений о НБН, которые вызывают вопросы толкования и которые будут поочередно рассмотрены ниже: определение бенефициара клаузулы о НБН, определение необходимого режима и определение сферы действия клаузулы. Из этих трех основных вопросов толкования лишь сфера применения «режима», предоставляемого в соответствии с положением о НБН, была предметом широкого обсуждения и споров, рассматриваемых судами по инвестиционным спорам.

#### **1. Кто имеет право пользоваться положением о НБН?**

69. Первый вопрос толкования заключается в определении бенефициаров клаузулы о НБН. В 1978 году Комиссия охарактеризовала право пользоваться поло-

<sup>64</sup> Там же.

<sup>65</sup> Соглашение между Турецкой Республикой и Туркменистаном о взаимном поощрении и защите инвестиций, заключено в Ашхабаде 2 мая 1992 года, статья II, имеется по адресу [http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20\(1992\)%20\[English\].pdf](http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20(1992)%20[English].pdf).

<sup>66</sup> Соглашение между правительством Иорданского Хашимитского Королевства и правительством Итальянской Республики о поощрении и защите инвестиций, заключено в Аммане 21 июля 1996 года, имеется по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1681>.

<sup>67</sup> Соглашение между правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и правительством Аргентинской Республики о поощрении и защите инвестиций, заключено в Лондоне 11 декабря 1990 года, статья 7, имеется по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>. See OECD, “Most Favoured Nation Treatment in International Law” *OECD Working Papers on International Investment*, vol. 2 (2004), p. 5.

<sup>68</sup> См. пункты 174–193 ниже.

жением о НБН как принадлежащее «государству-бенефициару или лицам или вещам, находящимся в определенных отношениях с этим государством». В инвестиционных соглашениях это обязательство обычно определяется как предоставляющее режим НБН «инвестору» или его «инвестициям». Некоторые соглашения ограничивают выгоды от положения о НБН инвестициями<sup>69</sup>. При этом, если в одних инвестиционных соглашениях не говорится ничего другого, в других соглашениях бенефициар определяется как инвестор или инвестиции, которые находятся «в схожих условиях» или «аналогичной ситуации», что и инвесторы или инвестиции, с которыми они сравниваются.

70. Это привело к значительным разногласиям относительно того, что представляют собой «инвестиции», в частности по вопросу о том, должны ли инвестиции вносить вклад в экономическое развитие принимающего государства<sup>70</sup>. Вместе с тем определение инвестиций является вопросом, относящимся к инвестиционному соглашению в целом, и не касается системных вопросов в отношении положений о НБН или их толкования. Исходя из этого, Исследовательская группа не сочла необходимым рассматривать этот вопрос более подробно.

71. Термин «в схожих условиях» встречается в главе, посвященной инвестициям, Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА), однако он не включен во многие другие соглашения. Как представляется, эта формулировка устанавливает определенные ограничения в плане того, к каким инвесторам или инвестициям может применяться положение о НБН, и, возможно, предполагает, что это могут быть лишь те инвесторы или инвестиции, которые находятся «в схожих условиях» с инвесторами и инвестициями согласно договору-компаратору.

72. Возникает вопрос о том, действительно ли включение уточнения «в схожих условиях» добавляет что-либо в клаузулу о НБН. Согласно принципу *eiusdem generis*, ссылка на положение о НБН в любом случае может применяться лишь в отношении того же вопроса и тех, кто находится в такой же взаимосвязи с компаратором. Это происходит в силу проектов статей 9 и 10 1978 года.

73. В ходе переговоров по МСИ участники разошлись во мнениях как раз по этому вопросу и в этой связи так и не смогли прийти к согласию относительно включения в обсуждаемый текст слов «в схожих условиях». Практическая суть этого вопроса заключается в определении того, является ли толкование соглашений, содержащих слова «в схожих условиях», актуальным для толкования соглашений, не содержащих такой терминологии. Как отмечается ниже, существует опасность того, что толкование одного инвестиционного соглашения будет автоматически применяться к другим соглашениям, и это тем более опасно в случае, когда формулировки двух соглашений различаются.

## 2. Что представляет собой «не менее благоприятный» режим?

74. Второй вопрос о толковании состоит в определении того, что представляет собой «не менее благоприятный» режим. В 1978 году Комиссия мало что смогла сказать по этому вопросу помимо объяснения, почему используется скорее термин «не менее благоприятный», нежели термин «равный», и что режим может быть не менее благоприятным, если компаратору этот режим фактически не

<sup>69</sup> Договор к Энергетической хартии (приложение 1 к Заключительному акту Конференции по Европейской энергетической хартии) заключен в Лиссабоне 17 декабря 1994 года, *United Nations, Treaty Series*, vol. 2080, p. 95 at art.10 (7).

<sup>70</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, para. 52; и более недавнее дело, *Standard Chartered Bank v. United Republic of Tanzania*, Award, ICSID Case No. ARB/10/12, November 2, 2012.

предоставляется, но он, тем не менее, имеет право на его получение<sup>71</sup>. В определенной степени данный вопрос касается третьей темы – определения сферы применения режима.

75. Одно из мнений заключается в том, что основанием для предоставления «не менее благоприятного» режима является желание государства-бенефициара обеспечить равные конкурентные возможности между его собственными гражданами и гражданами третьих государств<sup>72</sup>. Это является основанием для предоставления режима НБН в отношении торговли товарами в рамках ГАТТ и ВТО, и это же основание имеет основополагающее значение для инвесторов и инвестиций. Альтернативная точка зрения заключается в том, что цель режима НБН и национального режима заключается в признании и реализации «прав» инвесторов<sup>73</sup>. Даже в этом случае цель «права» в контексте НБН и национального режима заключается в обеспечении равных конкурентных возможностей инвестора с другими иностранными инвесторами или с гражданами страны в зависимости от обстоятельств.

76. В тех случаях, когда положение о «не менее благоприятном» режиме обеспечивает связь с положениями о «национальном режиме», предоставляющее режим государство соглашается обеспечить режим, являющийся «не менее благоприятным», чем режим, предоставляемый своим собственным гражданам. Такое положение о национальном режиме имеет такую же проблему *eiusdem generis*, которая заключается в определении достаточного сходства между рассматриваемыми вопросами. Кроме того, в положениях о национальном режиме, как и в положениях о НБН, часто используется термин «в схожих условиях» или «в аналогичных ситуациях» для определения сферы охвата правомочий бенефициара положения о национальном режиме. Таким образом, оба положения ставят аналогичные вопросы толкования.

77. В проекте статей 1978 года мало что можно было подчеркнуть о связи между режимом НБН и национальным режимом. В нем указывалось, что оба режима могут существовать вместе в рамках одного документа без каких-либо последствий для режима НБН<sup>74</sup>. В нем также предусматривалось, что режим НБН применяется даже в том случае, если режим в отношении третьего государства предоставляется в качестве национального режима. По мнению Исследовательской группы, толкование таких формулировок, как «в схожих условиях» или «в аналогичных ситуациях», в контексте национального режима может служить важным руководством для толкования этих терминов в контексте клаузул о НБН.

78. Значение слов «не менее благоприятный» не вызвало больших противоречий при рассмотрении инвестиционных споров, связанных с режимом НБН. В ходе переговоров по МСИ было высказано предложение использовать в качестве стандарта для режима НБН термин «равный», а не «не менее благоприятный» режим. Хотя по этому вопросу так и не было принято окончательного решения, в качестве контраргумента указывалось, что положение о НБН не имеет целью ограничивать предоставляющее режим государство в том, что оно может предоставить. Оно может предоставить более лучший, чем «равный» режим, если оно того пожелает, хотя это может иметь последствия для его других соглаше-

<sup>71</sup> См. комментарий к проекту статьи 5, *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 26–27.

<sup>72</sup> Todd Weiler, *The Interpretation Of International Investment Law: Equality, Discrimination, and Minimum Standards Of Treatment In Historical Context* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pp. 415–416.

<sup>73</sup> DiMascio and Pauwelyn.

<sup>74</sup> *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 63 (проект статьи 19).

ний о НБН. «Не менее благоприятный» обеспечивает минимальный уровень для режима, который должен быть предоставлен.

### 3. Какова сфера охвата режима, предоставляемого в соответствии с клаузулой о НБН?

79. Последним вопросом толкования является сфера охвата права, предоставляемого согласно клаузуле о НБН. Иными словами, что охватывает «режим»? Этот вопрос был определен Комиссией в 1978 году в статье 9 проекта статей, в которой Комиссия указала, что клаузула о НБН охватывает «только те права, которые вытекают из существа предмета клаузулы»<sup>75</sup>. Это, как отметила Комиссия в своем комментарии, называют нормой *eiusdem generis*<sup>76</sup>.

80. Вопрос о сфере охвата режима, предоставляемого согласно положению о НБН, стал одним из наиболее спорных вопросов толкования в рамках международных инвестиционных соглашений. Проблема касается применимости клаузулы о НБН к процедурным положениям в отличие от основных положений договора. Она также касается более широкого вопроса о том, может ли какой-либо инвестор, для которого более выгодны какие-либо права, содержащиеся в договоре с третьим государством, сослаться на эти права в соответствии с клаузулой о НБН.

81. Имели место ссылки на клаузулы о НБН в основном договоре для расширения сферы действия положений договора, касающихся урегулирования споров. Это обеспечивалось несколькими путями, включая следующие: а) ссылка на процесс урегулирования споров, не предусмотренный в основном договоре; б) расширение юрисдикции в тех случаях, когда основной договор ограничивает сферу применения положений об урегулировании споров конкретной категорией споров, таких, например, как споры, касающиеся компенсации в случае экспроприации; и с) отмена применения положения о передаче спора на рассмотрение национального суда на «период ожидания» в 18 месяцев до получения возможности его передачи международному арбитражному органу. Именно в этом третьем случае наиболее часто применяется ссылка на режим НБН, в связи с чем особое внимание будет уделено этому аспекту.

#### а) Клаузула о НБН и процедурные вопросы: история вопроса

82. Начало применения клаузулы НБН в связи с процедурными вопросами часто относят к арбитражному решению 1956 года по делу *Ambatielos*<sup>77</sup>, в котором было указано, что «отправление правосудия» является важной частью прав торговцев и, таким образом, в силу клаузулы о НБН должно рассматриваться как охватываемое формулировкой «все вопросы, касающиеся торговли и судоходства»<sup>78</sup>.

83. Спустя почти 45 лет этот вопрос вновь привлек внимание в рамках дела *Maffezini против Королевства Испании*<sup>79</sup>, когда суд принял аргумент заявителя о том, что он может сослаться на клаузулу о НБН, содержащуюся в двустороннем инвестиционном договоре (ДИД) между Аргентиной и Испанией 1991 года, с тем чтобы не выполнять требование о 18-месячном периоде ожидания до подачи иска в соответствии с ДИД. Вместо этого истец сослался на ДИД между Испанией и

<sup>75</sup> Там же, стр. 34 (текст проекта статьи 9).

<sup>76</sup> Там же, стр. 34 (комментарий к проектам статей 9 и 10).

<sup>77</sup> *The Ambatielos Claim (Greece v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, p. 83.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>79</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB 97/7 (25 January 2000), *ICSID Reports*, vol. 5, p. 396.

Чили 1991 года, который не включал такое положение и давал инвестору возможность сделать выбор в пользу международного арбитража после шести месяцев<sup>80</sup>. Содержащаяся в ДИД между Аргентиной и Испанией клаузула о НБН предусматривала следующее:

«Во всех вопросах, регулируемых настоящим Соглашением, этот режим является не менее благоприятным, чем режим, распространяемый каждой Стороной на инвестиции, осуществляемые на его территории инвесторами третьей страны»<sup>81</sup>.

84. Принимая аргумент истца, суд учел широкие положения клаузулы о НБН, которая применяется «во всех вопросах, регулируемых настоящим Соглашением». Он сделал акцент на необходимости выявления намерения договаривающихся сторон, важности оценки предыдущей практики государств в отношении включения клаузулы о НБН в другие ДИД (оценка которой служила подтверждением аргумента истца) и важном значении принятия во внимание соображений публичного порядка.

85. В частности, суд сослался на дело *Ambatielos*<sup>82</sup>, в котором Арбитражная комиссия подтвердила актуальность принципа *eiusdem generis*. Комиссия заявила, что клаузула о НБН может касаться вопросов, относящихся к одной и той же категории существа предмета, и что «данный вопрос может быть определен лишь в соответствии с намерением Договаривающихся Сторон, вытекающим из разумного толкования Договора»<sup>83</sup>.

86. Что касается принципа *eiusdem generis*, то суд по делу *Maffezini* пришел к мнению, что механизмы урегулирования споров в нынешнем экономическом контексте неразрывно связаны с защитой иностранных инвесторов и что урегулирование споров является чрезвычайно важным средством защиты инвесторов. Поэтому такие механизмы должны рассматриваться не как простые процедурные средства, а как механизмы, предназначенные для обеспечения более эффективной защиты инвесторов путем обращения к международному арбитражу.

87. Из этого суд сделал вывод о том, что

«...если договор с третьей стороной содержит положения об урегулировании споров, которые более благоприятны в плане защиты прав и интересов инвестора, чем положения основного договора, такие положения могут быть распространены на бенефициара клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, поскольку они полностью совместимы с принципом *eiusdem generis*»<sup>84</sup>.

88. Такое применение клаузулы о НБН в отношении механизмов урегулирования споров, по мнению суда, будет способствовать «согласованию и расширению сферы применения таких механизмов»<sup>85</sup>. Вместе с тем суд отдавал себе отчет в том, что его толкование клаузулы о НБН является широким и может, в частности, привести к «деструктивному неправомерному использованию договоров»<sup>86</sup>. Он отметил:

<sup>80</sup> *Ibid.*, para. 39.

<sup>81</sup> Agreement on the reciprocal promotion and protection of investments, done at Buenos Aires on 3 October 1991, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1699, p. 187 at art. IV.

<sup>82</sup> *Maffezini*, para 49.

<sup>83</sup> *Ambatielos*, p. 107.

<sup>84</sup> *Maffezini*, para. 56.

<sup>85</sup> *Ibid.*, para. 62.

<sup>86</sup> *Ibid.*, para. 63.



«В принципе бенефициар клаузулы не должен получать возможность не принимать во внимание соображения публичного порядка, которые договаривающиеся стороны могли предусматривать в качестве основополагающих условий принятия ими данного соглашения, особенно если бенефициар является частным инвестором, как это часто и происходит. Таким образом, сфера применения клаузулы может быть более узкой, чем это представляется на первый взгляд»<sup>87</sup>.

89. После этого суд изложил четыре ситуации, в которых, по его мнению, может быть применено положение о НБН:

- в тех случаях, когда одна из Договаривающихся Сторон выдвинула в качестве условия своего согласия на арбитраж исчерпание местных средств правовой защиты, поскольку такое условие отражает «основополагающую норму международного права»;
- в тех случаях, когда стороны договорились о механизме урегулирования споров, который включает в себя так называемое положение о «процессуальной альтернативе», поскольку замена такого положения нарушит «окончателность договоренностей», которые страны считают важными в качестве вопросов публичного порядка;
- в тех случаях, когда соглашение предусматривает конкретный арбитражный форум, как, например, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), а одна из сторон хочет поменять его на другой арбитражный форум;
- в тех случаях, когда стороны договорились об использовании в высокой степени институционализированной системы арбитража, которая включает в себя четкие правила процедуры (например, НАФТА), поскольку эти очень конкретные положения отражают четкое пожелание договаривающихся сторон<sup>88</sup>.

90. Суд также оставил открытой возможность того, что «сторонами или судами, несомненно, будут определены другие элементы публичного порядка, ограничивающие сферу действия этой клаузулы»<sup>89</sup>.

b) *Последующее толкование судами по инвестиционным спорам клаузул о НБН в связи с процедурными вопросами*

91. Последующие решения судов по инвестиционным спорам разделились в вопросе о том, следует ли придерживаться дела *Maffezini*. Судами по инвестиционным спорам было широко признано, что как прямо, так и косвенно вопрос о сфере охвата положений о НБН в каком-либо конкретном двустороннем инвестиционном договоре является вопросом толкования этого конкретного договора<sup>90</sup>. Суды по инвестиционным спорам часто ссылаются на статьи 31 и 32 ВКПМД и такие принципы, как *expressio unius exclusio alterius*. Суды утверждают, что они стремятся установить намерение сторон. Тем не менее систематический подход к толкованию отсутствует, и, как представляется, при толковании учитываются различные факторы, иногда не связанные с формулировками, используемыми в рассматриваемых ими договорах.

<sup>87</sup> *Ibid.*, para. 62.

<sup>88</sup> *Ibid.*, at para. 63.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Salini; Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/8 (3 August 2004) (Argentina-Germany BIT) доступно по адресу <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>.

92. Исследовательской группой была предпринята попытка выявить факторы, которые, как представляется, оказывают влияние на суды по инвестиционным спорам при толковании ими клаузул о НБН, и определить наличие каких-либо конкретных тенденций. При этом Исследовательская группа сознавала необходимость укрепления соблюдения изложенных в ВКПМД правил толкования, применимых ко всем договорам. Наиболее важные факторы, влияющие на решения судов по инвестиционным спорам относительно применения клаузулы о НБН к процедурным вопросам, изложены ниже.

i) *Различие между материальными и процедурными обязательствами*

93. Частой отправной точкой для судов является определение того, может ли в принципе клаузула о НБН относиться как к процедурным, так и к материальным обязательствам договора. В деле *Maffezini* поставленный вопрос заключался в следующем:

«Могут ли положения об урегулировании споров, содержащиеся в каком-либо договоре с третьей стороной, рассматриваться как в достаточной степени связанные со справедливым и равноправным режимом, к которому применяется клаузула о наиболее благоприятствуемой нации в соответствии с основными договорами по вопросам торговли, судоходства или инвестиций, и могут ли они, таким образом, рассматриваться в качестве существа предмета клаузулы»<sup>91</sup>.

94. Как отмечалось выше, суд пришел к выводу о том, что режим НБН может быть распространен на процедурные положения при условии учета отдельных соображений «публичного порядка»<sup>92</sup>. При принятии этого решения суд сослался на решение Арбитражной комиссии по делу *Ambatielos* и указал, что «имеются все основания сделать вывод о том, что в настоящее время механизмы урегулирования споров неразрывно связаны с защитой иностранных инвесторов, равно как и с защитой прав торговцев в соответствии с международными договорами по вопросам торговли»<sup>93</sup>.

95. Ключевое значение в решении по делу *Maffezini* имеет вывод о том, что положения об урегулировании споров в принципе являются частью защиты инвесторов и инвестиций, предусмотренной в двусторонних инвестиционных соглашениях. Следовательно, положения об урегулировании споров по определению почти всегда могут быть включены в инвестиционное соглашение на основании положения о НБН. В соответствии с инвестиционным соглашением, – если использовать формулировку статьи 9 проекта статей 1978 года – урегулирование споров вытекает «из существа предмета клаузулы» о НБН.

96. Вывод о том, что процедурные вопросы, в частности положения об урегулировании споров, по своей природе относятся к той же категории, что и положения об основной защите для иностранных инвесторов, явился одним из важных элементов аргументации при принятии ряда последующих решений судов по инвестиционным спорам. В решении по делу *Siemens* суд указал, что урегулирование споров «является одним из элементов защиты, предоставляемой договором. Это составная часть режима для иностранных инвесторов и инвестиций и одно из преимуществ, получаемых благодаря клаузуле о НБН»<sup>94</sup>. Суд в деле *AWG* указал, что не смог «отыскать оснований для проведения различия между

<sup>91</sup> *Maffezini*, para. 46.

<sup>92</sup> *Ibid.*, para. 56.

<sup>93</sup> *Ibid.*, para. 54.

<sup>94</sup> *Siemens*, para. 102.



вопросами урегулирования споров и другими вопросами, охватываемыми двусторонним инвестиционным соглашением»<sup>95</sup>.

97. Тем не менее некоторые суды ставили вопрос о том, являются ли положения об урегулировании споров по своей сути охватываемыми клаузулами о НБН. Суд по делу *Salini* выразил сомнения в том, что решение по делу *Ambatielos* является основанием для такого предложения<sup>96</sup>, ссылаясь на особые мнения судей в предыдущем решении Международного Суда о том, что «торговля и судоходство» не включают в себя «отправление правосудия»<sup>97</sup>. Суд по делу *Salini* далее указал, что в любом случае, когда Арбитражная комиссия в деле *Ambatielos* говорила об «отправлении правосудия», она ссылаясь не на процедурные положения или урегулирование споров, а, скорее, на материальные положения, содержащиеся в других инвестиционных договорах и касающиеся режима, применяемого в отношении граждан страны в соответствии с принципами справедливости и равенства<sup>98</sup>.

98. Суд по делу *Telenor* высказался более определенно по поводу исключения процедурных положений из сферы применения клаузулы о НБН, указав следующее:

«В отсутствие формулировки или контекста, выражающих иное, обычное значение фразы "инвестициям должен быть предоставлен режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый инвестициям, осуществляемым инвесторами любого третьего государства", заключается в том, что к основным правам инвестора в отношении инвестиций должен применяться не менее благоприятный режим согласно ДИД между принимающим государством и третьим государством и что нет оснований для толкования вышеупомянутой формулировки как включающей также процедурные права»<sup>99</sup>.

99. Мнение о том, что клаузулы о НБН в инвестиционных договорах теоретически могут применяться как к процедурным, так и основным вопросам, не означа-

<sup>95</sup> *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL (3 August 2006), para. 59 (Argentina-UK BIT), имеется по адресу <http://www.italaw.com/cases/106>. См. также *National Grid, plc v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL (20 June 2006), para. 89 (Argentina-UK BIT), имеется по адресу <http://www.italaw.com/cases/73>; *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/10 (17 June 2005), para. 29 (Argentina-Spain BIT) доступно по адресу <http://www.italaw.com/documents/GasNaturalSDG-DecisiononPreliminaryQuestiononJurisdiction.pdf>; *RosInvest Co. UK Ltd. v. The Russian Federation*, Award on Jurisdiction, SCC Case No. V079/2005 (1 October 2007), paras. 131–132 (UK-USSR BIT) доступно по адресу <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>; *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, Award on Preliminary Objections, SCC No. 24/2007 (20 March 2009), para. 100 (Spain/Russia BIT) доступно по адресу <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf>; *Austrian Airlines v. The Slovak Republic, final award*, UNCITRAL (9 October 2009), para. 124 (Austria-Czech/Slovak Republic BIT), имеется по адресу <http://www.italaw.com/cases/103>.

<sup>96</sup> *Salini*, para. 112; см. также *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case No. 080/2004 (21 April 2006), para. 175 (Belgium/Luxembourg-USSR BIT).

<sup>97</sup> *Salini*, para. 106, *Ambatielos (Greece v. United Kingdom)*, *Merits: Obligation to Arbitrate*, Judgment of 19 May 1953, I.C.J. Reports 1953, p. 10.

<sup>98</sup> *Ibid.*, at paras. 111–112.

<sup>99</sup> Выделено в оригинале. *Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15 (13 September 2006), para. 92 (Norway-Hungary BIT).

ет, что они всегда будут применяться таким образом<sup>100</sup>. Тем не менее в ряде случаев суды толковали положения о НБН как охватывающие процедуры урегулирования споров на основе того, что в принципе клаузулы о НБН применяются к обеим категориям вопросов.

ii) *Толкование положений о НБН в качестве юрисдикционного вопроса*

100. На ряд судов оказало влияние мнение о том, что положение о НБН не может применяться к положениям об урегулировании споров в тех случаях, когда они относятся к юрисдикции суда. Это привело к расхождению во мнениях между судами по двум различным вопросам. Первый вопрос заключается в том, требуют ли юрисдикционные вопросы более строгого подхода к толкованию. Второй вопрос заключается в том, связана ли применимость клаузул о НБН к положениям об урегулировании споров с юрисдикцией суда.

### 1. Стандарт для толкования юрисдикционных вопросов

101. В деле *Plama* суд рассмотрел вопрос о сфере применения клаузулы о НБН в качестве одного из оснований согласия на арбитраж, указав, что «общепризнанный – как во внутреннем, так и в международном праве – принцип заключается в том, что такое согласие должно быть ясным и недвусмысленным»<sup>101</sup>. Таким образом, «намерение включить положения об урегулировании споров должно быть ясно и недвусмысленно выражено»<sup>102</sup>. Поэтому сторона, стремящаяся применить клаузулу о НБН к вопросу о юрисдикции, несет бремя доказывания, что такое применение было ясно выражено, и это представляет собой сложную задачу. Это мнение было полностью поддержано судом в деле *Telenor*<sup>103</sup> и нашло отражение в деле *Wintershall*<sup>104</sup>.

102. Тем не менее этот подход встретил значительное противодействие. Он был отвергнут в деле *Austrian Airlines* и деле *Suez*, в которых суд указал, что «положения об урегулировании споров подлежат толкованию как и любые другие положения договора, и это толкование не является ни более ограничительным, ни более либеральным»<sup>105</sup>. Суд отметил, что юрисдикционные положения должны толковаться как и любое другое положение договора на основе правил толкования, закрепленных в статьях 31 и 32 ВКПМД<sup>106</sup>.

<sup>100</sup> *Renta*, para. 100; *Austrian Airlines*; *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. Republic of Argentina*, Award on Jurisdiction, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9 (10 February 2012), (UK/Argentina BIT).

<sup>101</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/24 (8 February 2005), para. 198 (Cyprus-Bulgaria BIT).

<sup>102</sup> *Ibid.*, at para. 204.

<sup>103</sup> *Telenor*, para. 91.

<sup>104</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/04/14 (8 December 2008), para. 167 (Argentina-Germany BIT). Суд пришел к мнению о том, что процедурные положения не могут быть включены в сферу охвата положения о НБН за исключением тех случаев, когда «клаузула о НБН в основном договоре ясно и недвусмысленно указывает, что она должна толковаться именно таким образом, что не является таковым в настоящем случае».

<sup>105</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/17 (16 May 2006), para. 64 (France-Argentina and Spain-Argentina BITs).

<sup>106</sup> *Austrian Airlines*, para. 95. Суд также опирался на заявление, содержащееся в особом мнении судьи Хиггинса по делу *О нефтяных платформах*, о том, что в судебной практике ППМС или МС нет подтверждений ограничительного подхода к толкованию арбитражных положений и, по сути, не прослеживается тенденции проявлять либо либеральный, либо строгий подход при их толковании: *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of*

103. Мнение о том, что на участнике, который намерен сослаться на положение о НБН, лежит более тяжелое бремя в связи с тем, что применение клаузулы о НБН к вопросам урегулирования споров является вопросом юрисдикции, не нашло значительной поддержки в решениях более недавних судов по инвестиционным спорам, хотя и было поддержано по крайней мере несколькими комментаторами<sup>107</sup>. Те, кто выступал против этого подхода, также утверждали, что он несовместим с нормами общего международного права, касающимися толкования международных юрисдикционных положений. Тем не менее суд по делу *ICS* указал, что суд по делу *Plama* не создает юрисдикционной нормы, а просто указывает на то, что согласие с юрисдикцией не может приниматься как должное<sup>108</sup>.

## 2. Урегулирование споров и юрисдикция

104. В последнее время суды вновь стали уделять внимание вопросу о том, затрагивает ли применение клаузул о НБН к положениям об урегулировании споров юрисдикцию суда. Высказывается мнение, что материальные и процессуальные права отличаются в международном праве, поскольку, в отличие от внутреннего права, материальное право автоматически не предполагает наличие процессуального права на обеспечение исполнения<sup>109</sup>. Тот факт, что то или иное государство связано материально-правовым обязательством, не означает, что оно может быть вынуждено выполнять это обязательство в судебном порядке. Право принуждать выполнять судебное решение требует дополнительного признания юрисдикции принимающего решение суда<sup>110</sup>.

105. В соответствии с этой точкой зрения для обеспечения материальных прав согласно ДИД истец должен выполнить требования *ratione materiae*, *ratione personae* и *ratione temporis* для осуществления юрисдикции суда по урегулированию спора. Например, лицо, не отвечающее изложенным в ДИД критериям, чтобы являться инвестором, не может стать инвестором, ссылаясь на положение о НБН<sup>111</sup>. Так же, как клаузула о НБН не может использоваться для изменения условий осуществления материальных прав, она не может использоваться для изменения условий осуществления процессуальных или юрисдикционных прав. Инвестор, не отвечающий требованиям для возбуждения иска против государства-ответчика, не может обойти эти требования, ссылаясь на процедурные положения другого ДИД.

106. Этот вопрос также был поставлен в плане согласия на арбитраж<sup>112</sup>. Юрисдикция суда формируется условиями, предусмотренными в соответствующем инвестиционном соглашении, в котором излагается основа, на которой государство-ответчик согласилось на осуществление юрисдикции судом. Соблюдение инвестором-истцом этих условий имеет важное значение для осуществления судом своей юрисдикции в отношении спора. Если только государство-ответчик не отказывается от применения условий его согласия на осуществление юрисдикции,

*America*) Preliminary Objections, решение от 12 декабря 1996 года, особое мнение судьи Хиггинса, *I.C.J. Reports 1996*, p. 857 at para. 35, cited in *Austrian Airlines* at para. 120.

<sup>107</sup> Campbell MacLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford: Oxford University Press, 2008), para. 7.168.

<sup>108</sup> *ICS v. Argentina*, paras. 281–2.

<sup>109</sup> *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, Concurring and Dissenting Opinion of Professor Brigitte Stern, ICSID Case No. ARB/07/17 (21 June 2011).

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Эта позиция, как представляется, была принята судом в деле *HICEE B.V. v. The Slovak Republic*, Partial Award, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-11 (23 May 2011), para. 149 (Netherlands/Czech and Slovak Republic BIT).

<sup>112</sup> Особое мнение судьи Кристофера Томаса в деле *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/07/31 (24 October 2011), (Germany/Argentina BIT).

суд не обладает юрисдикцией для рассмотрения иска, даже если истец является инвестором по смыслу конкретного ДИД. Исходя из этого, клаузула о НБН не может использоваться для изменения основы для осуществления юрисдикции.

107. Подтверждением мнения о том, что этот вопрос является вопросом юрисдикции, стало решение суда по делу *ICS против Аргентины*, которое частично опирается на заявление Международного Суда по делу *Демократическая Республика Конго против Руанды*<sup>113</sup>, о том, что когда

«согласие выражается в арбитражной оговорке в международном соглашении любые условия, которыми определено такое согласие, должны рассматриваться в качестве ограничивающих его факторов. В этой связи Суд считает, что рассмотрение таких условий связано с его юрисдикцией, а не с приемлемостью заявления»<sup>114</sup>.

108. Суд по делу *ICS* пришел к выводу о том, что содержащееся в ДИД требование о 18-месячном периоде судебного разбирательства является одним из предварительных условий согласия Аргентины на передачу иска на рассмотрение суда и что «несоблюдение этого предварительного условия для получения согласия ответчика на арбитраж может лишь повлечь за собой вывод о том, что суд не обладает юрисдикцией в отношении данного спора»<sup>115</sup>.

109. При принятии решения о том, является требование о 18-месячном периоде судебного разбирательства вопросом, касающимся юрисдикции, суд по *ICS* проанализировал значение слова «режим» в статье 3 (2) ДИД между Соединенным Королевством и Аргентиной. Он согласился с тем, что термин «режим» может иметь широкий смысл и в нем не заложено какого-либо ограничения в отношении вопросов существа. Тем не менее с учетом того, что суд назвал принципом «современности толкования договора»<sup>116</sup>, суд рассмотрел вопрос о том, что стороны могли понимать под этим термином на момент заключения ДИД. В свете судебной практики того времени и проекта руководящих принципов Всемирного банка о режиме в отношении прямых иностранных инвестиций суд пришел к выводу, что стороны, по всей вероятности, сочли, что термин «режим» касается только материально-правовых обязательств.

110. Суд по *ICS* также указал на: а) ограничение режима НБН согласно ДИД «управлением, поддержанием, пользованием и распоряжением» инвестициями; б) ограничение положения о НБН режимом, предоставляемым принимающим государством «в пределах своей территории»; с) тот факт, что предусмотренные в ДИД исключения в отношении режима НБН касаются только вопросов существа; и d) потенциальную неуместность (отсутствие полезного результата) включения в договор требования о 18-месячном периоде судебного разбирательства, когда договаривающиеся стороны уже заключили договоры, не содержащие такого требования, и поэтому требование о 18-месячном разбирательстве с самого начала будет бесполезным в силу применения положения о НБН. Суд пришел к выводу, что все эти факторы указывают на то, что на момент заключения ДИД между Соединенным Королевством и Аргентиной стороны не могли иметь намерения включать в сферу применения клаузулы о НБН положения о международном урегулировании споров<sup>117</sup>.

<sup>113</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2006*, p. 6 at para. 88.

<sup>114</sup> *ICS v. Argentina*, para. 258.

<sup>115</sup> *Ibid.*, at para. 362.

<sup>116</sup> *Ibid.*, at para. 289.

<sup>117</sup> *Ibid.*, at para. 326. Суд согласился с тем, что внутреннее урегулирование спора охватывается положением о НБН, поскольку это имело место на территории принимающего государства.

111. Подход, принятый при рассмотрении дела *ICS*, был подтвержден в деле *Daimler Financial Services AG против Аргентинской Республики*<sup>118</sup>, когда суд пришел к выводу, что требование о 18-месячной отсрочке представляет собой условие, предшествующее осуществлению юрисдикции. В этой связи оно не может быть изменено в результате применения клаузулы о НБН. Аналогичный результат имел место в деле *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi против Туркменистана*<sup>119</sup>, когда суд пришел к мнению, что согласие государства-ответчика на арбитраж обусловлено выполнением условий, изложенных в ДИД, в том числе требованием о 18-месячной отсрочке. Поскольку невыполнение этого положения влечет за собой непризнание юрисдикции, данный вопрос не может быть решен путем применения положения о НБН. Аналогичным образом в деле *ST-AD GmbH (Германия) против Республики Болгария*<sup>120</sup> несоблюдение требования о 18-месячной отсрочке было признано фактором, лишаящим суд юрисдикции.

112. Тем не менее суд по делу *Hochtief* пришел к мнению, что требование о 18-месячном периоде рассмотрения в национальных судах не относится к вопросу юрисдикции<sup>121</sup>. Скорее, это вопрос о приемлемости – то, что может быть выдвинуто одной из сторон спора в качестве возражения, но не требуется. Суд провел различие между положением, затрагивающим право предъявлять иск (юрисдикция) и положением, затрагивающим способ предъявления иска (приемлемость). Таким образом, тот факт, что истец проигнорировал предусмотренное ДИД между Германией и Аргентиной требование о 18-месячном периоде судебного разбирательства и вместо этого опирался на положения об урегулировании споров ДИД между Аргентиной и Чили, не затрагивает юрисдикции суда<sup>122</sup>.

113. В деле *Teinver*<sup>123</sup> суд подтвердил применение положения о НБН как к требованию о 18-месячной отсрочке, так и к 6-месячному периоду переговоров. Суд счел эти положения имеющими отношение к вопросу о приемлемости, а не к вопросу о юрисдикции. Вместе с тем этот вывод, как представляется, был сделан на основе доклада ЮНКТАД о клаузулах о НБН<sup>124</sup>, в котором дела, связанные с требованием о 18-месячном судебном разбирательстве, упоминались как дела, касающиеся приемлемости, а другие дела, связанные со ссылкой на клаузулу о НБН применительно к урегулированию споров, – как дела, касающиеся «сферы юрисдикции». Однако в докладе ЮНКТАД отсутствует какое-либо объяснение того, почему дела, касающиеся требования о 18-месячном судебном разбирательстве, рассматриваются в нем как дела, связанные с вопросами приемлемости, а не юрисдикции.

114. Случаи, в которых не допускалось игнорирование требования о 18-месячном периоде, представляют собой общий подход. Должны иметься доказательства того, что положение о НБН имело целью быть примененным для изменения юрисдикционных ограничений в отношении суда, поскольку согласие

<sup>118</sup> *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/05/1, 22 August 2012. Решение принято большинством голосов при одном особом мнении.

<sup>119</sup> *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, Decision on Article VII.2 of the Turkey-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, ICSID Case No. ARB/10/1, 2 July 2013, доступно по адресу [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf).

<sup>120</sup> *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, Award on Jurisdiction, UNCITRAL PCA Case No. 2011-06, 18 July 2013.

<sup>121</sup> *Hochtief* (мнение большинства).

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/09/01, December 21, 2012.

<sup>124</sup> UNCTAD Series on International Investment Agreements vol. II, *Most Favoured-Nation Treatment*, 24 January 2011, document UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, at pp. 66–67.



принимающего государства было обусловлено соблюдением этих ограничений. Косвенным последствием является требование получения «ясных и недвусмысленных» доказательств намерения изменить юрисдикцию суда, что подтверждает подход, принятый в деле *Plama*, хотя и по иным причинам.

iii) *Конкретное намерение в других договорных положениях*

115. В ряде случаев при толковании положений о НБН суды принимали во внимание тот факт, что выгоды, которые предполагалось получить благодаря другому договору, иным образом или более конкретно уже были охвачены самим основным договором. В определенном смысле это составляет саму суть режима НБН: он направлен на предоставление нечто большего, чем то, что бенефициар получил бы в соответствии с основным договором. С учетом этого представляется неизбежным, что если основной договор предусматривает определенного рода режим, следствием применения клаузулы о НБН станет то, что она будет иметь преимущественную силу по отношению к положению в основном договоре.

116. В деле *Rosinvest* суд пришел к мнению, что тот факт, что действие положения о НБН расширит сферу юрисдикции суда, является «нормальным результатом применения клаузул о НБН, сам характер и цель которых заключается в том, что защита, не принятая в рамках одного договора, расширяется благодаря передаче защиты, предоставляемой другим договором»<sup>125</sup>.

117. Вместе с тем также выражалось и противоположное мнение. В деле *CME* судья Ян Броунли, высказавший особое мнение, отметил, что не готов использовать клаузулу о НБН для включения в договор альтернативной формулировки в отношении компенсации, поскольку это сделает недействительной конкретное положение договора о компенсации<sup>126</sup>. В деле *Austrian Airlines* суд пришел к мнению, что конкретные положения договора, касающиеся юрисдикции, сами по себе являются ясным свидетельством того, что стороны не имели намерения допускать расширения юрисдикции суда на основе положения о НБН. По мнению суда, общее предназначение положения о НБН не должно превалировать над конкретным предназначением этих положений<sup>127</sup>. Суд подкрепил этот вывод кратким экскурсом в историю переговоров по ДИД между Австрией и Словакией, в ходе которых была отклонена более широкая формулировка юрисдикции суда. В деле *Berschader* суд рассмотрел другие положения договора с целью показать, что есть ряд положений, к которым клаузула о НБН не может применяться, и что, таким образом, выражение «все вопросы, относящиеся к сфере действия настоящего Договора» не может пониматься в буквальном смысле<sup>128</sup>.

118. В деле *Austrian Airlines* суд также рассмотрел положение о НБН в контексте других положений договора, особо отметив, что сам договор конкретно предусматривает арбитраж в ограниченном объеме. По мнению суда, поскольку в договоре прослеживается «явное и конкретное намерение» ограничить арбитраж спорами относительно размеров компенсации в отличие от споров по вопросу о принципе компенсации, «было бы парадоксально сводить на нет это конкретное намерение ссылкой на общее, неконкретное намерение, выраженное в клаузуле о НБН»<sup>129</sup>. В деле *Tza Yap Shum* суд также пришел к мнению, что общее намерение,

<sup>125</sup> *RosInvest*, para. 131. В *Renta*, para. 92, суд заявил, что «распространение обязательств является самой сутью клаузул о НБН».

<sup>126</sup> *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, Separate Opinion on the Issues at the Quantum phases, UNCITRAL (14 March 2003), para. 11 (Netherlands-Czech Republic BIT) имеется по адресу <http://italaw.com/cases/documents/282>.

<sup>127</sup> *Austrian Airlines*, para. 137.

<sup>128</sup> *Berschader*, para. 192.

<sup>129</sup> *Austrian Airlines*, para. 135.

заложенное в положении о НБН, должно уступить место конкретному намерению, заложенному в конкретном положении основного договора<sup>130</sup>.

iv) *Практика участников*

119. Ряд судов упомянули другую договорную практику сторон ДИД в связи с НБН в качестве средства установления намерения сторон относительно сферы применения клаузулы о НБН. В деле *Maffezini* суд рассмотрел договорную практику в рамках ДИД Испании, отметив, что эта практика допускает направление спора в арбитраж без требования о 18-месячном периоде, предусмотренном в ДИД между Аргентиной и Испанией. Суд также отметил, что ДИД между Аргентиной и Испанией является единственным ДИД Испании, в котором в клаузуле о НБН используется широкая формулировка «во всех вопросах, регулируемых настоящим Соглашением»<sup>131</sup>. Тем не менее суд не внес ясность ни в юридическую обоснованность этой последующей практики сторон, ни в объяснение правомерности ссылки на нее.

120. В деле *Telenor*<sup>132</sup> суд счел практику сторон уместной в несколько иной форме. На основании того, что Венгрия заключила другие ДИД, не ограничивающие сферу арбитража, суд пришел к выводу, что ограничение сферы арбитража, предусмотренное в ДИД между Венгрией и Норвегией, было, действительно, сделано намеренно. Таким образом, клаузула о НБН не может быть использована для расширения сферы действия арбитража.

121. В деле *Austrian Airlines* суд в подтверждение своего вывода ссылаясь на другие примеры договорной практики Словакии<sup>133</sup>. В отличие от этого суд в деле *Renta* отказался рассматривать практику России в ее других ДИД, отметив, что, поскольку его решение основано на тексте представленного ему ДИД, практика в соответствии с другими ДИД не может заменить этот текст<sup>134</sup>.

122. Неясно, на каком юридическом основании суды ссылаются на последующую практику только одного государства. Идет ли речь о толковании на основе Венской конвенции или это независимая форма проверки некоего скрытого намерения сторон или по крайней мере стороны, против которой выдвигается иск? В деле *Plama* суд указал: «Действительно, договоры между договаривающимися сторонами и третьими государствами могут быть приняты во внимание для уточнения значения текста договора на момент его заключения»<sup>135</sup>. Вместе с тем суд не указывает, на основании чего он пришел к выводу, что договоры, заключенные каким-либо государством с третьей стороной, имеют отношение к толкованию договора между этим и другим государством, хотя он, возможно, косвенно основывается на статье 32 ВКПМД.

v) *Соответствующее время для определения намерения сторон*

123. Большинство судов не рассматривали то время, на момент которого следует выяснять намерение сторон ДИД. Тем не менее в деле *ICS* суд конкретно затронул этот вопрос, указав, что надлежащим временем является момент заключения договора, и дал толкование термину «режим», исходя из его значения на этот момент<sup>136</sup>. По мнению суда, при толковании договора необходимо применять прин-

<sup>130</sup> *Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, Decision on Jurisdiction and Competence (Spanish), ICSID Case No. ARB/07/6 (19 June 2009) at para. 220 (Peru-China BIT).

<sup>131</sup> *Maffezini*, para. 57.

<sup>132</sup> *Telenor*, paras 96–97.

<sup>133</sup> *Austrian Airlines*, para. 134.

<sup>134</sup> *Renta*, para. 120.

<sup>135</sup> *Plama*, para. 195.

<sup>136</sup> *ICS v. Argentina*, para. 289.

цип «современности». Хотя ни один из судов явным образом не выразил свое несогласие с этой позицией, суды, рассматривавшие дела до дела *ICS* конкретно не рассматривали смысловое содержание клаузулы о НБН на момент заключения договора. Они проанализировали подготовительную работу, однако в отсутствие какого-либо указания в подготовительных материалах клаузула о НБН толковалась без какой-либо ссылки на то, учитывалось ли ее смысловое содержание на момент заключения договора или же на настоящий момент.

vi) *Содержание положения, подлежащее изменению путем ссылки на положение о НБН*

124. Возникает вопрос о том, оказывало ли содержание затрагиваемого положения в основном договоре какое-либо влияние на готовность судов позволить ссылаться на клаузулу о НБН. В этой связи следует отметить, что из 18 имевшихся до настоящего времени случаев успешной ссылки на положение о НБН 12 касались одного и того же положения – обязательства возбудить иск в национальных судах и заниматься разбирательством в течение 18 месяцев, прежде чем прибегать к процедуре урегулирования спора согласно ДИД. В каждом из этих случаев следствием ссылки на положение о НБН было освобождение истца от обязательства проводить судебное разбирательство в национальных судах в течение 18-месячного периода. Эти дела касались ДИД, заключенных Аргентиной с Германией, Испанией и Соединенным Королевством. Хотя субстантивный результат требования о 18-месячном судебном разбирательстве был одним и тем же, положения о НБН, на которых делались ссылки, не были сформулированы одинаково.

125. Мнение о том, что характер положения основного договора может повлиять на конечный результат, прозвучало при рассмотрении дела *Plama*, когда суд (не касаясь требования о 18-месячном рассмотрении в национальных судах) указал, что решение в деле *Maffezini* является «понятным», поскольку в нем делается попытка нейтрализовать действие положения, «не имеющего смысла с практической точки зрения»<sup>137</sup>.

126. В деле *Abaclat v. Argentina*<sup>138</sup> суд пришел к мнению о том, что требование об отсрочке на 18 месяцев права инвестора предъявлять иск несовместима с четкой выраженной целью ДИД обеспечивать скорейшее урегулирование спора и, соответственно, может быть не принято во внимание истцом. Тем не менее это мнение было отвергнуто судом в деле *ICS v. Argentina*. Суд по делу *ICS* указал, что не может «создавать исключений для договорных норм, когда они основаны лишь на оценке продуманности политики в данном вопросе»<sup>139</sup>.

127. Попытки использовать НБН с целью добавить другого рода положения об урегулировании споров помимо 18-месячной отсрочки для проведения судебного

<sup>137</sup> *Plama*, para. 224. Вместе с тем неясно, почему положение о 18-месячном рассмотрении в национальных судах было сочтено не имеющим смысла. Оно предоставляло возможность урегулировать этот вопрос в национальных судах, что является ограниченной формой требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты с гарантией того, что инвестор не будет иметь задержку свыше 18 месяцев.

<sup>138</sup> Большинство членов суда по делу *Abaclat* не касались требования в отношении НБН. Тем не менее суд рассматривал требование о 18-месячном периоде судебного разбирательства в рамках подраздела «Приемлемость требования». *Abaclat and Others v. Argentine Republic (Case formerly known as Giovanna a Beccara and Others)*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No. ARB/07/5 (4 August 2011), (Italy-Argentina BIT). Особое мнение было выражено судьей Жоржом Аби-Саабом (пункты 31–33).

<sup>139</sup> Кроме того, суд по делу *ICS* отметил, что ему не было представлено никаких доказательств, позволяющих ему сделать вывод о том, что суды Аргентины были бы неэффективны при рассмотрении этого вопроса. *ICS v. Argentina*, paras 267–269. См. также особое мнение судьи Дж. Кристофера Томаса по делу *Hochtief*.



разбирательства, в целом не увенчались успехом. В деле *Salini* ссылка на положение о НБН была сделана с целью изменить процедуру урегулирования споров по контрактам. В деле *Plama* ссылка на положение о НБН была сделана с целью изменить процесс урегулирования споров со специального арбитража на урегулирование спора в рамках МЦУИС. Это были усилия, направленные на изменение одной формы арбитража на другую, тем не менее оба суда их отвергли.

128. С другой стороны, один из судов позволил истцу сослаться на клаузулу о НБН с целью замены одной формы урегулирования спора другой. В деле *Garanti Kos LLP v. Turkmenistan*<sup>140</sup> суд постановил, что в случаях, когда применение арбитражного регламента МЦУИС в соответствии с ДИД между Соединенным Королевством и Туркменистаном возможно только с согласия ответчика, которое не было дано, согласие на арбитраж МЦУИС можно получить в соответствии с положениями других заключенных Туркменистаном ДИД, перенесенными в ДИД между Соединенным Королевством и Туркменистаном посредством применения клаузулы о НБН. В результате этого арбитраж по регламенту ЮНСИТРАЛ, представляющий собой, согласно ДИД между Соединенным Королевством и Туркменистаном, резервный вариант в отсутствие соглашения об иной форме урегулирования спора, был, благодаря применению клаузулы о НБН, заменен на арбитраж МЦУИС.

129. Вместе с тем, даже если случаи, связанные с требованием о 18-месячном разбирательстве в национальных судах, могут отчасти объясняться мнением о том, что это конкретное требование было в какой-то степени несущественным, аргументация судов не основана на относительной важности положения о 18-месячном разбирательстве. Как указывалось выше, во многих случаях доводы основаны на предположении о том, что клаузулы о НБН в ДИД по самой своей сути охватывают урегулирование споров.

130. Другие случаи, в которых была возможность использовать клаузулу о НБН для получения выгоды от положений договоров с третьей стороной, касаются скорее материально-правовых, нежели процессуальных вопросов. В деле *Rosinvest* суд счел, что на основании содержащейся в ДИД между Соединенным Королевством и СССР клаузулы о НБН он обладает юрисдикцией в отношении определения законности предполагаемой экспроприации, а не просто в отношении более узкого вопроса, касающегося компенсации, как это предусмотрено в ДИД между Соединенным Королевством и СССР.

131. Тем не менее два суда отклонили такое использование клаузулы о НБН. В деле *Renta* большинство членов суда не были готовы толковать положение о НБН в соглашении между Испанией и Россией как позволяющее предъявлять требования, выходящие за рамки компенсации за экспроприацию, поскольку, по их мнению, данное положение о НБН применимо только к предоставлению справедливого и равноправного режима<sup>141</sup>. Суд по делу *Austrian Airlines* на основе толкования клаузулы о НБН также пришел к выводу, что он не может выходить за рамки конкретно определенной юрисдикции рассматривать вопросы, касающиеся компенсации в случае экспроприации<sup>142</sup>.

132. В деле *MTD* суд был готов расширить предусмотренную ДИД между Чили и Малайзией сферу действия справедливого и равноправного режима путем ссылки на справедливый и равноправный режим, предусмотренный в ДИД между Чили и Данией и Чили и Хорватией. Тем не менее, как представляется, ни одна из

<sup>140</sup> *Garanti Kos LLP v. Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction, 3 July 2013, ICSID Case No. ARB/11/20, решение, принятое большинством. К решению прилагается особое мнение судьи Лоранса Буассона де Шазурна.

<sup>141</sup> *Renta*, paras 105–119.

<sup>142</sup> *Austrian Airlines*, paras 138–139.

сторон не оспорила способность суда делать это, хотя они и не пришли к согласию относительно всех последствий этого<sup>143</sup>.

133. Аналогичным образом в деле *Telsim*<sup>144</sup> стороны, как представляется, были согласны с тем, что на основании положения о НБН справедливый и равноправный режим в соответствии с ДИД между Турцией и Казахстаном должен был толковаться в свете значения справедливого и равноправного режима, предусмотренного в других ДИД, участником которых является Казахстан. Кроме того, в деле *Bayindir*<sup>145</sup> не было высказано никаких возражений против общего принципа о том, что на основании клаузулы о НБН содержание «справедливого и равноправного режима» в ДИД между Турцией и Пакистаном должно определяться в свете положений о справедливом и равноправном режиме, содержащихся в других ДИД, заключенных Пакистаном.

134. Лишь в одном случае суд внес существенное добавление в обязательства сторон на основе положения о НБН, несмотря на возражение одной из сторон. В деле *СМЕ* большинство членов суда пришли к выводу о том, что термин «справедливая компенсация» в ДИД между Нидерландами и Чешской Республикой следует толковать как означающий компенсацию, имеющую «справедливую рыночную стоимость», отчасти поскольку они были готовы – с учетом положения о НБН – включить концепцию «справедливой рыночной стоимости», взятую из ДИД между США и Чешской Республикой<sup>146</sup>.

vii) *Последовательность в процессе принятия решений*

135. Хотя суды отмечали, что решения других судов не имеют формальной значимости с точки зрения создания прецедента, стремление к обеспечению последовательности, несомненно, оказывало влияние на процесс принятия решений. Ряд судов указали на это конкретно, как, например, большинство членов суда по делу *Impregilo*:

«Тем не менее в случаях, когда клаузула о НБН относилась ко "всем вопросам" или "любому вопросу", регулируемым ДИД, имело место практически единогласное мнение о том, что эта клаузула охватывает правила урегулирования споров. Исходя из этого, большинство членов суда пришло к выводу, что в этой связи в деле *Impregilo* можно основываться на правилах урегулирования споров, содержащихся в ДИД между Аргентиной и США»<sup>147</sup>.

136. Действительно, большинство придерживалось мнения, что по крайней мере в отношении имеющих широкую формулировку клаузул о НБН и требования о возбуждении иска и проведения судебного разбирательства в течение 18 месяцев вопрос о применимости клаузулы о НБН был решен.

viii) *Определение «не менее благоприятного» режима*

137. Сложность определения того, какой режим является менее благоприятным, наглядно проявляется в тех случаях, когда клаузула о НБН используется для за-

<sup>143</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Award, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004, доступно по адресу [http://www.italaw.com/documents/MTD-Award\\_000.pdf](http://www.italaw.com/documents/MTD-Award_000.pdf).

<sup>144</sup> *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan*, Award, ICSID Case No. ARB/05/16 (29 July 2008), at paras. 581–587, 591–605 (Turkey-Kazakhstan BIT), доступно по адресу <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>.

<sup>145</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Award, ICSID Case No. ARB/03/29 (27 August 2009), at para. 153 (Turkey-Pakistan BIT), доступно по адресу <http://www.italaw.com/documents/Bayandiraward.pdf>.

<sup>146</sup> *СМЕ*, para. 500.

<sup>147</sup> *Impregilo*, para. 108.

мены одной формы урегулирования споров другой. Некоторые суды задавались вопросом, правильно ли проводить сравнение положений договора с третьей стороной с положениями основного договора<sup>148</sup>. Если основной договор содержит требование о 18-месячном судебном разбирательстве, а договор с третьей стороной такого требования не содержит, но включает положение о процессуальной альтернативе, правильно ли считать, что договор с третьей стороной предоставляет более благоприятный режим? С одной стороны, существует 18-месячная задержка в применении положений ДИД об урегулировании споров в соответствии с основным договором, но при этом инвестор получает доступ как к внутренним, так и к международным процессуальным возможностям. С другой стороны, инвестор в соответствии с договором с третьей стороной получает более ранний доступ к международному урегулированию спора, однако теряет возможность получить доступ как к международным, так и к внутренним средствам урегулирования спора. Какой режим более благоприятный?

138. Суд по делу *ICS* выразил мнение, что инвестор, ссылающийся на положение о НБН с целью обойти требование о 18-месячном судебном разбирательстве, будет вынужден выполнять положение договора с третьей стороной о процессуальной альтернативе<sup>149</sup>. Суд по делу *Garanti Kos* пришел к мнению, что сложно утверждать, что арбитраж МЦУИС объективно более благоприятный, чем арбитраж ЮНСИТРАЛ, однако они являются «несомненно различными»<sup>150</sup>. В заключение суд пришел к выводу, что выбор – это лучше, чем его отсутствие, и он позволяет истцу включить арбитраж МЦУИС на основе положения о НБН в основном договоре<sup>151</sup>.

139. Вопрос о том, является ли на самом деле положение в договоре с третьей стороной, которое стремятся использовать, более благоприятным, чем положение в основном договоре, которое стремятся избежать, подробно не затрагивался в более ранних решениях судов по инвестиционным спорам. Как правило, считалось, что освобождение от необходимости разбирательства в национальных судах в течение 18 месяцев является более благоприятным, чем необходимость ожидания и участия в разбирательстве. Тем не менее это может быть поставлено под сомнение, если только нет негативных предположений относительно конкретных национальных судов.

ix) *Существование исключений по соображениям политики*

140. Суд по делу *Maffezini*, будучи, как представляется, обеспокоен далеко идущими последствиями своего решения, изложил ряд исключений «публичного порядка», когда положение о НБН не может применяться к процедурным вопросам<sup>152</sup>. Хотя последующие суды поддержали идею о необходимости ряда исключений такого характера, они не ссылались на эти исключения в качестве обоснования своего решения, даже несмотря на то, что в некоторых случаях они могли быть применимы. Например, в деле *Garanti Kos* суд заменил арбитраж ЮНСИТРАЛ арбитражем МЦУИС – то, что предусмотрено в деле *Maffezini* исключения по соображениям политики не допускали. Исследовательская группа отметила расхождения в приводимых обоснованиях разрешения или отказа в использовании клаузулы о НБН в качестве основы для изменения положений об урегулировании споров двусторонних инвестиционных соглашений и указала, что различные подходы иногда основаны на различиях в предположениях, нежели на прямом противоречии в аргументации.

<sup>148</sup> *Ibid.*; см. также *Hochtief*.

<sup>149</sup> *ICS v. Argentina*, paras. 318–325.

<sup>150</sup> *Garanti Kos*, para. 92.

<sup>151</sup> *Ibid.*, paras 94–97.

<sup>152</sup> См. пункты 88–90.

## Часть III

### Соображения, касающиеся толкования клаузул о НБН

#### A. Вопросы политики, относящиеся к толкованию инвестиционных соглашений

##### 1. Асимметричность при переговорах о ДИД

141. В прошлом инвестиционные соглашения в основном заключались между развитыми и развивающимися странами при изначально заложенных в них асимметричности и неравенстве переговорных позиций<sup>153</sup>. Сегодня многие двусторонние инвестиционные соглашения заключены между развитыми странами или самими развивающимися странами, и этот момент потерял свое значение.

142. Более существенное замечание касается процесса ведения переговоров по инвестиционным соглашениям. Некоторые страны разработали собственные проекты типовых двусторонних соглашений об инвестициях и в своих переговорах с другими странами, как правило, исходят из таких типовых проектов. Таким образом, переговоры ведутся не с «чистого листа», а подразумевают принятие или изменение положений типового соглашения, заранее подготовленного одной стороной. Соответственно, результатом переговоров в лучшем случае могут стать изменения формулировок конкретных положений, а не разработка совершенно нового текста.

143. Несмотря на это, инвестиционные соглашения похожи друг на друга во многих ключевых аспектах, независимо от его участников и независимо от типового соглашения, которое при этом берется за основу. Это не должно вызывать удивления. Современные инвестиционные соглашения основываются на некоторых базовых положениях: НБН, национальный режим, справедливый и равноправный режим, запрещение экспроприации без соблюдения определенных условий и положения об урегулировании споров, обычно включающие положение об урегулировании споров между инвесторами и государством. Вне зависимости от симметричности или асимметричности переговорных позиций, окончательные результаты очень похожи.

144. После рассмотрения вопроса об асимметричности Исследовательская группа выразила мнение о том, что, хотя она является фактором, который необходимо учитывать для более глубокого понимания международного инвестиционного права, она не имеет отношения к толкованию отдельных инвестиционных соглашений.

##### 2. Специфика отдельного договора

145. Несколько государств заявили, что положения о НБН каждого отдельного договора имеют свою собственную специфику<sup>154</sup>, в силу чего выработка какого-либо единообразного подхода не представляется целесообразной<sup>155</sup>. Нет никаких сомнений в том, что положения о НБН, касающиеся инвестиций, в основном со-

<sup>153</sup> Jeswald W. Salacuse and Nicholas P. Sullivan, “Do BIT’s Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain” *Harvard International Law Journal*, vol. 46 (2005), p.67 at 78.

<sup>154</sup> *A/C.6/65/SR.25*, пункты 75–76 (Португалия); *A/C.6/66/SR.27*, пункт 49 (Иран (Исламская Республика)); *A/C.6/66/SR.27*, пункт 78 (Португалия); *A/C.6/66/SR.28* (Соединенное Королевство); *A/C.6/67/SR.23* (Иран (Исламская Республика)).

<sup>155</sup> *A/C.6/65/SR.26*, пункт 17 (Соединенные Штаты Америки); *A/C.6/66/SR.27*, пункт 94 (Соединенные Штаты Америки).

держатся в отдельных двусторонних инвестиционных соглашениях и в каждом таком соглашении положение о НБН сформулировано по-своему.

146. В то же время положения о НБН, независимо от того, как именно они согласовывались, равно как и соглашения, в которых они содержатся, имеют общую цель. В 1978 году в проекте статьи 4 Комиссия определила клаузулу о НБН как «договорное положение, в силу которого одно государство берет обязательство в отношении другого государства предоставить режим наиболее благоприятствующей нации в согласованной сфере отношений». В проекте статьи 5 Комиссия определила режим НБН как «режим, предоставленный бенефицирующим государством государству-бенефициарию... не менее благоприятный, чем режим, распространенный бенефицирующим государством на третье государство». Иными словами, вне зависимости от конкретной формулировки, положение договора, предоставляющее не менее благоприятный режим, чем тот, который предоставляется третьему государству, является клаузулой о НБН. Оно носит такой же характер, как и любая другая клаузула о НБН и преследует ту же самую общую цель.

147. Вместе с тем способ достижения этой общей цели зависит от фактической формулировки обязательства в отношении НБН, его объема, его охвата и его бенефициариев. Таким образом, ответ на ключевой вопрос *eiusdem generis* – об охвате режима, на который можно претендовать, – зависит от конкретного случая.

148. Тем не менее Исследовательская группа считала, что общая цель всех положений о НБН, а также сходство формулировок, которые используются в рамках многих инвестиционных соглашений, означают, что толкование положения о НБН в одном инвестиционном договоре вполне может давать ключ к толкованию положения о НБН в другом таком договоре. Так, суды по инвестиционным спорам при толковании ими положений о НБН в конкретном договоре обращались к аналогичным положениям в других договорах.

149. Вместе с тем толкование конкретного положения о НБН должно соответствовать статьям 31–32 Венской конвенции о праве международных договоров. Таким образом, хотя при толковании положения о НБН можно обращаться к значению НБН в других договорах, каждое положение о НБН должно толковаться исходя из его собственной формулировки и контекста всего договора, который его содержит. В результате этого нет оснований для вывода о существовании единого толкования НБН, которое распространялось бы на все инвестиционные соглашения.

## **В. Урегулирование инвестиционных споров в порядке «смешанного арбитража»**

150. В 1978 году Комиссия предусмотрела, что бенефициарием положения о НБН может быть не только государство, выступающее стороной соглашения, содержащего данное положение, но и «лица и вещи, находящиеся в определенной связи с таким государством»<sup>156</sup>. В соответствии с инвестиционными соглашениями государства, как правило, предлагают режим НБН не только другому государству, но инвесторам и инвестициям из этого государства. В то время Комиссия решила не рассматривать далее последствия положения о том, что бенефициарием может быть физическое лицо, посчитав, что ей не стоит заниматься этим вопросом, поскольку проекты статей ВКПМД не затрагивают применения договоров в отношении отдельных лиц.

<sup>156</sup> *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 26 (проект статьи 5).

151. Однако с практической точки зрения на момент разработки проекта статей 1978 года существовало крайне мало практики рассмотрения отдельных лиц в качестве бенефициариев. Обеспечение выполнения обязательства о предоставлении режима НБН бенефицирующим государством возлагалось на государство-бенефициарий. Отказ предоставить режим НБН явился бы нарушением договора, и при наличии суда, в который стороны были бы вправе обратиться, в такой суд можно было бы подать межгосударственный иск. При этом отсутствовал какой-либо международный суд, в который инвестор мог бы подать иск против иностранного государства, хотя такой инвестор вполне мог бы подать иск во внутренние суды данного государства, если договорные обязательства были инкорпорированы в его внутреннее законодательство или если в силу внутреннего законодательства у него имелось независимое право на обращение в суд. В таких ситуациях иск против бенефицирующего государства, поданный в его внутренний суд, основывался бы не на договоре, а на внутреннем законодательстве бенефицирующего государства.

152. Ситуацию существенно изменило появление системы урегулирования споров между инвесторами и государствами, когда у инвесторов появилась возможность, минуя собственное государство, подавать иски непосредственно против бенефицирующего государства через механизм урегулирования, созданный сторонами инвестиционного соглашения. В результате появилась значительная практика толкования инвестиционных соглашений и, в частности, клаузул о НБН судами по урегулированию споров между инвесторами и государствами.

153. Вместе с тем смешанная природа арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами порождает особые проблемы толкования инвестиционных соглашений. Соглашение заключено между государствами, и именно поэтому оно является договором. Однако интерпретирующий его суд в известной степени аналогичен коммерческому арбитражному органу, т.е. институту частного, а не публичного права. Таким образом, на интерпретацию положения о НБН может влиять позиция интерпретатора, т.е. как он рассматривает соглашение: как международно-правовой акт или как контракт.

154. Статус судов, занимающихся «смешанным» арбитражным производством, и результаты их работы, могут вызывать вопросы. Эти суды являются «смешанными» в том смысле, что стороны в споре имеют разный статус по международному праву. Во времена концессионных соглашений само соглашение существовало между субъектом международного публичного права, т.е. государством, и субъектом частного права, т.е. физическим или юридическим лицом, с которым было заключено соглашение. Одной из первых проблем в этом отношении была проблема того, чему подчиняются такие соглашения, только одна сторона которых выступает как субъект международного права: международному праву и праву внутреннему, и в этой связи обсуждались концепции транснационального или квазимеждународного права.

155. В случае инвестиционных соглашений этой проблемы нет, поскольку они явно являются международными договорами. Тем не менее спор на основании положения об урегулировании споров между инвесторами и государством остается спором между разностатусными субъектами по международному праву. В связи с этим утверждалось, что арбитр смешанного третейского разбирательства, занимающийся иском частной стороны, в деле, которое в противном случае могло бы рассматриваться в национальном суде, имеет задачи и функции, мало отличающиеся от задач и функций национального судьи<sup>157</sup>. В этом смысле урегу-

<sup>157</sup> О пересечении публичных и частных аспектов международного арбитража см. Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), chap. 3.



лирование споров между инвесторами и государством может рассматриваться в качестве альтернативы национальному разбирательству, что также подтверждается распространенными положениями инвестиционных соглашений о выборе дальнейшего пути, в соответствии с которыми собирающийся обратиться в суд инвестор в определенный момент времени достигает «развилки», когда он должен сделать выбор между тяжбой в национальных судах или задействованием положения об урегулировании споров между инвесторами и государством.

156. Вместе с тем суд, рассматривающий подобный спор, в том числе суд, учрежденный на основании согласованного между государствами механизма, обязан толковать и применять положения договора. Обычно он не применяет положения внутреннего законодательства, хотя в некоторых случаях применение внутреннего законодательства может предусматриваться договором. Кроме того, в том случае, если суд учрежден на основании МЦУИС, такой суд конкретно уполномочен применять «такие нормы международного права, которые могут быть применены»<sup>158</sup>.

157. Исследовательская группа пришла к выводу о том, что «смешанная» природа арбитражного урегулирования споров между инвесторами и государствами не оправдывает какого-либо нового подхода к применению норм толкования международных договоров при рассмотрении положений о НБН. Инвестиционное соглашение представляет собой договор, положения которого были согласованы государствами. Отдельный инвестор не участвует в создании договорных обязательств; он лишь имеет право на иск в соответствии с договором. Однако договор должен толковаться в соответствии с общепринятыми нормами международного права, регулирующими толкование договоров.

### **С. Актуальность проектов статей 1978 года для толкования положений о НБН на современном этапе**

158. Как уже отмечала Исследовательская группа, проекты статей 1978 года предусматривали, что бенефициарием положения о НБН могут быть физические или юридические лица, находящиеся «в определенной связи» с государством-бенефициарием. Однако Комиссия не рассматривала последствия этого положения, посчитав, что права отдельных лиц выходят за рамки ее мандата. Тем не менее суды, занимающиеся урегулированием споров между инвесторами и государствами, часто ссылаются на проекты статей как на текст, содержащий изложение основных норм права в отношении положений о НБН, в частности в том, что касается принципа *eiusdem generis*.

159. Вместе с тем Исследовательская группа отметила, что, хотя проекты статей 1978 года охватывают основные нормы права, касающиеся определения и смысла клаузул о НБН и режима НБН, и устанавливают основные принципы, они не содержат указаний по конкретным вопросам толкования, которые могут возникнуть в связи с терминами, фактически использованными в том или ином договоре. Проекты статей 1978 года не содержат и прямого ответа на вопрос о том, можно ли менять процедурное положение об урегулировании споров исходя из положения о НБН.

160. Исследовательская группа считает, что основные положения проектов статей 1978 года, которые никогда не оспаривались и часто применялись на практи-

<sup>158</sup> Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств, Вашингтон, 18 марта 1965 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, p. 159, статья 42.



ке<sup>159</sup>, сохраняют свое значение как важный источник международного права при рассмотрении определения, сферы охвата и применения клаузул о НБН.

## Часть IV

### Руководящие положения о толковании клаузул о НБН

161. В этой части изложены основные положения, касающиеся надлежащего применения принципов договорного толкования клаузул о НБН. По результатам проведенного ею ранее анализа Исследовательская группа пришла к заключению, что имеется три центральных вопроса, касающихся методов толкования арбитражными судами клаузул о НБН в связи с положениями об урегулировании споров. Во-первых, могут ли в принципе положения о НБН применяться в отношении положений об урегулировании споров в ДИД? Во-вторых, затрагивается ли юрисдикция арбитражного органа условиями ДИД в отношении того, на какие положения об урегулировании споров могут ссылаться инвесторы? В-третьих, при определении того, касается ли положение о НБН в ДИД условий обращения к процедуре урегулирования спора, какие факторы являются значимыми для процесса толкования? Эти вопросы поочередно рассмотрены в следующих ниже разделах.

#### А. Принципиальная возможность применения положений о НБН в отношении положений об урегулировании споров в ДИД

162. Несмотря на неоднозначность оценок арбитражных органов в некоторых принятых ими ранее решениях, нет особых сомнений в том, что в принципе положения о НБН могут распространяться на положения об урегулировании споров в ДИД. Это так, несмотря на то обстоятельство, что данное суждение, возможно, первоначально основывалось на неправильном толковании того, что имела в виду Арбитражная комиссия в деле *Амбатъелоса*, когда она отметила, что «отправление правосудия» охватывается действием положения о НБН, которое относится ко «всем вопросам, касающимся торговли и мореплавания». Здесь Комиссия имела в виду доступ к судам Соединенного Королевства для принятия мер по защите материальных прав, а не права изменять условия, при которых можно обращаться к процедуре урегулирования спора. Однако теперь, как представляется, это не имеет особой важности. По сути, вопрос заключается в самостоятельности стороны: стороны ДИД могут при желании включить условия доступа к урегулированию споров в сферу действия положения о НБН. В каждом случае вопрос заключается в том, сделали ли они это.

163. В этом смысле вопрос в действительности состоит в толковании договора, и ответ на него можно дать только в каждом конкретном случае. Там, где участники прямо включили условия доступа к урегулированию споров в конструкцию своего положения о НБН<sup>160</sup>, там трудностей не возникает. Равным образом не возникает трудностей и там, где участники прямо исключили применение НБН в отношении условий доступа к урегулированию споров. Однако в значительном большинстве положений о НБН ныне действующих ДИД этот момент конкретно не оговаривается, и таким образом вопрос о том, как толковать такого рода положения, будет возникать в каждом случае. Однако, как минимум, можно сказать, что арбитражным органам, толкующим положения о НБН в ДИД, нет необходи-

<sup>159</sup> См., в частности, статьи 1–14, *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 16–39.

<sup>160</sup> United Kingdom Model BIT, 2008, имеется по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847>.

мости проводить какое-либо изучение принципиальной применимости подобных положений в отношении положений об урегулировании споров.

## **В. Условия, связанные с урегулированием споров и юрисдикцией арбитража**

164. Если, однако, принять, что в данном случае речь идет о толковании, возникает вопрос, имеется ли в характере либо положений о НБН, либо положений, касающихся условий доступа инвесторов к урегулированию споров, нечто такое, что может иметь отношение к процессу толкования. В этой связи вопрос о том, относятся ли такие моменты к юрисдикции судебного органа, сохраняет свою значимость. Имеются известные параметры (*ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* и т.п.), при которых положение о НБН должно действовать<sup>161</sup>, и тем самым вопрос можно поставить иначе – выступают ли условия, касающиеся доступа к урегулированию споров, в качестве относящегося к делу параметра.

165. Толкование и применение положения о НБН не может быть ничем не ограниченным. Как предусмотрено в статье 14 проекта статьи 1978 года:

«Осуществление прав, возникающих из клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации для государства-бенефициария или для лиц или вещей, находящихся в определенной связи с ним, подчинено условию соблюдения соответствующих установлений и обстоятельств, которые изложены в договоре, содержащем клаузулу, или иным образом согласованы между бенефицирующим государством и государством-бенефициарием».

166. Несомненно, если государство дало в ДИД согласие на признание определенных категорий лиц в качестве инвесторов, нельзя будет ссылаться на положение о НБН для изменения этих категорий<sup>162</sup>. Третейский суд, созданный в соответствии с ДИД, просто-напросто не располагает юрисдикцией для вынесения решения по поводу прав в отношении субъекта, не представляющего собой инвестора. Вопрос заключается в том, имеется ли сходство между ограничением доступа к урегулированию споров, таким как требование 18-месячного внутреннего разбирательства, и юрисдикционным ограничением, применимым в отношении оговоренного круга инвесторов.

167. Ответ на него отчасти зависит от того, идет ли здесь речь о юрисдикции или о приемлемости. Различие между юрисдикцией и приемлемостью не всегда ясно, и эти термины порой используются как взаимозаменяемые<sup>163</sup>. Однако в качестве основы такого различия называют различие между возражениями в адрес арбитражного органа и возражениями по поводу иска<sup>164</sup>.

168. Исходя из этого, можно утверждать, что требование 18-месячного разбирательства как условие, определяющее саму возможность обращения инвестора с иском, касается юрисдикции арбитражного суда – это не вопрос конкретного иска, предъявляемого инвесторам: инвестор не вправе предъявить иск, если не выполнено требование 18-месячного разбирательства.

<sup>161</sup> См. также пункт 105 выше.

<sup>162</sup> См. *HICEE*, para. 149.

<sup>163</sup> Общий разбор см. в Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920–2005*, 4th ed (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006) pp. 505–586.

<sup>164</sup> Jan Paulsson, “Jurisdiction and Admissibility” in Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, and Anne Marie Whitesell (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (Paris: ICC Publishing, 2005) p. 601 at p. 616.

169. По мнению Исследовательской группы, эти взаимоисключающие подходы отражают упомянутое выше – расхождение между теми, кто рассматривает инвестиционные соглашения как акты международного публичного права, и теми, кто рассматривает урегулирование споров между инвесторами и государствами как, скорее, частно-правовое по своему характеру, сходное с договорными механизмами. В первом случае юрисдикция и согласие на арбитраж представляют самый непосредственный интерес для государства, в то время как во втором случае вопрос заключается лишь в смысле термина «режим» или другой сходной формулировки, устанавливающей права бенефициария.

170. Практическое следствие этих разных подходов следующее: все, кто выделяет международный публично-правовой аспект инвестиционных соглашений, склонны видеть требование 18-месячного разбирательства сходным с нормой исчерпания внутренних средств правовой защиты. Те, кто относит такие соглашения, скорее, к сфере частного или коммерческого арбитража, вероятно, видят в нем отлагательное положение, в силу которого откладывается право инвестора на подачу иска, противоречащее, таким образом, общей цели ДИД – цели создания благоприятных условий для инвестиций.

171. Общий момент «юрисдикционных» подходов заключается в том, что в отсутствие четких формулировок или особых контекстуальных обстоятельств положение о НБН не может изменять условий доступа к урегулированию споров. Это всегда вопрос толкования договора, однако такого толкования договора, которое исходит из того первоначального допущения, что положение о НБН не применяется автоматически в отношении положений об урегулировании споров в ДИД. И это контрастирует с теми исходными допущениями ряда арбитражных органов, что положения о НБН по внешнему виду применяются в отношении урегулирования споров, поскольку урегулирование споров образует часть мер защиты, предусмотренных в ДИД. В соответствии с этим подходом НБН применяется в отношении урегулирования споров, если только не может быть показано, что в намерение участников ДИД не входило его применение таким образом.

172. Исследовательская группа пришла к мнению, что это отчасти концептуальная дискуссия по поводу характера инвестиционных соглашений и допущений, к которым она ведет в отношении толкования таких соглашений, не позволяет предложить окончательного решения. Инвестиционные соглашения содержат элементы как публичного, так и частного характера. Невозможность получения официального окончательного ответа – следствие решения дела с помощью «смешанного» арбитража с третейскими судьями «ad hoc». В «закрытой» системе, такой как ВТО, дело может быть решено апелляционным арбитражным органом, и этот ответ, правильный или неправильный, будет дан для всех дел в рамках этой системы. Такой возможности не имеется в случае урегулирования споров между инвесторами и государствами. Равным образом, по мнению Исследовательской группы, не следует играть такую роль Комиссии.

173. Вместе с тем Исследовательская группа отмечает, что выводы относительно применимости клаузул о НБН в случае положений об урегулировании споров должны основываться на толковании и анализе данных положений, а не на предположениях относительно характера инвестиционных соглашений или предоставляемых согласно им прав.

### С. Факторы, имеющие значение при определении применимости положений о НБН в отношении условий обращения к процедуре урегулирования споров

174. Поскольку ДИД представляют собой международные соглашения, в отношении их толкования применимы нормы толкования договоров, изложенные в статьях 31–32 ВКПМД<sup>165</sup>. Общее правило толкования договоров изложено в статье 31 ВКПМД, пункт 1 которой предусматривает, что договоры «должны толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора»<sup>166</sup>. Отмечалось, что эта формула «явно основывается на том представлении, что текст договора обязательно следует полагать подлинным выражением намерения сторон»<sup>167</sup>.

175. Решения инвестиционных арбитражных судов обычно основываются на той позиции, что нормы ВКПМД служат правильной юридической основой толкования положений о НБН. Тем не менее это общая основа демонстрирует различия в подходе. Ранее Исследовательская группа выделила ряд факторов, которые, по-видимому, влияли на толкование положений о НБН арбитражными судами. В следующих ниже пунктах Исследовательская группа рассматривает некоторые из этих факторов.

#### 1. Принцип одновременности

176. Принцип одновременности, на котором прямо основывались арбитражные суды в делах *ICS* и *Daimler* и подразумеваемым образом некоторые другие арбитражные суды в своих решениях<sup>168</sup>, конкретно не значится в числе норм в ВКПМД. При этом к нему обращались, прямо или косвенно, Международный Суд и другие международные судебные органы. В деле *О юридических последствиях для государств продолжающегося присутствия Южной Африки в Намибии* Суд говорил о «высшей необходимости толкования договора в соответствии с намерениями сторон в момент его заключения»<sup>169</sup>. Комиссия по установлению границы между Эритреей и Эфиопией также одобрила, как она назвала ее, «доктрину "одновременности"»<sup>170</sup>.

177. В то же время в деле *О споре, касающемся навигационных и смежных прав (Коста-Рика против Никарагуа)*, Международный Суд заявил, что «однако это не означает, что в ситуации, когда значение термина перестает быть таким, каким оно было во время заключения договора, новое значение не должно учитываться в момент, когда такой договор надлежит толковать для цели его применения»<sup>171</sup>. Согласно Суду дело обстоит таким образом особенно в «ситуациях, когда намерение сторон при заключении договора презюмировалось или может презюмироваться как придающее используемым терминам – или некоторым из таких терми-

<sup>165</sup> Эти положения о толковании в целом считаются отражающими обычное международное право.

<sup>166</sup> *Yearbook ... 1966*, vol. II p. 220, at para. 11.

<sup>167</sup> Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed (Manchester: Manchester University Press, 1984) at p. 115.

<sup>168</sup> *Plama*, para. 197.

<sup>169</sup> *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. 30, para. 53.

<sup>170</sup> *Decision Regarding the Delimitation of the Border between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, (13 April 2002) UNRIAA vol. XXV, pp. 83–195 at para. 3.5.

<sup>171</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 2009, p. 213, at p. 242, para. 64.

нов – значение или содержание, способные эволюционировать, а не установленные раз и навсегда, с тем чтобы сделать возможным, среди прочего, развитие международного права»<sup>172</sup>.

178. По мнению Исследовательской группы, уместность эволюционного толкования в любом данном случае будет зависеть от ряда факторов, включая намерение участников, предусматривающее эволюционное толкование данного термина<sup>173</sup>, последующую практику участников и то, как они сами толковали и применяли свое соглашение. Подход третейского суда в деле *ICS*, пытавшегося установить значение «режима», к которому относится положение о НБН, путем изучения того толкования, которое получил бы этот термин при заключении ДИД между Соединенным Королевством и Аргентиной, дает важные ориентиры в плане толкования, однако не может быть принят как действительно окончательный.

## 2. Значимость подготовительной работы

179. В известном смысле отсылка к подготовительной работе представляет собой применение принципа одновременности, будучи усилиями по определению намерения участников в момент заключения соглашения<sup>174</sup>. Обращение к подготовительной работе встречается в решениях арбитражных органов, дававших толкование положениям о НБН, не часто, возможно из-за того, что такие материалы часто не являются легкодоступными<sup>175</sup>. Однако в деле *Austrian Airlines* арбитраж рассмотрел последовательность проектов условий договора, указывавшую на последовательное сужение сферы действия положений об арбитраже, чтобы подтвердить то заключение, что в соответствии с этим соглашением стороны намеревались ограничить арбитраж некоторыми оговоренными вопросами<sup>176</sup>. Исследовательская группа сочла, что это дает важную иллюстрацию значимости подготовительной работы.

## 3. Договорная практика сторон

180. Одновременная или последующая практика сторон явно имеет отношение к делу при толковании положений договора. Однако согласно пунктам 2 и 3 статьи 31 ВКПМД соответствующая практика ограничивается следующим: соглашениями, относящимися к договору, которые были достигнуты между всеми участниками; документами, относящимися к договору, составленными одним участником и принятыми другими участниками; последующими соглашениями между участниками; а также последующей практикой, устанавливающей соглашение участников<sup>177</sup>. Таким образом, в той мере, в какой арбитражные органы по

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> Комиссия международного права, Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров, документ [A/CN.4/L.813](#), проект вывода 3. См. также продолжение этого документа в: Комиссия международного права, Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров, документ [A/CN.4/L.833](#). См. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, глава IV.

<sup>174</sup> Статья 32 ВКПМД предусматривает: «Возможно обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе к подготовленным материалам и к обстоятельствам заключения договора...».

<sup>175</sup> В деле *Plata*, пункт 196, Суд отметил, что стороны не представили каких-либо подготовительных материалов.

<sup>176</sup> *Austrian Airlines*, para. 137.

<sup>177</sup> Комиссия международного права, Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров, документы [A/CN.4/L.813](#) [часть 1] и [A/CN.4/L.833](#) [часть 2]. См. в особенности проект вывода 7. См. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, глава VII.

рассмотрению инвестиционных споров опираются на такого рода материалы, они явно действуют согласно соответствующим толковательным материалам.

181. Однако большинство ДИД стоят особняком в качестве соглашений между двумя государствами, не сопровождающихся одновременными или последующими соглашениями или практикой между участниками ДИД<sup>178</sup>. Таким образом, то, на что часто ссылаются арбитражные органы, – это соглашения одного из участников ДИД с третьими государствами<sup>179</sup>. Один арбитражный суд занял ту точку зрения, что договоры с третьими государствами не имеют отношения к делу, поскольку на его рассмотрении находится текст ДИД, который ему надлежит толковать<sup>180</sup>.

182. Действия одного государства – участника ДИД, не затрагивающие другое государство-участник, могли бы иметь определенное контекстуальное значение, демонстрируя позицию одного из участников договора. Однако такие действия не охватываются подпунктом b) пункта 3 статьи 31 Венской конвенции, где рассматривается общее намерение сторон, но могут учитываться в соответствии со статьей 32<sup>181</sup>.

183. Вопрос, однако, заключается в том, имеются ли какие-либо другие основания, в силу которых релевантной может быть практика заключения договоров лишь одного участника. В деле *ICS* Суд посчитал, что практика заключения договоров одного участника нерелевантна. При этом он счел релевантным тот факт, что государство продолжало включать требование 18 месяцев в последующие ДИД. Арбитраж счел, что это государство вряд ли настаивало бы на включении положения, которое, как ему было известно, было бы лишено какой бы то ни было *effet utile* в силу включения положения о НБН<sup>182</sup>. Это иллюстрирует потенциальную, хотя и ограниченную, значимость практики одного участника.

#### 4. Значение контекста

184. Термины «в их контексте» в статье 31 способны иметь широкое значение. В соответствии с пунктом 2 статьи 31 термин охватывает текст самого договора, преамбулу и приложения, а также соглашения между участниками, относящиеся к договору, которые были достигнуты между участниками в связи с заключением договора, и документы, составленные одним участником в связи с договором и принятые другими участниками в качестве документа, относящегося к договору.

185. Из решений арбитражных органов по рассмотрению инвестиционных споров вытекают два конкретных вопроса, касающиеся контекста. Во-первых, может конкретное положение в ДИД быть изменено положением о НБН в его более общей формулировке? Во-вторых, какова значимость того, что ДИД содержит перечни конкретных изъятий из принципа НБН? Исключает ли это другие, не перечисленные, изъятия из режима НБН?

<sup>178</sup> Однако согласно ССТСА участники вправе, согласно договору, давать «авторитетные толкования», которые затем имеют обязательную силу для арбитражных органов. См. NAFTA, at art.1131(2).

<sup>179</sup> В деле *Plama* арбитраж постановил: «справедливо, что договоры между одной из договаривающихся сторон и третьими государствами могут быть приняты во внимание для цели прояснения смысла текста договора во время его заключения». *Plama*, para. 195.

<sup>180</sup> *Renta*.

<sup>181</sup> См., в частности, Комиссия международного права, Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров, см. проекты выводов 1 (4) и 4 (3), включая комментарии к ним, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, пункты 38 и 39.

<sup>182</sup> *ICS v. Argentina*, paras. 314–315.



a) *Баланс между конкретными и общими положениями*

186. В некоторых решениях арбитры стремились соотнести конкретное положение договора, касающееся обстоятельств, при которых инвестор может обращаться к арбитражу между инвестором и государством, с общим положением клаузулы о НБН. Здесь сделан тот вывод, что конкретная формулировка, касающаяся режима, предоставляемого в соответствии с договором, например условие, которое должно быть выполнено до обращения к процедуре урегулирования споров, не может быть отменена конкретной формулировкой, применимой ко «всем режимам», содержащейся в положении о НБН. Как отметила Комиссия в своем докладе о фрагментации, принцип *lex specialis derogat legi generali* пользуется общим признанием как принцип толкования договоров<sup>183</sup>. Однако его значимость в контексте толкования положения о НБН может быть ограниченной.

187. В силу самого своего характера клаузула о НБН обещает нечто лучшее, чем предусмотренное в договоре, поэтому один тот факт, что в самом исходном договоре имеется конкретное положение, не может окончательным образом указывать на то, может ли положение о НБН предусматривать лучший режим, чем тот, который уже предусмотрен в исходном договоре. Разумеется, если в договоре имеется независимое толковательное подтверждение того, что стороны имели намерение не применять положение о НБН в случае данного конкретного положения, то это иное дело. Однако, по мнению Исследовательской группы, предположение, что конкретная норма имеет преимущественную силу по отношению к общей норме, просто не является достаточно убедительным при толковании положения о НБН.

b) *Принцип expressio unius*

188. Принцип *expressio unius est exclusio alterius* часто упоминается, в частности в связи с положительно выраженными изъятиями из положения о НБН. В соответствии с этой логикой рассуждения там, где ДИД содержит положительно выраженные изъятия из положения о НБН, эти изъятия исключают другие, не указанные изъятия<sup>184</sup>. Таким образом, отсутствие какого-либо упоминания положений об урегулировании споров в числе таких вопросов, исключаемых из сферы применения положения о НБН, предполагает, что положение о НБН охватывает урегулирование споров. Однако, как отмечалось некоторыми юристами, принцип *expressio unius* – это в лучшем случае предположение, и его нельзя трактовать как окончательный ответ на этот вопрос<sup>185</sup>. Это фактор для рассмотрения, и ничего более. Кроме того, как отметил арбитраж в деле *ICS*, он может привести к противоположному выводу. Если перечисляются только изъятия, касающиеся материального режима, это может предполагать, что стороны не считают, что НБН имеет отношение к процессуальным или связанным с урегулированием споров вопросам<sup>186</sup>. Поэтому Исследовательская группа пришла к выводу, что, хотя принцип *expressio unius* – это фактор, который следует принимать во внимание, его нельзя считать решающим фактором.

<sup>183</sup> Выводы по итогам работы Исследовательской группы по теме «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», *Ежегодник... 2006 год*, том II, часть вторая, вывод 5.

<sup>184</sup> См. отдельное мнение Чарльза Н. Брауэра в деле *Austrian Airlines*.

<sup>185</sup> Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd ed (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), pp. 248–249.

<sup>186</sup> *ICS v. Argentina*, paras. 315–317.



## 5. Значимость содержания положения, которое предлагается заменить

189. По мнению некоторых арбитражных органов, требование 18-месячного разбирательства налагает излишнее бремя на инвестора, желающего воспользоваться своими правами, обратившись к положению об урегулировании споров в ДИД, а также противоречит общей цели ДИД – цели поощрения инвестиций и содействия им. Однако, как отметили другие арбитражные органы, такого рода положение представляет собой вариацию нормы исчерпания внутренних средств правовой защиты и имеет свое обоснование. Поскольку на арбитражные органы по рассмотрению инвестиционных споров в их толковании положения о НБН влияло содержание положения в основном договоре, затрагивавшего применение НБН, Исследовательской группе неясно, как такое соображение можно обосновать правилами толкования договоров.

190. Политическое решение о включении конкретного положения в их ДИД надлежит принимать их сторонам, и арбитражные органы по урегулированию споров не вправе выражать по этому поводу свои сомнения. Функция арбитража заключается в установлении смысла и намерения сторон, а не в критике принятых теми политических решений. Исходя из этого, содержание положения, которое обходится применением положения о НБН, по мнению Исследовательской группы, не является значимым для толкования договора.

## 6. Толкование положения, которое предлагается включить

191. Центральный вопрос о величине или размере выгоды, которая может быть получена благодаря договору с третьей стороной в силу действия клаузулы о НБН, затрагивает вопрос о применении принципа *eiusdem generis*. Ясно, что если предмет положения о НБН в основном договоре ограничивается материальными вопросами, то тогда это положение не может быть использовано для получения к своей выгоде процессуальных прав согласно договору с третьей стороной. Более сложный вопрос – может ли бенефициарий положения о НБН, связанного в этом случае с процессуальными положениями, выбрать, какие процессуальные выгоды могут быть использованы.

192. В этой связи, хотя в проектах статей 1978 года дан общий ответ, они недостаточно конкретны для того, чтобы помочь в решении реальной проблемы, возникающей в контексте инвестиционных договоров. Проекты статей 9 и 10 говорят о том, что государство-бенефициарий имеет право на те права или режим, «которые вытекают из существа предмета клаузулы». В комментарии далее высказывается мнение, что фраза «которые вытекают из существа предмета клаузулы» содержит неявную отсылку концепции подобия<sup>187</sup>. Однако инвестиционными судами еще не выработано какой-либо юриспруденции в отношении концепции подобия. Нет общего мнения, если обратиться к предыдущему примеру, в отношении того, является ли требование о 18-месячном разбирательстве в отсутствие какого-либо положения о процессуальных альтернативах более благоприятным или менее благоприятным, чем непосредственный доступ к арбитражу между инвестором и государством в случае, когда такая процессуальная возможность прямо предусмотрена.

193. По мнению Исследовательской группы, на вопрос о том, какой режим менее благоприятен, можно ответить лишь в результате анализа конкретных случаев. Как самое меньшее, это вопрос, который следует затронуть при любом толковании или применении положения о НБН.

<sup>187</sup> *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 41, пункты 25–26.

## D. Последствия различных типовых клаузул о НБН

194. Хотя в самом начале своей работы Исследовательская группа рассмотрела возможность составления типовых клаузул о НБН как таковых, она пришла к выводу, что такая работа не дала бы полезного результата. Имеется внушительное число клаузул о НБН, уже включенных государствами в свои инвестиционные соглашения, которые способны послужить образцом для будущих соглашений. Что важнее – это понять последствия, которые могут быть связаны с конкретными формулировками.

### 1. Клаузулы в соглашениях, действовавших на момент решения по делу *Маффесини*

195. Помимо различных уже названных методов толкования, по-видимому, имеется известное сходство в толковании определенных видов формулировок клаузул о НБН.

196. Во-первых, там, где клаузула о НБН предусматривает лишь «не менее благоприятный режим» без каких-либо уточнений, которые можно было бы трактовать как расширяющие сферу предоставляемого режима, арбитражные органы в каждом случае отказывались толковать такое положение как включающее урегулирование споров.

197. Во-вторых, там, где клаузула о НБН содержит положение, в котором говорится о «любом режиме» или «любых вопросах», регламентируемых договором, третейские суды чаще всего давали широкое толкование этих положений и заключали, что они применяются в отношении положений об урегулировании споров. Только в одном деле клаузула, составленная в общей формулировке, не была признана касающейся урегулирования споров<sup>188</sup>.

198. В-третьих, в тех случаях, когда клаузула о НБН сопровождается предоставляемый режим словами «использование», «управление», «поддержание», «пользование», «распоряжение» и «употребление», большинство трибуналов сочли, что такие клаузулы достаточно широки для того, чтобы включать положения об урегулировании споров.

199. В-четвертых, в двух делах, в которых НБН прямо увязывается со справедливым и равноправным режимом, ни один из судов не сделал вывода о том, что эта клаузула охватывает положение об урегулировании споров.

200. В-пятых, в тех делах, где в клаузулу о НБН было включено территориальное ограничение, результат был неоднозначным. В решениях по некоторым делам был сделан вывод, что территориальное ограничение иррелевантно при принятии решения о том, затрагивает ли оно положение об урегулировании споров<sup>189</sup>, в то время как в других было признано, что клаузула о территориальном ограничении препятствует включению в клаузулу о НБН положений о международном урегулировании споров<sup>190</sup>.

201. В-шестых, ни в одном деле, в котором клаузулы о НБН ограничивали их применение инвесторами или инвестициями «в схожих ситуациях» или «в подобных ситуациях», арбитраж не считал относящимся к делу вопрос о том, применима ли эта клаузула к положениям об урегулировании споров.

202. Такой анализ указывает на прошлую практику и не содержит указаний насчет того, как дела будут решаться в будущем. Поскольку третейские суды по

<sup>188</sup> *Berchsader*.

<sup>189</sup> *Maffezini*, пара. 61; *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, paras. 107–111 (majority).

<sup>190</sup> *ICS v. Argentina*, paras. 296, 305–308; *Daimler*, paras. 225–231, 236 (majority).

рассмотрению инвестиционных споров создаются для рассмотрения конкретного дела и поскольку конкретные положения и контекст клаузул о НБН неодинаковы, невозможно предсказать, каким будет решение третейских судей, даже если некоторые из них или даже все они уже принимали решение по делам, связанным с положениями о НБН. Однако там, где клаузулы о НБН допускают более широкое толкование, арбитражные органы, по-видимому, в большей мере склонны считать, что они применяются в отношении положений об урегулировании споров. По мнению Исследовательской группы, это дает государствам предварительные ориентиры в отношении того, как конкретная формулировка могла бы рассматриваться арбитражными судами.

## 2. Клаузулы в соглашениях, заключенных после решения по делу *Маффесини*

203. После решения по делу *Маффесини* был заключен ряд инвестиционных соглашений, содержащих положения о НБН. В общем плане они подразделяются на три категории.

204. Во-первых, имеются соглашения, которые прямо исключают применение решения по делу *Маффесини*. Для этого решение может упоминаться прямо<sup>191</sup> или может быть предусмотрено, что положения об урегулировании споров не относятся к сфере действия положения о НБН<sup>192</sup>. Как правило, для этого оно не включается в перечень изъятий из режима НБН.

205. Во-вторых, имеются соглашения, которые прямо включают положения об урегулировании споров в сферу действия клаузулы о НБН<sup>193</sup>.

206. В-третьих, имеются соглашения, в которых не указано, включены ли положения об урегулировании споров в сферу действия клаузулы о НБН. Некоторые определяют сферу применения клаузулы о НБН как «вложение, приобретение, расширение, управление, введение, эксплуатация и продажа или иное распоряжение инвестициями на своей территории». Однако, как отмечалось ранее, такое положение толковалось некоторыми арбитражными судами как не включающее урегулирование споров, а другими арбитражными судами – как включающее его.

207. Исследовательская группа отметила, что вопрос о положениях о НБН и урегулировании споров не побудил государства уточнить формулировки ныне действующих соглашений, исключив из них урегулирование споров, равно как и заключать соглашения, исключающие его применение. Напротив, большинство новых соглашений обычно обходят этот вопрос. Этому есть, как минимум, три возможных объяснения.

208. Во-первых, перезаключение действующих соглашений – это длительный и сложный процесс, и государства, возможно, не считают это приоритетным в своих планах заключения договоров или, возможно, настороженно относятся к возобновлению обсуждения других вопросов в договоре.

209. Во-вторых, государства, возможно, озабочены тем, что изменение формулировок их новых соглашений, призванное исключить применение режима НБН в случае урегулирования споров, будет воспринято арбитражными органами как

<sup>191</sup> Draft Central American free trade agreement (28 January 2004), имеется по адресу [http://www.sice.oas.org/TPD/USA\\_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind_e.asp).

<sup>192</sup> Agreement between the Republic of Colombia and the Swiss Confederation on the promotion and reciprocal protection of investments, done in Berne on 17 May 2006, имеется по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/PA/country/45/treaty/1008>.

<sup>193</sup> Agreement between Japan and the United Mexican States for the strengthening of the economic partnership, done at Mexico City on 17 September 2004, имеется по адресу [http://www.sice.oas.org/Trade/MEX\\_JPN\\_e/agreement.pdf](http://www.sice.oas.org/Trade/MEX_JPN_e/agreement.pdf); Соединенное Королевство не изменило свой типовой ДИД, в котором НБН распространяется на урегулирование споров.

указание на то, что их ныне действующие соглашения действительно охватывают урегулирование споров.

210. В-третьих, государства могут прийти к той точке зрения, что на практике, как было указано выше, положения о НБН применялись в отношении урегулирования споров лишь в случае изложенных в общих формулировках клаузул о НБН и что их положения о НБН не изложены в общих формулировках.

211. В любом случае Исследовательская группа пришла к выводу, что представленные здесь ориентиры в плане формулировок, которые могут толковаться как включающие положения об урегулировании споров в сферу действия НБН, и примеры соглашений, в которых правительства прямо исключали это, могли бы быть полезны для государств при рассмотрении того, как могли бы быть истолкованы их инвестиционные соглашения и что они могли бы принять во внимание при заключении новых соглашений.

## **Часть V**

### **Резюме выводов**

212. Клаузулы о НБН остаются неизменными по характеру со времени завершения проектов статей в 1978 году. Стержневые положения проектов статей 1978 года по-прежнему составляют сегодня основу толкования и применения клаузул о НБН. Однако они не дают ответа на все вопросы толкования, которые могут возникать в связи с клаузулами о НБН.

213. Клаузулы о НБН должны толковаться на основе норм толкования договоров, изложенных в ВКПМД.

214. Центральный вопрос толкования в связи с клаузулами о НБН связан со сферой действия этой клаузулы и применением принципа *eiusdem generis*. Иначе говоря, объем и характер выгоды, которая может быть получена согласно положениям о НБН, зависит от толкования самого положения о НБН.

215. Применение клаузул о НБН к положениям об урегулировании споров в арбитраже, связанном с инвестиционными договорами, вместо их ограничения материальными обязательствами, открыло новое измерение в осмыслении положений о НБН и, возможно, имело последствия, которые участники не предвидели, заключая свои инвестиционные соглашения. Тем не менее этот вопрос остается вопросом толкования договоров.

216. Должны ли клаузулы о НБН охватывать положения об урегулировании споров – этот вопрос в конечном счете должен решаться государствами, договаривающимися о таких клаузулах. Недвусмысленная формулировка может прямо указать, что положения о НБН применяются или не применяются в отношении положений об урегулировании споров. В противном случае этот вопрос будет оставлен арбитражным органам по урегулированию споров, толкующим клаузулы о НБН в каждом конкретном случае.

217. Методы толкования, рассмотренные Исследовательской группой в этом докладе, призваны помочь в толковании и применении положений о НБН.

---

GE-1513770 (R) 310815 080915



Просьба отправить на вторичную переработку 