

ЕЖЕГОДНИК  
КОМИССИИ  
МЕЖДУНАРОДНОГО  
ПРАВА

2013

*Том II*  
*Часть первая*

*Документы шестьдесят пятой сессии*





ЕЖЕГОДНИК  
КОМИССИИ  
МЕЖДУНАРОДНОГО  
ПРАВА

2013

*Том II*  
*Часть первая*

*Документы шестьдесят пятой сессии*



## 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.

Ссылки на *Ежегодник Комиссии международного права* в сокращенном виде состоят из слова *Ежегодник*, за которым следует многоточие и соответствующий год издания (например, *Ежегодник... 2012 год*).

На русском языке *Ежегодник* начал издаваться с 1969 года, поэтому все ссылки на тома *Ежегодника*, выпущенные до 1969 года, даются по их английскому тексту.

*Ежегодник* каждой сессии Комиссии международного права состоит из двух томов:

том I: краткие отчеты о заседаниях сессии;

том II (часть первая): доклады специальных докладчиков и другие документы, рассмотренные в ходе сессии;

том II (часть вторая): доклад Комиссии Генеральной Ассамблее.

Ссылки на эти издания и выдержки из них относятся к их окончательным текстам, фигурирующим в томах *Ежегодника*, которые были выпущены в качестве изданий Организации Объединенных Наций.

\*  
\*   \*

Доклады специальных докладчиков и другие документы, рассмотренные Комиссией в ходе ее шестьдесят пятой сессии, которые первоначально были выпущены в mimeографированном виде, воспроизводятся в настоящем томе и включают исправления, выпущенные Секретариатом, и поправки редакционного характера, которые были сочтены необходимыми для представления окончательного текста.

A/CN.4/SER.A/2013/Add.1 (Part 1)

ИЗДАНИЕ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
eISBN: 978-92-1-005393-8
ISSN: 0251-771X eISSN: 2412-4567

## СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Сокращения.....	iv
Примечание, касающееся цитат .....	v
<b>Защита людей в случае бедствий</b> (пункт 4 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/662.</i> Шестой доклад о защите людей в случае бедствий, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Эдуардо Валенсией-Оспиной .....	1
<b>Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции</b> (пункт 5 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/661.</i> Второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, подготовленный Специальным докладчиком г-жой Консепсьон Эскобар Эрнандес .....	43
<b>Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров</b> (пункт 6 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/660.</i> Первый доклад по вопросу о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Георгом Нольте .....	65
<b>Временное применение договоров</b> (пункт 7 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/664.</i> Первый доклад по вопросу о временном применении договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Хуаном Мануэлем Гомесом Робледо .....	101
<i>Документ A/CN.4/658.</i> Меморандум Секретариата .....	111
<b>Формирование и доказательства существования международного обычного права</b> (пункт 8 повестки дня)	
<i>Документ A/CN.4/663.</i> Первый доклад по теме «Формирование и доказательства существования международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком сэром Майклом Вудом .....	131
<i>Документ A/CN.4/659.</i> Элементы результатов предыдущей работы Комиссии международного права, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме .....	173
<b>Перечень документов шестьдесят пятой сессии</b> .....	195

## СОКРАЩЕНИЯ

АСЕАН	Ассоциация государств Юго-Восточной Азии
АТЭС	Азиатско-Тихоокеанское экономическое сотрудничество
ВМО	Всемирная метеорологическая организация
ВОЗ	Всемирная организация здравоохранения
ВТамО	Всемирная таможенная организация
ВТО	Всемирная торговая организация
ЕС	Европейское сообщество
ИГАД	Межправительственная организация по развитию
ИКАО	Международная организация гражданской авиации
МККК	Международный комитет Красного Креста
МОТ	Международная организация труда
МС	Международный Суд
МТМП	Международный трибунал по морскому праву
МЦУИС	Международный центр по урегулированию инвестиционных споров
НАФТА	Североамериканское соглашение о свободной торговле
ППМП	Постоянная палата международного правосудия
ПРООН	Программа развития Организации Объединенных Наций
УВКБ	Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев
УКГВ	Управление по координации гуманитарных вопросов
УСРБ ООН	Управление Организации Объединенных Наций по снижению риска бедствий
ЮНДРО	Управление координатора Организации Объединенных Наций по оказанию помощи в случае стихийных бедствий
ЮНЕСКО	Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры
ЮНСИТРАЛ	Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

\*

\* \*

<i>I.C.J. Reports</i>	<i>ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>
<i>P.C.I.J., Series A</i>	<i>PCIJ, Collection of Judgments (Nos. 1–24: up to and including 1930)</i>
AFDI	<i>Annuaire français de droit international (Paris)</i>
AJIL	<i>American Journal of International Law (Washington, D.C.)</i>
BYBIL	<i>The British Year Book of International Law (London)</i>
ECHR	European Court of Human Rights, <i>Reports of Judgments and Decisions</i> . Со всеми решениями и определениями Суда, включая те, которые не были опубликованы в официальных сериях, можно ознакомиться в базе данных Суда (HUDOC), которая размещена на его веб-сайте ( <a href="http://www.echr.coe.int">www.echr.coe.int</a> ).
ILM	<i>International Legal Materials (Washington, D.C.)</i>
ILR	<i>International Law Reports (Cambridge)</i>
LGDJ	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris)</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public (Paris)</i>
UNRIAA	United Nations, <i>Reports of International Arbitral Awards</i>

\*

\* \*

В настоящем томе «Международный трибунал по Руанде» означает Международный уголовный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 января по 31 декабря 1994 года; и «Международный трибунал по бывшей Югославии» означает Международный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 года.

\*

\* \*

## ПРИМЕЧАНИЕ, КАСАЮЩЕЕСЯ ЦИТАТ

В цитатах слова или выдержки, выделенные курсивом, за которыми следует звездочка, в тексте подлинника курсивом не выделены.

Если нет иных указаний, то перевод цитат из работ на иностранных языках выполнен Секретариатом.

\*  
\* \*

Адрес Комиссии международного права в Интернете: <http://legal.un.org/ilc/>.





# ЗАЩИТА ЛЮДЕЙ В СЛУЧАЕ БЕДСТВИЙ

[Пункт 4 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/662

## Шестой доклад о защите людей в случае бедствий, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Эдуардо Валенсией-Оспиной

[Подлинный текст на английском языке]  
[3 мая 2013 года]

### СОДЕРЖАНИЕ

		<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе .....		2
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....		3
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ .....	1–10	5
ПРЕДУПРЕЖДЕНИЕ .....	11–162	6
А. История развития концепции уменьшения опасности бедствий .....	11–35	6
В. Предотвращение в качестве одного из принципов международного права .....	36–69	11
1. Право в области прав человека .....	42–53	13
2. Экологическое право .....	54–69	16
a) Должная осмотрительность .....	61–65	17
b) Принцип предосторожности .....	66–69	19
С. Международное сотрудничество в области предотвращения .....	70–112	19
1. Двусторонние документы .....	76–81	21
2. Многосторонние документы .....	82–112	23
a) Глобальные документы .....	85–93	23
b) Региональные документы .....	94–112	26
D. Национальная политика и законодательство .....	113–161	30
1. Предотвращение риска .....	123–140	34
a) Оценка риска .....	124–130	34
b) Сбор и распространение информации о рисках .....	131–136	36
c) Механизмы контроля в сфере землепользования .....	137–140	37
2. Уменьшение вреда .....	141–144	38
a) Строительные стандарты .....	142	38
b) Страхование .....	143–144	38
3. Готовность .....	145–161	38
a) Институциональные рамки .....	146–149	38
b) Финансирование .....	150	40
c) Подготовка и просвещение на общинном уровне .....	151–152	40
d) Раннее предупреждение .....	153–161	41
E. Предложения в отношении проектов статей .....	162	42

## Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

*Источник*

Конвенция об учреждении Международного союза помощи и Устав Международного союза помощи (Женева, 12 июля 1927 года)	League of Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 135, No. 3115, p. 247.
Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Париж, 9 декабря 1948 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 78, No. 1021, p. 292.
Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) (Рим, 4 ноября 1950 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 213, No. 2889, p. 221; <i>Бюллетень международных договоров</i> , М., Юридическая литература, 2001, № 3, стр. 29.
Договор об учреждении Европейского экономического сообщества (Рим, 25 марта 1957 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 298, No. 4300, p. 3. См. также консолидированный текст Договора об учреждении Европейского сообщества, <i>Official Journal of the European Communities</i> , No. C 340, 10 November 1997, p. 173, и Договор о функционировании Европейского союза, <i>Official Journal of the European Union</i> , No. C 306 (17 December 2007), p. 1.
Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 993, No. 14531, p. 35.
Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 999, No. 14668, p. 225.
Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (Лондон, Мехико, Москва и Вашингтон, округ Колумбия, 29 декабря 1972 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1046, No. 15749, p. 146.
Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1834, No. 31363, p. 179.
Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1465, No. 24841, p. 133.
Венская конвенция об охране озонового слоя (Вена, 22 марта 1985 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1513, No. 26164, p. 355.
Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой (Монреаль, 16 сентября 1987 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1522, No. 26369, p. 53.
Конвенция об оперативном оповещении о ядерной аварии (Вена, 26 сентября 1986 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1439, No. 24404, p. 305.
Конвенция о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации (Вена, 26 сентября 1986 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1457, No. 24643, p. 177.
Конвенция по регулированию освоения минеральных ресурсов Антарктики (Веллингтон, 2 июня 1988 года)	ILM, vol. XXVII, No. 4 (July 1988), p. 868.
Конвенция о правах ребенка (Нью-Йорк, 20 ноября 1989 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1577, No. 27531, p. 81.
Бамакская конвенция о запрещении ввоза в Африку опасных отходов и о контроле за их трансграничной перевозкой и обращением с ними в пределах Африки (Бамако, 30 января 1991 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2101, No. 36508, p. 177.
Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте (Эспо, 25 февраля 1991 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1989, No. 34028, p. 352.
Соглашение об учреждении Карибского агентства по реагированию на чрезвычайные ситуации (Порт-оф-Спейн, 26 февраля 1991 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2256, No. 40212, p. 53.
Межамериканская конвенция об облегчении оказания помощи в случае бедствий (Сантьяго, 7 июня 1991 года)	OAS, <i>Official Records</i> , OEA/Ser.A/49 (SEPF), p. 15.
Конвенция по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер (Хельсинки, 17 марта 1992 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1936, No. 33207, p. 309. См. также ILM, vol. 31, No. 6 (November 1992), p. 1312.
Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий (Хельсинки, 17 марта 1992 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2105, No. 36605, p. 532.
Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата (Нью-Йорк, 9 мая 1992 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1771, No. 30822, p. 218.
Конвенция о биологическом разнообразии (Рио-де-Жанейро, 5 июня 1992 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1760, No. 30619, p. 199.
Соглашение о сотрудничестве в области прогнозирования, предотвращения и смягчения последствий стихийных бедствий и технологических катастроф (Вена, 18 июля 1992 года)	Имеется по адресу <a href="http://www.biicl.org/files/4299_cei_cooperation_agreement.pdf">www.biicl.org/files/4299_cei_cooperation_agreement.pdf</a> .

## Источник

- Конвенция МОТ (№ 174) о предотвращении крупных промышленных аварий (Женева, 22 июня 1993 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1967, No. 33639, p. 231; *Бюллетень международных договоров*, М., Юридическая литература, 2013, № 4, стр. 33.
- Конвенция о ядерной безопасности (Вена, 20 сентября 1994 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1963, No. 33545, p. 345.
- Конвенция по борьбе с опустыниванием в тех странах, которые испытывают серьезную засуху и/или опустынивание, особенно в Африке (Париж, 14 октября 1994 года) *Ibid.*, vol. 1954, No. 33480, p. 214.
- Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков (Нью-Йорк, 21 мая 1997 года) *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 49, том III, резолюция 51/229, приложение.*
- Амстердамский договор, изменяющий Договор о Европейском Союзе, договоры, учреждающие Европейские сообщества, и некоторые относящиеся к ним акты (Амстердам, 2 октября 1997 года) *Official Journal of the European Communities*, No. C 340 (10 November 1997), p. 1.
- Соглашение между правительствами государств – участников Черноморского экономического сотрудничества (ЧЭС) о взаимодействии при оказании чрезвычайной помощи и ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера (Сочи, 15 апреля 1998 года) Имеется по адресу [www.bscec-organization.org/UploadedDocuments/StatutoryDocumentsAgreements/EmergencyAgreement071116.pdf](http://www.bscec-organization.org/UploadedDocuments/StatutoryDocumentsAgreements/EmergencyAgreement071116.pdf).
- Конвенция Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи (Тампере, 18 июня 1998 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2296, No. 40906, p. 72.
- Соглашение между государствами – членами Ассоциации карибских государств и ее ассоциированными членами о региональном сотрудничестве в отношении стихийных бедствий (Санто-Доминго, 17 апреля 1999 года) Имеется по адресу [www.acs-aec.org/index.php?q=documents/osg/1999/agreement-between-member-states-and-associate-members-of-the-association-of-carib](http://www.acs-aec.org/index.php?q=documents/osg/1999/agreement-between-member-states-and-associate-members-of-the-association-of-carib).
- Договор о создании Восточноафриканского сообщества (Аруша, 30 ноября 1999 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2144, No. 37437, p. 255.
- Рамочная конвенция по оказанию помощи в области гражданской обороны (Женева, 22 мая 2000 года) *Ibid.*, vol. 2172, No. 38131, p. 243.
- Учредительный акт Африканского союза (Ломе, 11 июля 2000 года) *Ibid.*, vol. 2158, No. 37733, p. 3.
- Соглашение АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций (Вьентьян, 26 июля 2005 года) *ASEAN Documents Series 2005*, p. 157.
- Лиссабонский договор, изменяющий Договор о Европейском союзе и Договор об учреждении Европейского сообщества (Лиссабон, 13 декабря 2007 года) *Official Journal of the European Union*, No. C 306 (17 December 2007), p. 1.

## Работы, цитируемые в настоящем докладе

- BARNIDGE, Robert Perry Jr.  
«The due diligence principle under international law», *International Community Law Review*, vol. 8, No. 1, 2006, p. 81.
- BAUM, Marsha  
*When Nature Strikes: Weather Disasters and the Law*. Westport, Connecticut, Praeger, 2007.
- CAMERON, Linda  
«Environmental risk management in New Zealand—is there scope to apply a more generic framework?», New Zealand Treasury Policy Perspectives Paper 06/06, 2006.
- CONDORELLI, Luigi  
«The imputability to States of acts of international terrorism», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 19, 1989, p. 233.
- ΔΡΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, J. and S. TASSOS  
«Earthquakes and their social, economic and legal implications», *Proceedings of the Seminar on Earthquake Preparedness, Athens, 11–14 January 1983*, Geneva, Office of the United Nations Disaster Relief Coordinator, 1984.
- FARBER, Daniel A. and Jim CHEN  
*Disasters and the Law: Katrina and Beyond*. New York, Aspen Publishers, 2006.
- FEINBERG, David L.  
«Hurricane Katrina and the public health-based argument for greater federal involvement in disaster preparedness and response», *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, vol. 13, No. 3 (2005–2006), p. 596.
- FISHER, David  
*Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study*. Geneva, IFRC, 2007.
- FRANCIS, Julian  
«Legal aspects of disaster management and rehabilitation: the recent Indian experience of the tsunami disaster», в С. Raj Kumar and D.K. Srivastava, eds., *Tsunami and Disaster Management: Law and Governance*. Hong Kong, Sweet & Maxwell Asia, 2006, p. 243.
- FORTUN, Kim  
«Environmental right-to-know and the transmutations of law», в Austin Sarat and Javier Lezaun, eds., *Catastrophe: Law, Politics and The Humanitarian Impulse*. Amherst, University of Massachusetts Press, 2009, p. 146.

- GARCIA, Márcio Pereira Pinto  
 «Famine as a catastrophe: the role of international law», в David D. Caron and Charles Leben, eds., *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*. The Hague, Martinus Nijhoff, 2001, p. 229.
- GESTRI, Marco  
 «EU Disaster response law: principles and instruments», в Andrea de Guttry, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., *International Disaster Response Law*. The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, p. 105.
- GREEN, Stephen  
*International Disaster Relief: Toward a Responsive System*. New York, McGraw-Hill Book Company, 1977.
- HAND, Jacqueline  
 «Disaster prevention presentation, from SCJIL symposium 2003», *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 1, No. 1, 2003, p. 147.
- HARDING, Ronnie and Elizabeth FISHER, eds.  
*Perspectives on the Precautionary Principle*. Sydney, Federation Press, 1995.
- HESSBRUEGGE, Jan Arno  
 «The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, No. 2/3, 2004, p. 265.
- KÄLIN, Walter and Claudine Haenni DALE  
 «Disaster risk mitigation—why human rights matter», *Forced Migration Review*, No. 31, October 2008, p. 38.
- KENT, George  
 «The human right to disaster mitigation and relief», *Environmental Hazards*, vol. 3, 2001.
- KRIEBAUM, Ursula  
 «Prevention of human rights violations», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, No. 2, 1997, p. 155.
- LA VACCARA, Alessandra  
 «An enabling environment for disaster risk reduction», в Andrea de Guttry, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., *International Disaster Response Law*. The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, p. 199.
- MCÍNERNEY-LANKFORD, Siobhán, Mac DARROW and Lavanya RAJAMANI  
*Human Rights and Climate Change: A Review of the International Legal Dimensions*. Washington, D.C., World Bank, 2011.
- MORÉTEAU, Olivier  
 «Catastrophic harm in United States law: liability and insurance», *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, p. 69.
- NICOLETTI, Barbara  
 «The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States?», в Andrea de Guttry, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., *International Disaster Response Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, p. 177.
- NOWAK, Manfred  
*UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*. 2nd revised ed. Kehl, N.P. Engel, 2005.
- NOWAK, Manfred and Walter SUNTINGER  
 «International mechanisms for the prevention of torture», в Arie Bloed, Liselotte Leicht, Manfred Nowak and Allan Rosas, eds., *Monitoring Human Rights in Europe*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 145.
- PISILLO-MAZZESCHI, Riccardo  
 «The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States», *German Yearbook of International Law*, vol. 35, 1992, p. 9.
- «Forms of international responsibility for environmental harm», в Francesco Francioni and Tullio Scovazzi, eds., *International Responsibility for Environmental Harm*. London, Graham & Trotman, 1991, p. 15.
- ROMANO, P.R. Cesare  
 «L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», в David D. Caron and Charles Leben, eds., *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles/The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*. The Hague, Martinus Nijhoff, 2001, p. 379.
- SAMUELS, J.W.  
 «The relevance of international law in the prevention and mitigation of natural disasters», в Lynn H. Stephens and Stephen J. Green, eds., *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*. New York, New York University Press, 1979, p. 245.
- SUNSTEIN, Cass R.  
*Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*. New York, Cambridge University Press, 2005.
- SUTTON, Jeannette and Kathleen TIERNEY  
 «Disaster preparedness: concepts, guidance and research», report prepared for the Fritz Institute «Assessing Disaster Preparedness» Conference, Sebastopol, California, 3–4 November 2006.
- TROUWBORST, Arie  
*Precautionary Rights and Duties of States*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- «The precautionary principle in general international law: combating the Babylonian confusion», *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 16, No. 2, 2007, p. 185.
- UNISDR  
*Early Warning Practices Can Save Lives: Selected Examples: Good Practices and Lessons Learned*. Bonn, August 2010.
- VAN BOVEN, Theo  
 «Prevention of human rights violations», в Asbjørn Eide and Jan Helgesen, eds., *The Future of Human Rights Protection in a Changing World: Fifty Years since the Four Freedoms Address: Essays in Honour of Torkel Opsahl*. Oslo, Norwegian University Press, 1991, p. 183.
- WORLD BANK  
*Analysis of Disaster Risk Management in Colombia: A Contribution to the Creation of Public Policies*. Bogota, 2011.

## Введение\*

1. На шестьдесят четвертой сессии Комиссии международного права в 2012 году Специальный докладчик представил свой пятый доклад по вопросу о защите людей в случае бедствий<sup>1</sup>. В нем он представил итоги обзора мнений государств и организаций относительно работы, проведенной на тот момент Комиссией, а также разъяснил свою позицию по вопросу Комиссии в ее докладе о работе ее шестьдесят третьей сессии в 2011 году: «Эта обязанность сотрудничать включает обязанность государств оказывать помощь пострадавшему государству в случае поступления соответствующей просьбы?»<sup>2</sup>. В докладе развивалась тема, касавшаяся обязанности сотрудничать, а также итоги обсуждения условий для оказания помощи и вопроса о прекращении помощи. В докладе содержались предложения относительно следующих трех новых проектов статей: А (Разработка обязанности сотрудничать)<sup>3</sup>, 13 (Условия в отношении оказания помощи)<sup>4</sup> и 14 (Прекращение помощи)<sup>5</sup>.

2. Комиссия рассматривала пятый доклад со 2 по 6 июля 2012 года<sup>6</sup> и передала все три проекта статей в Редакционный комитет. В распоряжении Редакционного комитета также находился проект статьи 12 (Право предлагать помощь), предложенный Специальным докладчиком в его четвертом докладе<sup>7</sup>, рассмотрение которого он не смог завершить на

шестьдесят третьей сессии в 2011 году из-за нехватки времени.

3. Редакционный комитет с учетом обсуждений, проведенных Комиссией на пленарном заседании, в предварительном порядке принял следующие пять новых проектов статей: 5 bis (Формы сотрудничества), 12 (Предложения помощи), 13 (Условия оказания внешней помощи), 14 (Содействие внешней помощи) и 15 (Прекращение внешней помощи).

4. Пять проектов статей были представлены Комиссии на пленарном заседании во всеобъемлющем докладе, вынесенном на рассмотрение Председателем Редакционного комитета 30 июля 2012 года<sup>8</sup>. Из-за нехватки времени для последующей подготовки и принятия соответствующих комментариев Комиссия на этом заседании приняла к сведению проекты статей 5 bis и 12–15, принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом. Эти пять проектов статей были воспроизведены в документе Комиссии<sup>9</sup> и в докладе Комиссии о работе ее шестьдесят четвертой сессии<sup>10</sup>.

5. В ноябре 2012 года на шестьдесят седьмой сессии Генеральной Ассамблеи Шестой комитет рассмотрел главу ежегодного доклада Комиссии, посвященную пятому докладу Специального докладчика и его обсуждению Комиссией, при этом особое внимание уделялось проектам статей 5 bis и 12–15, принятым Редакционным комитетом. Со своей стороны некоторые делегации сконцентрировались на проектах статей А, 12, 13 и 14, первоначально предложенных Специальным докладчиком. Резюме обсуждений в Шестом комитете было подготовлено Секретариатом по просьбе Ассамблеи (резолюция 67/92 от 14 декабря 2012 года, пункт 32)<sup>11</sup>.

6. Согласно плану, поддерживающему рекомендацию о включении настоящей темы в долгосрочную программу работы Комиссии<sup>12</sup>, основное внимание при рассмотрении темы будет уделяться «деятельности с целью предупреждения... бедствий и смягчения их последствий, а также... предоставления гуманитарной помощи непосредственно после... бедствий»<sup>13</sup>. В плане отмечается значительная актуальность классификации, содержащейся в резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 1991 года, в которой были обозначены следующие ключевые направления деятельности в этой области: предупреждение бедствий и уменьшение их последствий и обеспечение готовности, включая

\* Специальный докладчик выражает глубокую признательность Специальному представителю Генерального секретаря по вопросам уменьшения опасности бедствий Маргарете Вальстрём и ее советнику Марко Тоскано-Ривальте за их поощрение и поддержку. Он признателен за помощь в подготовке настоящего доклада: Маттиасу А. Бройнлиху, соискателю степени доктора философии, Институт высших исследований по международным проблемам и проблемам развития, Женева; Мелиссе Стюарт, соискателю степени доктора права и специалисту по глобальному праву, юридический центр Джорджтаунского университета, Вашингтон, округ Колумбия, и соискателю степени магистра права, Институт политических исследований Парижа; Тренту Буатту, соискателю степени доктора права, и Джошу Доэрти, соискателю степени доктора права/магистра, юридический факультет Университета им. Джорджа Вашингтона, Вашингтон, округ Колумбия; Эмике Токунаге, соискателю степени доктора философии, Осакая школа международной публичной политики, Осакий университет; Амоге Басаварадже, магистру в области права и дипломатии, 2013 год, Аманде Мортведт, магистру права, 2013 год, Кэтерин Конуэй, магистру в области права и дипломатии, 2013 год, Ян Фу, магистру в области права и дипломатии, 2014 год, и Супарве Нарасимхях, магистру права, 2012 год, Школа права и дипломатии им. Флетчера, Университет Тафтса, Медфорд (Массачусетс), Соединенные Штаты; и Полу Р. Валекуру, Гаага, Нидерланды. Специальный докладчик также выражает свою благодарность Андреа де Гуттри, Школа перспективных исследований имени Святой Анны в Пизе, Италия, соредактору книги *International Disaster Response Law* («Международное право реагирования на бедствия») (The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012), за предоставление ему доступа к тексту включенных в нее ценных работ задолго до публикации.

<sup>1</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/652.

<sup>2</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 23, пункт 44.

<sup>3</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/652, стр. 34, пункт 116.

<sup>4</sup> Там же, стр. 48, пункт 181.

<sup>5</sup> Там же, стр. 49, пункт 187.

<sup>6</sup> Там же, том I, 3138–3142-е заседания.

<sup>7</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/643, стр. 266, пункт 109.

<sup>8</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том I, 3152-е заседание.

<sup>9</sup> Документ A/CN.4/L.812, отпечатан на mimeографе.

<sup>10</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 62, пункт 56, сноска.

<sup>11</sup> См. тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят седьмой сессии (A/CN.4/657), пункты 16–25.

<sup>12</sup> *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 245–257, приложение III.

<sup>13</sup> Там же, стр. 245, пункт 1.

расширение возможностей в области раннего оповещения<sup>14</sup>. В плане также содержатся ссылки на сделанные в 2004 году Группой высокого уровня по угрозам, вызовам и переменам выводы, согласно которым ответственность за предотвращение является одной из трех конкретных функций международного сообщества и считается «наиболее непосредственно относящейся к рассматриваемой теме»<sup>15</sup>. Таким образом, сфера охвата темы *ratione temporis* включала бы в себя «не только стадии "реагирования" на бедствия, но и стадии до и после него»<sup>16</sup>. Кроме того, в плане перечисляются принципы предупреждения бедствий и уменьшения их последствий в числе главных принципов, лежащих в основе современной деятельности в области защиты людей в случае бедствий. Что касается первого принципа, то «государства обязаны рассматривать существующее законодательство и политику для включения стратегий по уменьшению степени риска во все соответствующие юридические, политические и плановые документы как на национальном, так и на международном уровнях, с тем чтобы уменьшить уязвимость перед бедствиями». Что касается последнего, то «государства обязаны принимать практические меры для снижения степени риска бедствий на местном и на национальном уровнях, с тем чтобы свести к минимуму последствия бедствия как на своей территории, так и за ее пределами»<sup>17</sup>.

7. В 2008 году в своем предварительном докладе<sup>18</sup> Специальный докладчик выразил мнение о том, что применительно к вопросу о сфере охвата темы *ratione temporis*, «судя по всему, к вопросу об этапах, которые следует включить, необходимо применить широкий подход, с тем чтобы создалось полномасштабное правовое пространство». Он сослался на широкий спектр «конкретных вопросов, которые возникают в связи с оказанием, этап за этапом, помощи в случае бедствий, т. е. не только реагирование на бедствия, но также этапы до бедствия и после бедствия: предупреждение и смягчение последствий, с одной стороны, и восстановление – с другой»<sup>19</sup>. Он пришел к выводу: «Для обеспечения полного охвата работа над темой должна включать все три этапа ситуации бедствия, при этом было бы справедливо особое внимание уделить аспектам, касающимся предупреждения и

смягчения последствий бедствий, а также предоставлению помощи непосредственно после наступления бедствия»<sup>20</sup>.

8. В 2009 году в своем втором докладе<sup>21</sup> Специальный докладчик предложил уделить основное внимание на первоначальном этапе работы самому бедствию и непосредственным фазам после него, подчеркнув при этом, что «не предрешается возможность того, что на более поздней стадии Комиссия займется вопросом о подготовленности на этапе, предшествующем бедствию»<sup>22</sup>.

9. В 2012 году в своем пятом докладе<sup>23</sup> Специальный докладчик, резюмируя общие комментарии Шестого комитета по итогам обсуждения им ежегодного доклада Комиссии за 2011 год, отметил, что предлагаемая сфера охвата проектов статей является слишком узкой в части охватываемых событий и что поэтому ее следует расширить и распространить на более широкий спектр осуществляемой в период до бедствия деятельности, касающейся снижения степени риска, предотвращения, обеспечения готовности и смягчения последствий<sup>24</sup>. Кроме того, в этом докладе Специальный докладчик затронул вопрос о сотрудничестве в деле обеспечения готовности к стихийным бедствиям, их предотвращения и смягчения их последствий, отметив, что «в более поздних конвенциях произошло смещение акцента с модели, ориентированной в основном на реагирование, на модель, нацеленную, прежде всего, на предупреждение и обеспечение готовности»<sup>25</sup>.

10. В своих заключительных замечаниях, озвученных в конце обсуждения Комиссией в 2012 году его пятого доклада, Специальный докладчик заявил о своем намерении посвятить свой следующий доклад таким вопросам, как предупреждение бедствий, смягчение их последствий и обеспечение готовности к ним<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Там же, стр. 184, пункт 66.

<sup>21</sup> *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/615.

<sup>22</sup> Там же, стр. 232, пункт 29.

<sup>23</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/652.

<sup>24</sup> Там же, стр. 18, пункт 15, выдержка из заявления Польши (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 21-е заседание (A/C.6/66/SR.21), пункт 84).

<sup>25</sup> Там же, стр. 34, пункт 114.

<sup>26</sup> Там же, том I, 3142-е заседание.

<sup>14</sup> Там же, стр. 246, пункт 6.

<sup>15</sup> Там же, стр. 247, пункт 10; см. также A/59/565 и Согг.1.

<sup>16</sup> *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), приложение III, стр. 251, пункт 27.

<sup>17</sup> Там же, стр. 252, пункт 34.

<sup>18</sup> *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/598.

<sup>19</sup> Там же, стр. 182–183, пункт 57.

## Предупреждение

### А. История развития концепции уменьшения опасности бедствий

11. Управление координатора Организации Объединенных Наций по оказанию помощи в случае стихийных бедствий (ЮНДРО) было создано в 1971 году. Оно было предшественником нынешнего Управления по координации гуманитарных вопросов

(УКГВ). Уже в 1973 году оно приступило к осуществлению научно-исследовательского проекта, благодаря чему в период с 9 по 12 июля 1979 года было проведено совещание группы экспертов, на котором собрались ученые и сотрудники плановых органов, специализирующиеся на крупных природных угрозах метеорологического, геологического и геофизического происхождения. В своем докладе, в котором

подробно рассматривались вопросы стихийных бедствий и факторов уязвимости<sup>27</sup>, группа экспертов пришла к выводу: «Сейчас также стало понятным, что действительные и потенциальные последствия природных угроз становятся настолько серьезными и настолько во все большей степени глобальными по своим масштабам, что отныне следует делать больший акцент на планировании и предотвращении в период до наступления стихийного бедствия»<sup>28</sup>.

12. Спустя почти десятилетие, в 1987 году, Генеральная Ассамблея сконцентрировала внимание на уменьшении опасности стихийных бедствий, сославшись на растущий и серьезный ущерб и гибель людей. В своей резолюции 42/169 от 11 декабря 1987 года она признала «ответственность системы Организации Объединенных Наций за содействие международному сотрудничеству в изучении стихийных бедствий геофизического происхождения и в разработке методов уменьшения вызываемых ими опасностей, а также за координацию помощи в случае стихийных бедствий, подготовительных мер и предупреждения, включая прогнозирование и раннее оповещение», и постановила объявить 1990-е годы Международным десятилетием по уменьшению опасности стихийных бедствий. Она также приняла решение в отношении пяти конкретных целей, в том числе цели «распространить имеющуюся и новую информацию о мерах по оценке, прогнозированию, предупреждению и смягчению последствий стихийных бедствий» и «разработать меры по оценке, прогнозированию, предупреждению и смягчению последствий стихийных бедствий в рамках программ технической помощи и передачи технологии, демонстрационных проектов и системы образования и профессиональной подготовки применительно к конкретным видам бедствий и районам и производить оценку эффективности этих программ».

13. В своей резолюции 44/236 от 22 декабря 1989 года Генеральная Ассамблея утвердила Международные рамки действий для Международного десятилетия по уменьшению опасности стихийных бедствий, один из разделов которых посвящен мерам, которые надлежит принять системе Организации Объединенных Наций. Она заявила: «Органам, организациям и подразделениям системы Организации Объединенных Наций настоятельно предлагается в рамках своей оперативной деятельности уделять, по мере необходимости и на согласованной основе, первоочередное внимание обеспечению готовности к стихийным бедствиям, их предупреждению, оказанию помощи и быстрому восстановлению». Она также признала «большую ответственность системы Организации Объединенных Наций в целом за развитие международного сотрудничества в целях смягчения последствий стихийных бедствий, оказания содействия и координации деятельности по оказанию помощи в случае стихийных бедствий, обеспечению готовности к ним и их предупреждению».

14. 19 декабря 1991 года, т.е. в первый год Международного десятилетия, Генеральная Ассамблея приняла важнейшую резолюцию 46/182, в приложении к которой содержались руководящие принципы относительно оказания гуманитарной чрезвычайной помощи, обеспечения готовности, предупреждения и перехода от оказания чрезвычайной помощи к восстановлению и развитию. В ней рекомендовалось, чтобы «соответствующие правительства, а также международное сообщество» уделяли «особое внимание предупреждению бедствий и обеспечению готовности к ним» (пункт 8). Разделы II и III приложения посвящены конкретно предупреждению и обеспечению готовности и содержат конкретные меры, которые надлежит принимать международному сообществу и государствам.

15. В этом же году Генеральная Ассамблея отметила, что приблизительно 100 государств откликнулись на прозвучавший в 1989 году призыв разработать национальные стратегии для достижения целей Десятилетия, и одобрила предложение о созыве всемирной конференции по уменьшению опасности стихийных бедствий в целях содействия осуществлению Международных рамок действий (см. резолюцию 46/149 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1991 года, пункт 3). Ассамблея достигла согласия о том, что цели этой конференции заключаются в проведении обзора достижений в рамках Десятилетия, активизации деятельности и обмена и повышении «осведомленности о важном значении политики в области уменьшения опасности стихийных бедствий» (см. резолюцию 48/188 Генеральной Ассамблеи, пункт 6), а также признала ту роль, которую уменьшение опасности бедствий может сыграть в совершенствовании управления в случае чрезвычайной ситуации в целом и укреплении потенциала в плане готовности к бедствиям и уменьшения их последствий на национальном уровне.

16. В 1994 году в Иокогаме, Япония, состоялась Всемирная конференция по уменьшению опасности стихийных бедствий. По итогам среднесрочного обзора Десятилетия на ней была принята Иокогамская стратегия по обеспечению более безопасного мира: руководящие принципы предотвращения стихийных бедствий, обеспечения готовности к ним и смягчения их последствий, в том числе Принципы, Стратегия и План действий<sup>29</sup>. В Иокогамском обращении 148 государств-участников подтвердили, что «предупреждение бедствий, смягчение их последствий, обеспечение готовности к ним и оказание чрезвычайной помощи представляют собой четыре фактора, которые способствуют претворению в жизнь политики устойчивого развития, которая, в свою очередь, оказывает благотворное влияние на эти факторы», и рекомендовали государствам «учитывать их в своих планах развития и обеспечивать принятие эффективных последующих мер на общинном, национальном, субрегиональном, региональном и международном уровнях»<sup>30</sup>, а также

<sup>27</sup> UNDRO/EXPGRP/1.

<sup>28</sup> *Ibid.*, foreword.

<sup>29</sup> Доклад Всемирной конференции по уменьшению опасности стихийных бедствий, A/CONF.172/9, глава I, резолюция I, приложение I.

<sup>30</sup> Там же, приложение II, пункт 2.

призвали к дальнейшему совершенствованию систем раннего оповещения<sup>31</sup>. Они подтвердили, что «с точки зрения достижения целей и задач Десятилетия предупреждение бедствий, смягчение их последствий и обеспечение готовности к ним представляют собой более эффективные средства, нежели реагирование на бедствия», и что «меры реагирования на бедствия сами по себе не являются достаточными»<sup>32</sup>. Что касается остального периода Десятилетия и далее, то к государствам был обращен настоятельный призыв создавать и укреплять «национальные потенциалы и возможности и – там, где это уместно, – национальное законодательство в области предупреждения стихийных и других бедствий, смягчения их последствий и обеспечения готовности к ним»<sup>33</sup>.

17. В 1999 году начала осуществляться Международная стратегия уменьшения опасности бедствий в качестве одной из последующих мер в связи с Международным десятилетием по уменьшению опасности стихийных бедствий и в целях развития Йогогамской стратегии и ее Плана действий (см. резолюцию 54/219 Генеральной Ассамблеи от 22 декабря 1999 года). По данным секретариата, которому было поручено осуществлять надзор и обеспечивать ориентацию в отношении Стратегии, Стратегия «отражает смещение традиционного акцента на реагировании в случае бедствий на сокращение опасности бедствий, и, в действительности, она направлена на поощрение и развитие "культуры предотвращения"»<sup>34</sup>. Это заявление отражает содержание важных резолюций Генеральной Ассамблеи относительно Стратегии и подчеркивает важное значение необходимости всестороннего международного сотрудничества с акцентом на предотвращении (см. резолюции Генеральной Ассамблеи 54/219 и 56/195 от 22 декабря 2001 года и 21 декабря 2001 года соответственно).

18. В 2002 году в Плате выполнения решений Всемирной встречи на высшем уровне по устойчивому развитию было заявлено, что «комплексный, учитывающий многообразие факторов риска и всесторонний подход к оценке уязвимости и риска и борьбе со стихийными бедствиями, включая предотвращение, смягчение последствий, обеспечение готовности, принятие мер реагирования и восстановление, является существенно важным элементом более безопасного мира в XXI веке»<sup>35</sup>.

19. Годом позже, т. е. в 2003 году, двадцать восьмая Международная конференция Красного Креста и Красного Полумесяца приняла резолюцию «Принятие Декларации и Повестки дня для гуманитарной деятельности», нацеленную на четыре главные области,

одна из которых касалась уменьшения опасности и последствий бедствий и совершенствования механизмов обеспечения готовности и реагирования. Заключительная цель 3.1 Повестки дня состояла в «признании важности снижения степени опасности бедствий и принятия мер по сведению к минимуму последствий для находящихся в уязвимом положении групп населения».

20. Кроме того, в том же году в своей резолюции 58/214 от 23 декабря 2003 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению доклад Генерального секретаря об осуществлении Международной стратегии уменьшения опасности бедствий, в котором было указано, что «необходимо добиваться дальнейшего развития Международной стратегии в качестве более заметного, общепризнанного и гибкого инструмента уменьшения опасности и уязвимости против стихийных бедствий и связанных с ними экологических и техногенных катастроф»<sup>36</sup>. С этой целью Генеральный секретарь запланировал развитие «основы для руководства деятельностью по уменьшению опасности бедствий и контролю за ней»<sup>37</sup>. Цель этой основы заключалась бы в «углублении понимания и повышении эффективности практической деятельности по уменьшению опасности бедствий посредством привлечения к ней широкого круга участников и совершенствования существующей практики»<sup>38</sup>. Генеральный секретарь пришел к выводу о том, что «уменьшение опасности стихийных бедствий является эффективным и правильным решением проблемы национальной адаптации к изменению климата», и рекомендовал проводить оценку опасности стихийных бедствий для поддержки новой стратегии<sup>39</sup>.

21. Кроме того, Генеральная Ассамблея признала «настоятельную необходимость дальнейшего углубления и использования существующих научно-технических знаний для уменьшения уязвимости перед стихийными бедствиями»<sup>40</sup>. Поэтому она постановила «созвать в 2005 году... Всемирную конференцию по уменьшению опасности бедствий, посвятив ее налаживанию специализированных обсуждений и достижению конкретных изменений и результатов»<sup>41</sup>. С учетом Йогогамской стратегии, ее Плана действий и Йоханнесбургского плана выполнения решений<sup>42</sup> задачи Конференции заключались в том, чтобы «обменяться передовым опытом и извлеченными уроками для дальнейшего уменьшения опасности бедствий в контексте достижения устойчивого развития и выявить существующие пробелы и возникающие вопросы», «усилить осознание важности политики, направленной на уменьшение опасности бедствий» и «повысить во всех регионах надежность и доступность актуальной информации, касающейся

<sup>31</sup> Там же, приложение I, пункт 5.

<sup>32</sup> Там же, приложение II, пункт 3.

<sup>33</sup> Там же, пункт 7 с).

<sup>34</sup> UNISDR, «What is the International Strategy?», имеется по адресу [www.unisdr.org/who-we-are/international-strategy-for-disaster-reduction](http://www.unisdr.org/who-we-are/international-strategy-for-disaster-reduction).

<sup>35</sup> Доклад Всемирной встречи на высшем уровне по устойчивому развитию, Йоханнесбург, Южная Африка, 26 августа – 4 сентября 2002 года (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.03.II.A.1 и исправление), глава I, резолюция 2, приложение, пункт 37.

<sup>36</sup> A/58/277, пункт 1.

<sup>37</sup> Там же, пункт 17.

<sup>38</sup> Там же, пункт 20.

<sup>39</sup> Там же, пункты 59 и 60.

<sup>40</sup> Резолюция 58/214 Генеральной Ассамблеи от 23 декабря 2003 года, преамбула.

<sup>41</sup> Там же, пункт 7.

<sup>42</sup> Доклад Всемирной встречи на высшем уровне по устойчивому развитию... (см. сноску 35 выше), глава I, резолюция 2, приложение.



бедствий, для общественности и учреждений, противодействующих бедствиям»<sup>43</sup>. Генеральная Ассамблея подчеркнула «важность определения, оценки и нейтрализации рисков до того, как происходят бедствия»<sup>44</sup>.

22. В 2005 году участники проведенного в Маврикии Международного совещания для обзора осуществления Программы действий по обеспечению устойчивого развития малых островных развивающихся государств приняли Маврикийскую декларацию<sup>45</sup>, в которой они особо подчеркнули необходимость усиления превентивной защиты малых островных развивающихся государств<sup>46</sup> и в качестве надлежащих мер указали на системы уменьшения опасности бедствий и раннего предупреждения<sup>47</sup>, а также создания потенциала противодействия<sup>48</sup>.

23. Всемирная конференция по уменьшению опасности бедствий состоялась в Кобе, Хиого, Япония, 18–22 января 2005 года. Она приняла Хиогскую декларацию<sup>49</sup> и Хиогскую рамочную программу действий на 2005–2015 годы: создание потенциала противодействия бедствиям на уровне государств и общин<sup>50</sup>. Хиогские рамки были задуманы «как первый план для разъяснения, описания и подробного изложения информации о работе, которую необходимо провести во всех различных секторах и всеми действующими лицами в целях сокращения потерь в результате бедствий»<sup>51</sup>, и Конференция предоставила «уникальную возможность для пропаганды стратегического и систематического подхода к снижению уязвимости к опасностям и их рисков»<sup>52</sup>. В Хиогской декларации говорится следующее:

Мы также признаем, что необходимо на всех уровнях, начиная с отдельной личности и кончая международным сообществом, содействовать деятельности по формированию культуры предотвращения бедствий и противодействия им, а также связанных с ними стратегий по обеспечению заблаговременной готовности к ним, инвестиции в которую являются разумными инвестициями. Сообщества людей вынуждены жить в условиях риска опасностей, порождаемых природой. Вместе с тем мы вовсе не бессильны и способны обеспечить готовность к бедствиям и смягчить их воздействие. Мы можем и должны облегчать страдания, приносимые опасностями, за счет снижения уязвимости сообществ. Мы можем и должны продолжать работу по усилению катастрофоустойчивости стран и сообществ с помощью ориентированных на население систем раннего предупреждения, оценок рисков, просветительской работы, а также посредством осуществления инициативных и комплексных подходов и мероприятий с охватом широкого спектра опасностей и большого числа секторов на протяжении всего цикла деятельности по уменьшению опасности бедствий, который включает в себя стадии профилактической работы, обеспечения

<sup>43</sup> Резолюция 58/214 Генеральной Ассамблеи от 23 декабря 2003 года, пункт 7 с)–е).

<sup>44</sup> Резолюция 59/231 Генеральной Ассамблеи от 22 декабря 2004 года, пункт 11.

<sup>45</sup> A/CONF.207/11 (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.II.A.4), глава I, резолюция 1, приложение I.

<sup>46</sup> Там же, пункты 3, 4, 6 и 10.

<sup>47</sup> Там же, пункт 6.

<sup>48</sup> Там же, пункт 13.

<sup>49</sup> A/CONF.206/6, имеется по адресу [www.unisdr.org/we/inform/publications/1037](http://www.unisdr.org/we/inform/publications/1037), глава I, резолюция 1.

<sup>50</sup> Там же, резолюция 2.

<sup>51</sup> См. [www.unisdr.org/we/coordinate/hfa](http://www.unisdr.org/we/coordinate/hfa).

<sup>52</sup> A/CONF.206/6, глава I, резолюция 2, пункт 1.

готовности к бедствиям и ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций, а также восстановительной и реабилитационной работы. Риски бедствий, опасности и их воздействия представляют собой угрозу, однако надлежащее реагирование на них может и должно обеспечить осуществление действий по снижению рисков и уязвимости в будущем»<sup>53</sup>.

24. В Хиогской рамочной программе действий вновь особо подчеркивается ответственность каждого государства за принятие эффективных мер для уменьшения опасности бедствий, «в том числе за защиту людей на своей территории»<sup>54</sup>, и поддерживается призыв, содержащийся в Йоханнесбургском плане осуществления, к тому, что «комплексный, учитывающий многообразие опасностей подход к уменьшению риска бедствий должен быть интегрирован в политику, планирование и разработку программ, связанных с устойчивым развитием, а также деятельностью по оказанию помощи, устранению нанесенного ущерба и восстановлению после окончания бедствий и конфликтов в подверженных бедствиям странах»<sup>55</sup>.

25. В ходе процесса обзора прогресса в достижении положений Йогогамской стратегии были выявлены конкретные пробелы и вызовы в следующих ключевых областях для создания соответствующей базы для действий на десятилетие 2005–2015 годов: а) управление: организационные, правовые и политические рамки; б) выявление, оценка и мониторинг рисков и раннее предупреждение; в) управление знаниями и образованием; г) уменьшение основополагающих факторов риска; и д) готовность к осуществлению эффективных мер реагирования и восстановительных мероприятий<sup>56</sup>. В свете целей Всемирной конференции ожидаемые результаты на последующие десять лет были сформулированы как «существенное сокращение числа человеческих жертв, а также социального, экономического и экологического ущерба для общин и стран вследствие бедствий»<sup>57</sup>.

26. В своей резолюции 60/195 от 22 декабря 2005 года Генеральная Ассамблея признала, что «Хиогская рамочная программа действий дополняет Йогогамскую стратегию... и ее План действий» (преамбула), и призвала «более эффективно интегрировать задачу уменьшения опасности бедствий в политику, планирование и разработку программ в области устойчивого развития; создавать и укреплять институты, механизмы и возможности для наращивания потенциала противодействия опасностям и систематически учитывать подходы по уменьшению риска в процессах осуществления программ обеспечения готовности к чрезвычайным ситуациям, реагирования на них и проведения восстановительных мероприятий» (пункт 3).

27. В своей резолюции 61/200 от 20 декабря 2006 года, пункт 4, Генеральная Ассамблея подчеркнула

<sup>53</sup> Там же, резолюция 1, пункт 3.

<sup>54</sup> Там же, резолюция 1, пункт 4; и там же, резолюция 2, пункт 13 б).

<sup>55</sup> Там же, резолюция 2, пункт 13 с).

<sup>56</sup> Там же, резолюция 2, пункт 9.

<sup>57</sup> Там же, резолюция 2, пункт 11.

значимость Хиогской декларации и Хиогской рамочной программы действий, а также приоритетных направлений деятельности, которые государствам, региональным и международным организациям и международным финансовым учреждениям, а также другим заинтересованным субъектам следует принимать во внимание в своем подходе к уменьшению опасности бедствий и которых им следует придерживаться, когда это уместно, сообразно специфике своего положения и своим возможностям с учетом жизненно важного значения содействия становлению культуры предупреждения стихийных бедствий, в том числе на основе мобилизации достаточных ресурсов для уменьшения опасности бедствий, а также решения задач уменьшения опасности бедствий, включая обеспечение готовности к ним на уровне общин, и устранения пагубных последствий стихийных бедствий для усилий по осуществлению национальных планов развития и стратегий сокращения масштабов нищеты в интересах достижения согласованных на международном уровне целей в области развития, в том числе сформулированных в Декларации тысячелетия.

28. Генеральная Ассамблея приняла резолюцию 61/198 от 20 декабря 2006 года, в которой она «отмечает предложение о создании Глобальной платформы действий по уменьшению опасности бедствий в качестве механизма-преемника Межучрежденческой целевой группы по уменьшению опасности бедствий и с учетом осуществления Хиогской рамочной программы действий постановляет, что Глобальная платформа будет иметь тот же мандат, что и Межучрежденческая группа по уменьшению опасности бедствий» (пункт 15). После этого были проведены три сессии Глобальной платформы в 2007, 2009 и 2011 годах, а четвертая сессия была запланирована к проведению в мае 2013 года. Руководство подготовительной и последующей работой в связи с сессиями Глобальной платформы осуществляется Управлением Организации Объединенных Наций по снижению риска бедствий (УСРБ ООН), которая была учреждена в 1999 году в качестве секретариата Международной стратегии уменьшения опасности бедствий (резолюция 54/219 Генеральной Ассамблеи от 22 декабря 1999 года).

29. На второй сессии Глобальной платформы в 2009 году главы государств и правительств четко и однозначно отметили, что «снижение риска бедствий играет очень важную роль в преодолении воздействия изменения климата», в то время как страны, подверженные риску, подчеркнули, что они «уделяют все больше внимания снижению риска бедствий и стремятся как можно скорее разработать и принять политические документы и стратегии в данном направлении»<sup>58</sup>.

30. В докладе по вопросу о среднесрочном обзоре Хиогской рамочной программы действий было отмечено, что «на протяжении последних пяти лет усиливается политический импульс в плане уменьшения опасности бедствий», о чем свидетельствуют тематические обсуждения, посвященные уменьшению опасности бедствий и организованные в 2011 году Председателем Генеральной Ассамблеи, в ходе которых государства-члены призвали к «активизации деятельности по расширению осведомленности, более эффективному использованию обмена опытом,

заблаговременному планированию и предотвращению»<sup>59</sup>. В докладе отмечался рост приверженности на национальном уровне делу уменьшения опасности бедствий и достижению целей Хиогской рамочной программы действий, а также указывалось, что готовность является приоритетом в области, в которой государства достигли наибольшего «успеха»<sup>60</sup>. Было особо подчеркнуто, что на региональном уровне Хиогская рамочная программа действий «придала значительный импульс в плане преобразований»<sup>61</sup>.

31. В мае 2011 года состоялась третья сессия Глобальной платформы по снижению риска бедствий на основе выводов второй сессии в 2009 году, результатов среднесрочного обзора и *Глобального аналитического доклада о мерах по уменьшению опасности бедствий 2011 года* УСРБ ООН<sup>62</sup>. Платформа указала на чрезвычайную важность создания стимулов для инвестирования в предотвращение и отметила, что несколько стран стали учитывать аспект предотвращения бедствий при планировании в сфере реконструкции и восстановления<sup>63</sup>. Кроме того, «обсуждения на третьей сессии продемонстрировали, что в настоящее время мы располагаем знаниями, средствами и приверженностью для того, чтобы задача уменьшения опасности бедствий на национальном, местном и международном уровнях стала приоритетной»<sup>64</sup>.

32. В своей резолюции 66/199 от 22 декабря 2011 года Генеральная Ассамблея с удовлетворением приняла к сведению результаты среднесрочного обзора Хиогской рамочной программы действий и признала, что Глобальная платформа является «главным форумом на глобальном уровне для координации консультационной помощи по стратегическим вопросам и развития партнерских связей в сфере уменьшения опасности бедствий» (пункт 4). Она также просила УСРБ ООН «оказать содействие в разработке рамочной программы по уменьшению опасности бедствий на период после 2015 года» (пункт 5).

33. Хиогская рамочная программа действий и Международная стратегия уменьшения опасности бедствий придали новый импульс имеющим обязательную и необязательную силу региональным инициативам<sup>65</sup>, нацеленным на уменьшение опасности

<sup>59</sup> Inter-Agency Secretariat of the International Strategy for Disaster Reduction, *Hyogo Framework for Action 2005–2015: Building the Resilience of Nations and Communities to Disasters: Mid-term Review 2010–2011* (2011), sect. 3.3, имеется по адресу [www.unisdr.org/files/18197\\_midterm.pdf](http://www.unisdr.org/files/18197_midterm.pdf).

<sup>60</sup> *Ibid.*, sect. 3.1, Priority for Action 5.

<sup>61</sup> *Ibid.*, sect. 3.2.

<sup>62</sup> *Global Assessment Report on Disaster Risk Reduction* (Geneva, 2011, UNISDR).

<sup>63</sup> Резюме Председателя третьей сессии Глобальной платформы по снижению риска бедствий и Всемирной конференции по вопросам восстановления (Женева, 8–13 мая 2011 года), пункты 8.5 и 9.1, имеется по адресу [www.preventionweb.net/files/201102\\_gp2011chairsummary.pdf](http://www.preventionweb.net/files/201102_gp2011chairsummary.pdf).

<sup>64</sup> Там же, пункт 4.

<sup>65</sup> Создание национальных платформ для уменьшения опасности бедствий (этот призыв уже прозвучал в 1991 году) было испрошено Экономическим и Социальным Советом в пункте 9 его резолюции 1999/63, а также в пункте 10 резолюции 56/195 Генеральной

<sup>58</sup> Резюме Председателя второй сессии Глобальной платформы по снижению риска бедствий (Женева, 3–16 мая 2011 года), пункты 1 и 6, имеется по адресу [www.preventionweb.net/files/10750\\_GP09ChairsSummary.pdf](http://www.preventionweb.net/files/10750_GP09ChairsSummary.pdf).

бедствий<sup>66</sup>, таким как Соглашение АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций<sup>67</sup>; Пекинский план действий по снижению риска бедствий в Азии (2005 год); Делийская декларация по снижению риска бедствий в Азии (2007 год); Куала-Лумпурская декларация по снижению риска бедствий в Азии (2008 год); четвертая Азиатская конференция министров по снижению риска бедствий (2010 год), по итогам которой была принята Инчхонская декларация по снижению риска бедствий в Азиатско-Тихоокеанском регионе (2010 год) и Инчхонская региональная дорожная карта и план действий по снижению рисков бедствий посредством адаптации к изменению климата в Азиатско-Тихоокеанском регионе, в которых подтверждалась Рамочная программа действий и предлагались азиатские инициативы в плане адаптации к изменению климата и уменьшению опасности бедствий с учетом факторов уязвимости в регионе<sup>68</sup>; Африканская региональная стратегия снижения риска бедствий 2004 года, принятая Африканским союзом, за которой последовала программа действий по ее осуществлению (первоначально на период 2005–2010 годов, однако впоследствии этот срок был продлен до 2015 года)<sup>69</sup>; четыре сессии Африканской региональной платформы по снижению риска бедствий, самая недавняя из которых состоялась в 2013 году<sup>70</sup>; Арабская стратегия снижения риска бедствий на период до 2020 года, принятая Советом министров арабских стран, отвечающих за вопросы окружающей среды, на его двадцать второй сессии в декабре 2010 года<sup>71</sup>; и наконец, Найритское коммюнике по вопросу о направлениях деятельности по активизации мер по снижению риска бедствий в Северной и Южной Америке (2011 год)<sup>72</sup>.

34. События, связанные с изменением климата, стали поводом для активизации деятельности по уменьшению опасности бедствий, прежде всего в Канкунских рамках для адаптации, в плане активизации деятельности в области адаптации, с тем чтобы снизить степень уязвимости и создать потенциал противодействия в развивающихся странах с конкретным учетом Хиогской рамочной программы действий (FCCC/CP/2010/7/Add.1, пункт 14 е)). Кроме того, в принятом в 2012 году

итоговом документе Конференции Организации Объединенных Наций по устойчивому развитию под названием «Будущее, которого мы хотим» главы государств и правительств и высокопоставленные представители подтвердили свою приверженность делу осуществления Хиогской рамочной программы действий<sup>73</sup>. Они призвали к тому, «чтобы вопросы уменьшения опасности бедствий и создания потенциала противодействия бедствиям в контексте устойчивого развития и ликвидации нищеты решались в первоочередном порядке и... учитывались в стратегиях, планах, программах и бюджетах всех уровней и при составлении соответствующих рамочных программ в будущем»<sup>74</sup>.

35. Государства реализовывали Хиогскую рамочную программу действий посредством обеспечения учета вопросов уменьшения опасности бедствий в национальной политике и нормативно-правовых документах. В ходе проведенного в 2011 году обзора хода осуществления странами национальной политики и нормативно-правовых документов, связанных с уменьшением опасности бедствий, на основе механизма самостоятельного представления докладов, открытого для участия всех заинтересованных сторон, многие государства сообщили о том, что они включили проблематику уменьшения опасности бедствий в свои планы развития<sup>75</sup>.

## В. Предотвращение в качестве одного из принципов международного права

36. На данном этапе Специальный докладчик считает уместным напомнить о центральной роли его двуединого подхода, используемого на протяжении всего исследования настоящей темы. Как и на собственном этапе бедствия, так и до него предполагается наличие прав и обязательств как в горизонтальной плоскости (права и обязательства государств по отношению к другим государствам и международному сообществу) и вертикальной плоскости (права и обязательства государств в отношении лиц, находящихся на территории государства или под его контролем). В своем пятом докладе Специальный докладчик указал на обязательство государств по отношению к друг другу и международному сообществу на этапе до бедствия, сославшись на обязанность сотрудничать в таких видах деятельности, как подготовка к стихийным бедствиям, их предотвращение и смягчение их последствий<sup>76</sup>. Кроме того, актуальным в плане этапа до стихийного бедствия применительно к правам и обязательствам государств по отношению к друг другу является обязательство предотвращать

Ассамблеи от 21 декабря 2001 года и пункте 3 резолюции 58/215 Генеральной Ассамблеи от 23 декабря 2003 года.

<sup>66</sup> Что касается обзора, то см. также резолюцию 59/231 Генеральной Ассамблеи от 22 декабря 2004 года.

<sup>67</sup> Соглашение является первым международным договором, касающимся уменьшения опасности стихийных бедствий, и было разработано после принятия Хиогской рамочной программы действий.

<sup>68</sup> Текст Инчхонской декларации см. по адресу [www.unisdr.org/we/inform/publications/16327](http://www.unisdr.org/we/inform/publications/16327).

<sup>69</sup> *Extended Programme of Action for the Implementation of the Africa Regional Strategy for Disaster Risk Reduction (2006–2015) and Declaration of the Second African Ministerial Conference on Disaster Risk Reduction 2010*, введение, имеется по адресу [www.unisdr.org/files/19613\\_bookletpoaenglish.pdf](http://www.unisdr.org/files/19613_bookletpoaenglish.pdf).

<sup>70</sup> «Africa seeks united position on disaster risk reduction», 13 February 2013, имеется по адресу [www.unisdr.org/archive/31224](http://www.unisdr.org/archive/31224).

<sup>71</sup> Текст Стратегии см. по адресу [www.unisdr.org/files/18903\\_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf](http://www.unisdr.org/files/18903_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf).

<sup>72</sup> Текст Коммюнике см. по адресу [www.unisdr.org/files/18603\\_communiqueayarit.pdf](http://www.unisdr.org/files/18603_communiqueayarit.pdf).

<sup>73</sup> Резолюция 66/288 Генеральной Ассамблеи от 27 июля 2012 года, приложение, пункт 186.

<sup>74</sup> Там же.

<sup>75</sup> См. подборку национальных докладов о ходе осуществления Хиогской рамочной программы действий (2009–2011 годы), приоритетная задача 1 Хиогской рамочной программы действий, основной показатель 1.1. Имеется по адресу [www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority1-1%282009-2011%29.pdf](http://www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority1-1%282009-2011%29.pdf).

<sup>76</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/652, стр. 34, пункты 114–115.

трансграничный вред<sup>77</sup>. Тем не менее, как отмечалось в меморандуме Секретариата, «предупреждение все же теснее связано с обязательством первого порядка: предотвращать ущерб собственному населению, имуществу и вообще окружающей среде»<sup>78</sup>.

37. Как явствует из обзора истории вопроса в предшествующем разделе, аспекты предотвращения, смягчения последствий и обеспечения готовности уже давно обсуждались в контексте уменьшения опасности стихийных бедствий и в более недавнем времени в контексте вопроса об уменьшении опасности бедствий. В общем, они охватывают меры, которые могут быть приняты в период до бедствия<sup>79</sup>. Как было метко отмечено в меморандуме Секретариата, «мероприятия по предупреждению, смягчению и приготовлению приходится на разные сегменты комплекса действий, предпринимаемых до наступления бедствия»<sup>80</sup>.

38. Обеспечение готовности, которое является неотъемлемой частью управления в случае бедствия или чрезвычайной ситуации, было охарактеризовано как «организация и рациональное задействование ресурсов и функций для учета всех аспектов чрезвычайных ситуаций, в частности, обеспечение готовности, реагирование и первоначальные меры по восстановлению»<sup>81</sup>. Это было предложено в качестве надлежащей меры для противодействия землетрясениям еще в 1983 году<sup>82</sup>. После определения в качестве конкретного аспекта, которому надлежит уделять особое внимание в рамках Международного десятилетия по уменьшению опасности стихийных бедствий, ПРООН организовала учебную программу по вопросам управления деятельностью в случае бедствий, посвященную обеспечению готовности к бедствиям, разработка которой применительно к этому понятию была продолжена в 1994 году. Обеспечение готовности стало восприниматься как имеющее решающее значение в плане оказания международной помощи в случае чрезвычайных ситуаций. Поэтому цель мер по обеспечению готовности тесно связана с тем или иным бедствием<sup>83</sup>. Согласно сделанному Секретариатом выводу, «под приготовлением имеются в виду меры, заранее принимаемые с целью обеспечить эффективную ликвидацию последствий, включая своевременную и действенную организацию раннего оповещения и временную эвакуацию людей и имущества»<sup>84</sup>. С временной точки зрения готовность охватывает две следующие области уменьшения

опасности бедствий и управления в случае бедствия: этап до бедствия и этап после бедствия. Цель обеспечения готовности к бедствиям заключается просто в эффективном реагировании и более эффективном восстановлении в период бедствия. Усилия, направленные на обеспечение готовности, также преследуют цель обеспечения того, чтобы все те, кто должны отреагировать, знали, как использовать соответствующие ресурсы. В число мероприятий, которые обычно связаны с обеспечением готовности к бедствиям, входят процессы выработки планов по обеспечению готовности; разработка планов на случай бедствий; накопление ресурсов, необходимых для эффективного реагирования; и развитие навыков и функций для обеспечения эффективного решения связанных с бедствием задач<sup>85</sup>. Федеральное агентство Соединенных Штатов по чрезвычайным ситуациям определило готовность к бедствиям «в качестве постоянного цикла планирования, организации, обучения, оснащения, подготовки, оценки и принятия мер по исправлению положения в рамках усилий, направленных на эффективную координацию в ходе реагирования на инцидент»<sup>86</sup>.

39. Термин «смягчение последствий» часто упоминается в большинстве документов, касающихся уменьшения опасности бедствий, наряду с обеспечением готовности<sup>87</sup>. Генеральная Ассамблея установила в качестве одной из целей Международного десятилетия по уменьшению опасности стихийных бедствий задачу, заключающуюся в повышении способности «каждой страны оперативно и эффективно смягчать последствия стихийных бедствий»<sup>88</sup>. С точки зрения конкретных мер смягчение последствий стало пониматься как мера, направленная на структурные или неструктурные меры для ограничения неблагоприятных последствий бедствия<sup>89</sup>.

40. Поскольку, по определению, смягчение последствий и обеспечение готовности предполагают принятие мер с начала бедствия, они надлежащим образом могут рассматриваться в качестве конкретных проявлений всеохватного принципа предотвращения, который лежит в основе международного права. Этот принцип отражен в Уставе Организации Объединенных Наций, в котором было заявлено, что основная цель Организации Объединенных Наций заключается в том, чтобы «поддерживать международный мир и безопасность и с этой целью принимать эффективные коллективные меры для предотвращения и устранения угрозы миру»<sup>90</sup>. В своих принятых в 2001 году проектах статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности Комиссия отметила

<sup>77</sup> См. проекты статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 179, пункт 98.

<sup>78</sup> A/CN.4/590 и Add.1–3 (размещен на веб-сайте Комиссии, документы шестидесятой сессии; окончательный текст будет опубликован в качестве добавления к *Ежегоднику... 2008 год*, том II (часть первая)), пункт 24.

<sup>79</sup> Резолюция 42/169 Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 1987 года, пункт 4 а).

<sup>80</sup> A/CN.4/590 и Add.1–3 (сноска 78 выше), пункт 27.

<sup>81</sup> UNISDR, *2009 UNISDR Terminology on Disaster Risk Reduction* (Geneva, 2009), p. 18.

<sup>82</sup> Drakopoulos and Tassos, «Earthquakes and their social, economic and legal implications», p. 183.

<sup>83</sup> Резолюция 46/182 Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 1991 года, приложение, пункт 18.

<sup>84</sup> См. сноску 80 выше.

<sup>85</sup> Sutton and Tierney, «Disaster preparedness: concepts, guidance and research».

<sup>86</sup> См. <https://training.fema.gov/programs/emischool/el361/toolkit/preventionresources.htm>.

<sup>87</sup> Резолюция 46/182 Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 1991 года, приложение, раздел III.

<sup>88</sup> Резолюция 44/236 Генеральной Ассамблеи от 22 декабря 1989 года, приложение, пункт 2 а).

<sup>89</sup> См. International Strategy for Disaster Reduction, *Living with Risk: A Global Review of Disaster Reduction Initiatives, 2004 version*, vol. I (United Nations publication, Sales No. GV.E.03.0.2), p. 17.

<sup>90</sup> Статья 1, пункт 1.

существование «хорошо разработанного принципа предотвращения» в связи с этим международным аспектом техногенных бедствий<sup>91</sup>. Комиссия прямо сослалась на Декларацию Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды (Стокгольмская декларация)<sup>92</sup>, Рио-де-Жанейрскую декларацию по окружающей среде и развитию<sup>93</sup> и резолюцию 2995 (XXVII) от 15 декабря 1972 года<sup>94</sup> Генеральной Ассамблеи и пришла к выводу о том, что

предотвращение трансграничного вреда окружающей среде, людям и имуществу принято в качестве одного из важных принципов во многих многосторонних договорах, касающихся охраны окружающей среды, аварий на атомных электростанциях, космических объектов, международных водотоков, удаления опасных отходов и предупреждения загрязнения морской среды<sup>95</sup>.

41. О поддержке существования международно-правового обязательства предотвращать ущерб, как в его горизонтальной, так и вертикальной плоскостях (см. пункт 36 выше), свидетельствуют международные стандарты в сфере прав человека и нормы в области экологического права.

#### 1. ПРАВО В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

42. В своем предварительном докладе Специальный докладчик особо подчеркнул, что «государства несут постоянное универсальное обязательство обеспечивать защиту лиц, находящихся на их территории, в силу различных международных договоров в области прав человека и обычного международного права прав человека»<sup>96</sup>. Он далее напомнил о том, что «каждое право человека, как известно, влечет за собой три уровня обязательств со стороны государства»<sup>97</sup>: обязанность соблюдать (т. е. воздерживаться самому от нарушения), защищать (т. е. защищать права лиц от нарушений со стороны третьих сторон) и выполнять (т. е. принимать целенаправленные меры для расширения доступа к реализации этого права)<sup>98</sup>. Однако защита связана не только с действительными нарушениями прав человека, но и с обязательством государств по их предотвращению<sup>99</sup>.

43. Это позитивное обязательство предотвращать нарушения прав человека в четко выраженной форме закреплено в статье 1 Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него и в статье 2 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

44. Кроме того, в Международном пакте о гражданских и политических правах устанавливается позитивное обязательство государств уважать права человека всех лиц, находящихся под их юрисдикцией, без какой-либо дискриминации и обеспечивать их соблюдение<sup>100</sup>. В статье 2, пункты 2 и 3 *a)–b)*, Пакта содержится указание на обязательство готовиться к нарушениям прав человека и смягчать их последствия. Статья 2, пункт 2, была охарактеризована как статья, связанная с «превентивными мерами, направленными на обеспечение необходимых условий для беспрепятственной реализации прав, закрепленных в Пакте»<sup>101</sup>. Предотвращение нарушений прав человека было охарактеризовано в качестве «выявления и ликвидации коренных причин, ведущих к нарушениям прав человека»<sup>102</sup>. Что касается пыток, то было отмечено, что нарушение права на то, чтобы не подвергаться пыткам, является «заключительным звеном в длинной цепи, которая начинается тогда, когда проявляется несерьезное отношение к уважению человеческого достоинства; их нарушение предполагает определение цепочек звена, которое предшествует пыткам и разрыву цепочки до тех пор, пока не определено последнее ее звено»<sup>103</sup>.

45. В более конкретном плане Межамериканский суд по правам человека сформулировал юридическое обязательство государств принимать разумные меры, направленные на предотвращение нарушения прав человека следующим образом:

Эта обязанность предотвращать включает в себя все средства юридического, политического, административного и культурного характера, которые содействуют защите прав человека и обеспечению того, чтобы все нарушения прав человека учитывались и рассматривались в качестве незаконных деяний, которые в качестве таковых влекут за собой ответственность виновных и предусматривают обязанность выплаты потерпевшим возмещения за понесенный ущерб. Не представляется возможным составить подробный перечень всех таких мер, поскольку они варьируются с учетом действующего законодательства и существующих условий в каждом государстве-участнике<sup>104</sup>.

46. Кроме того, в своем предварительном докладе Специальный докладчик привел примеры, связанные с правами человека в случае бедствий, такими правами, как право на жизнь, питание, здоровье и медицинское обслуживание, на водоснабжение, на достаточное жилище, одежду и санитарные услуги и право на недискриминацию<sup>105</sup>. Защита этих прав в случае бедствий распространяется на принятие мер, направленных на предотвращение и смягчение их последствий. Каждое из этих прав должно также толковаться в свете обязанности государства уважать

<sup>91</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 180, пункт 4) общего комментария.

<sup>92</sup> Там же.

<sup>93</sup> Там же, пункт 3) общего комментария.

<sup>94</sup> Там же, пункт 4) общего комментария.

<sup>95</sup> Там же, пункт 5) общего комментария.

<sup>96</sup> *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/598, стр. 175, пункт 25.

<sup>97</sup> Там же, стр. 176, пункт 26.

<sup>98</sup> Fisher, *Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study*, p. 34.

<sup>99</sup> Van Boven, «Prevention of human rights violations», p. 191.

<sup>100</sup> Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, p. 37, art. 2, para. 18.

<sup>101</sup> Kriebaum, «Prevention of human rights violations», p. 156.

<sup>102</sup> Nowak and Suntinger, «International mechanisms for the prevention of torture», p. 146.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, judgement of 29 July 1988, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 4, para. 175; см. также para. 174.

<sup>105</sup> *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/598, стр. 175–176, пункт 26.

их и обеспечивать их соблюдение<sup>106</sup>. Обязательство уважать требует, чтобы государства не принимали каких-либо мер, которые могут привести к тому, что физические лица не смогут осуществлять или реализовывать свои права. Обязательство обеспечивать требует того, чтобы государства принимали целенаправленные меры для того, чтобы государственные органы и третьи стороны не могли нарушать права того или иного индивида. Таким образом, международное обязательство предотвращать бедствия и смягчать их последствия вытекает из универсального обязательства государств обеспечивать соблюдение таких прав, как право на жизнь, продовольствие, одежду и жилье. Такая международная обязанность предотвращать стихийные бедствия и смягчать их последствия основывается на международных стандартах в области прав человека, которые были определены еще в 1978 году<sup>107</sup>.

47. В статье 6 Международного пакта о гражданских и политических правах запрещается произвольное лишение жизни, что сопряжено с обязательствами государств целенаправленно защищать право на жизнь. Комитет по правам человека уже указал, что положения статьи 6 требуют от государств предотвращать некоторые несущие угрозу жизни и предсказуемые стихийные бедствия. В своем общем комментарии относительно статьи 6 Комитет заявил, что было бы желательным, чтобы государства принимали целенаправленные меры для уменьшения показателя смертности, включая меры «по борьбе с голодом и эпидемиями»<sup>108</sup>. В данном случае Комитет совершенно определенно имел в виду такие стихийные бедствия, включая, например, крайние случаи недостаточного питания (например, голод) как подпадавшие под определение стихийного бедствия, разработанного Комиссией в статье 3<sup>109</sup>. Права, предусмотренные Пактом, также согласуются с теми правами, которые закреплены во Всеобщей декларации

<sup>106</sup> См., например, статью 2, пункт 1, Международного пакта о гражданских и политических правах.

<sup>107</sup> См. Samuels, «The relevance of international law in the prevention and mitigation of natural disasters», pp. 245 and 248 («Как минимум, признанное право на надлежащий уровень жизни, включая достаточное продовольственное обеспечение, одежду и жилье, должно быть сопряжено с юридическим обязательством государства помогать другим во время стихийного бедствия, юридическим обязательством государства готовиться к оказанию чрезвычайной помощи в случае стихийного бедствия на своей собственной территории и принимать превентивные меры с тем, чтобы свести к минимуму страдания в результате стихийных бедствий»). См. также Hand, «Disaster prevention presentation, from SCJIL symposium 2003», pp. 147 and 159–161.

<sup>108</sup> Доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать седьмая сессия, Дополнение № 40 (A/37/40)*, приложение V, замечание общего порядка № 6 (статья 6) о праве на жизнь, стр. 115, пункт 5 («Кроме того, Комитет отмечает, что праву на жизнь слишком часто дается узкое толкование. Выражение "неотъемлемое право на жизнь" не может быть правильно понято, если его толковать ограниченно, и защита этого права требует от государств принятия конструктивных мер. В этой связи Комитет считает, что было бы желательно, чтобы государства-участники приняли все возможные меры для снижения детской смертности и увеличения ожидаемой продолжительности жизни, особенно путем принятия мер по борьбе с голодом и эпидемиями»).

<sup>109</sup> Что касается обсуждений вопроса о голоде и недостаточном питании, то см. Garcia, «Famine as a catastrophe: the role of international law», p. 229.

прав человека. Согласно статье 3 Декларации, «каждый человек имеет право на жизнь, на свободу и на личную неприкосновенность»<sup>110</sup>. Согласно статье 25, пункт 1:

Каждый человек имеет право на такой жизненный уровень, включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и необходимое социальное обслуживание, который необходим для поддержания здоровья и благосостояния его самого и его семьи, и право на обеспечение в случае безработицы, болезни, инвалидности, вдовства, наступления старости или иного случая утраты средств к существованию по независящим от него обстоятельствам<sup>111</sup>.

Разумеется, что бедствия – это определенные ситуации, в которых физическое лицо может столкнуться с «обстоятельствами, не подконтрольными ему»<sup>112</sup>.

48. Кроме того, в статье 11, пункт 1, Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах признается «право каждого на достаточный жизненный уровень для него самого и его семьи, включающий достаточное питание, одежду и жилище, и на непрерывное улучшение условий жизни». В случае бедствия государство обязано гарантировать жизненный уровень каждого человека посредством смягчения его последствий<sup>113</sup>. Такое юридическое обязательство в отношении оказания помощи в случае бедствия уже было подтверждено в 1977 году также при рассмотрении вопроса об «экономической, социальной и политической заинтересованности всех стран в скорейшем смягчении гуманитарных последствий того или иного стихийного бедствия во всем мире»<sup>114</sup>. Разумеется, что предусмотренный в Пакте режим претерпевает прогрессивную эволюцию<sup>115</sup>, что означает, что обязательство государства выполнять положения статьи 11 отчасти зависит от уровня его экономического развития<sup>116</sup>.

49. В Конвенции о правах ребенка также признается «право каждого ребенка на уровень жизни, необходимый для физического, умственного, духовного, нравственного и социального развития ребенка»<sup>117</sup>. Государства – участники Конвенции обязаны принимать «необходимые меры по оказанию помощи

<sup>110</sup> Резолюция 217 (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года.

<sup>111</sup> Там же.

<sup>112</sup> Kent, «The human right to disaster mitigation and relief», p. 137.

<sup>113</sup> Что касается мнения в поддержку того, что это право человека предполагает обязательство смягчать последствия, то см. Nicoletti, «The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States», p. 194. См. также Hand, «Disaster prevention presentation», pp. 147 and 159.

<sup>114</sup> Green, *International Disaster Relief: Towards a Responsive System*, p. 66.

<sup>115</sup> См. статью 2.

<sup>116</sup> Сама по себе прогрессивная эволюция не чужда концепции предотвращения в международном праве. В комментарии к проектам статей Комиссии о предотвращении трансграничного вреда отмечалось, что «экономический уровень государств относится к числу факторов, которые следует принимать во внимание при решении вопроса о том, соблюдает ли государство свои обязательства в плане должной осмотрительности» и что «уровень экономического развития государства не освобождает государство от выполнения им своего обязательства по этим статьям». См. *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 185, пункт 13) комментарий к статье 3.

<sup>117</sup> Статья 27, пункт 1.

родителям» в осуществлении их главной ответственности за осуществление этого права, «особенно в отношении обеспечения питанием»<sup>118</sup>.

50. Вопрос о существовании обязательства смягчать последствия недавно был рассмотрен в контексте изменения климата, в частности при разработке основного комплекса минимальных порогов или основных стандартов в области прав человека, которые надлежит учитывать при решении вопросов, касающихся изменения климата<sup>119</sup>. Кроме того, в плане обеспечения готовности была высказана идея о том, что правовые нормы, касающиеся общественного здравоохранения «предполагают принятие законов, поощряющих или требующих обеспечение готовности в случае бедствий»<sup>120</sup>.

51. В международной судебной практике недавно стал применяться подход, изложенный в общем виде в настоящем разделе, при этом Европейский суд по правам человека в явно выраженной форме признал, что право на жизнь требует, чтобы государства принимали все надлежащие меры для предотвращения как стихийных, так и антропогенных бедствий<sup>121</sup>. В двух поворотных делах Суд признал, что непринятие практически возможных мер, которые предотвратили бы или смягчили бы последствия предсказуемых бедствий, равнозначно нарушению права на жизнь и поэтому влечет за собой ответственность государства по международному праву<sup>122</sup>. В деле *Öneriyildiz* в результате взрыва метана на публичной свалке, расположенной на склоне над аллеей в Стамбуле, были разрушены 10 хижин в непосредственной близости от свалки и погибли 39 человек. Эксперты предупреждали турецкие власти об опасности такого взрыва еще за два года, однако каких-либо мер принято не было. Что касается дела *Будаева*, то в горном поселке в Российской Федерации произошел грязевой оползень, из-за которого погибли несколько человек и были разрушены многие строения. Хотя поселок был защищен дамбами, они очень сильно пострадали от особенно мощных грязевых оползней в 1999 году и после этого не ремонтировались, несмотря на предупреждения Высокогорного геофизического института. За две недели до грязевого оползня Институт информировал местное управление Министерства Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий (МЧС России) о неминуемой угрозе нового бедствия и потребовало развернуть наблюдательные пункты в верхнем

течении реки и объявить в случае необходимости предупреждение о чрезвычайной ситуации. Ни одна из предложенных мер принята не была.

52. При толковании статьи 2 Европейской конвенции по правам человека, которая предусматривает право на жизнь с использованием почти идентичных формулировок статьи 6 Международного пакта о гражданских и политических правах, Суд в решении *Öneriyildiz* подтвердил, что право на жизнь «касается не только смерти в результате применения силы агентами государства, но и... предусматривает позитивное обязательство государства принимать надлежащие меры для гарантирования жизни людей, подпадающих под его юрисдикцию», и подчеркнул, что «это позитивное обязательство прежде всего сопряжено с главной обязанностью государства устанавливать законодательные и административные рамки, призванные обеспечить эффективное сдерживание в отношении угроз праву на жизнь»<sup>123</sup>. В своем принятом в 2008 году решении по делу *Будаева* Суд пришел к следующему выводу:

Что касается оказания помощи в чрезвычайной ситуации, когда государство непосредственно занимается защитой жизни людей посредством уменьшения последствий природных бедствий, эти соображения должны учитываться, поскольку обстоятельства того или иного конкретного дела указывают на неминуемость природной опасности, которая поддавалась идентификации, особенно, когда она касалась периодически возникающих катастроф, затрагивающих конкретный район, где живут люди или который они используют... Сфера охвата позитивных обязательств, возлагаемых на государства в тех или иных конкретных обстоятельствах, будет зависеть от характера угрозы и той степени, в которой та или иная опасность поддается смягчению последствий<sup>124</sup>.

53. Поэтому государство несет материальную ответственность, когда оно игнорирует свою обязанность принимать превентивные меры, когда угроза стихийного бедствия является четко определимой и у него имеются эффективные средства для уменьшения опасности<sup>125</sup>. Эти два решения, касающиеся обязанности предотвращать бедствия и смягчать их последствия, являются релевантными по ряду причин. Во-первых, Суд сформулировал одну и ту же обязанность относительно стихийных и антропогенных бедствий. Во-вторых, Суд признал вину Турции и Российской Федерации за непринятие «надлежащих мер» для предотвращения вреда, что согласуется с обязательством, предусмотренным в различных международных документах, о том, чтобы государства принимали «надлежащие» или «необходимые» меры по уменьшению опасности бедствия. В-третьих, эти дела предполагают, что обязанность государства возникает, когда бедствия становятся предсказуемыми, что согласуется с требованием о предсказуемости и принципом должной осмотрительности<sup>126</sup>.

<sup>118</sup> Статья 27, пункт 3.

<sup>119</sup> McInerney-Lankford, Darrow and Rajamani, *Human Rights and Climate Change: A Review of the International Legal Dimensions*, p. 30.

<sup>120</sup> Feinberg, «Hurricane Katrina and the public health-based argument for greater federal involvement in disaster preparedness and response», p. 598.

<sup>121</sup> См. Kälin and Dale, «Disaster risk mitigation – why human rights matter», p. 38.

<sup>122</sup> См. ECHR, *Öneriyildiz v. Turkey* [GC], application No. 48939/99, judgment of 30 November 2004, *Reports of Judgments and Decisions* 2004-XII, и *Budayeva and Others v. Russia*, application Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, judgment of 20 March 2008 (выдержки).

<sup>123</sup> *Öneriyildiz*, para. 71, и *Budayeva*, para. 129 (см. предыдущую сноску).

<sup>124</sup> *Budayeva* (сноска 122 выше), para. 137.

<sup>125</sup> Kälin and Dale, «Disaster risk mitigation – why human rights matter», p. 39.

<sup>126</sup> См. пункт 61 ниже.

## 2. ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

54. На государствах лежит обязательство не наносить экологический вред *in genere* и обеспечивать, чтобы деятельность, осуществляемая под их юрисдикцией, не наносила вреда экологической среде или районам, находящимся под юрисдикцией другого государства. Обязанность предотвращать, предусмотренная международным экологическим правом, охватывает оба этих обязательства<sup>127</sup>. Предотвращение в экологическом контексте основывается на принципе общего права *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Как заявил МС в решении по делу *Пролив Корфу*, этот принцип прочно утвердился в международном праве<sup>128</sup> и был применен еще в 1941 году в ходе арбитражного разбирательства по делу *Плавильный завод в Трейле*<sup>129</sup>. Первое четкое изложение принципа предотвращения в области международного экологического права можно найти в принципе 21 Декларации Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды, в котором говорится следующее:

В соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций и принципами международного права государства имеют суверенное право разрабатывать свои собственные ресурсы согласно своей политике в области окружающей среды и несут ответственность за обеспечение того, чтобы деятельность в рамках их юрисдикции или контроля не наносила ущерба окружающей среде других государств или районов за пределами действия национальной юрисдикции<sup>130</sup>.

55. Принцип 2 Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию полностью отражает принцип 21, и в нем также признается, что государство обладает суверенным правом использовать свои собственные ресурсы согласно своей политике в области развития<sup>131</sup>. Принцип 11 Рио-де-Жанейрской декларации основывается на этом обязательстве, добавляя к нему то, что государства должны принимать законодательные и административные стратегические меры, призванные предотвращать трансграничный вред или смягчать его последствия<sup>132</sup>.

56. Этот принцип был подтвержден в принятом в 1996 году МС консультативном заключении относительно *Законности угрозы ядерным оружием или его применения* следующим образом: «Существующее общее обязательство государств по обеспечению того, чтобы при осуществлении деятельности на

территории под их юрисдикцией и контролем учитывалось состояние окружающей среды других государств или районов за пределами национального контроля, является частью свода норм международного права в отношении окружающей среды»<sup>133</sup>.

57. Со временем основные формулировки принципа предотвращения использовались для привлечения государств к ответственности за непринятие мер, необходимых для предотвращения трансграничного вреда. Например, в деле *Проект «Габчиково – Надьмарош»* МС призвал обе стороны «по-новому взглянуть на последствия для окружающей среды функционирования электростанции Габчиково» на реке Дунай<sup>134</sup>. С учетом «новых норм и стандартов» Суд пришел к выводу о том, что по меньшей мере в области защиты окружающей среды «необходимы бдительность и предотвращение» с учетом зачастую необратимого характера ущерба окружающей среде и ограничений, имманентно присущих самому механизму возмещения такого рода ущерба<sup>135</sup>. Аналогичным образом в деле *Целлюлозные заводы на реке Уругвай* Суд пришел к выводу о том, что принцип предотвращения является частью международного обычного права и что поэтому государство должно использовать все имеющиеся в его распоряжении средства, с тем чтобы предотвращать деятельность, которая осуществляется на его территории или в любом районе под его юрисдикций и наносит значительный ущерб окружающей среде другого государства<sup>136</sup>.

58. Генеральная Ассамблея в своей резолюции 37/7 от 28 октября 1982 года приняла Всемирную хартию природы, в которой указывалось, что предотвращение является одним из ее основополагающих принципов. Ассамблея напомнила о своей убежденности в том, что «те блага, которые можно получить от природы, зависят от сохранения естественных процессов и от разнообразия форм жизни и что эти блага оказываются под угрозой в результате чрезмерной эксплуатации и разрушения природных сред обитания».

59. Как уже указывалось, в 2001 году Комиссия указала на «хорошо разработанный принцип предотвращения» в контексте трансграничного экологического вреда<sup>137</sup>. В статье 3 проектов статей о предотвращении трансграничного вреда в результате опасной деятельности требуется, чтобы все государства принимали «надлежащие меры для предотвращения значительного трансграничного вреда или в любом случае минимизации его риска»<sup>138</sup>. Устанавливая такую обя-

<sup>127</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, separate opinion by Judge Cançado Trindade, at p. 159, para. 59.

<sup>128</sup> *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment of 9 April 1949, I.C.J. Reports 1949, p. 4, at p. 22.

<sup>129</sup> *Trail Smelter case (United States of America v. Canada)*, UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1905.

<sup>130</sup> Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды, Стокгольм, 5–16 июня 1972 года, A/CONF.48/14/Rev.1 (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.73.П.А.14), стр. 6, принцип 21.

<sup>131</sup> Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 года, том I, Резолюции, принятые Конференцией (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.93.1.8 и исправление), резолюция 1, приложение I, принцип 2.

<sup>132</sup> Там же, принцип 11.

<sup>133</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 241, para. 29.

<sup>134</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 78, para. 140.

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay* (сноска 127 выше), para. 101 (цитируется пункт 22 решения по делу *Corfu Channel* (сноска 128 выше) и консультативное заключение МС относительно *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 133 выше)).

<sup>137</sup> Проекты статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 180, пункт 4) общего комментария.

<sup>138</sup> Там же, стр. 186. Предотвращение также является предпочтительным методом установления общей и материальной ответственности государства за трансграничный вред. В своем первом



занность, Комиссия основывалась на принципе *sic utere tuo ut alienum non laedas*, конкретизируя далее «ограничения в отношении свободы государств, отраженные в принципе 21» Декларации Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды. В статье 3 на государства налагается обязательство «принять и применять национальное законодательство, содержащее признанные международные нормы»<sup>139</sup> и принимать законодательные, административные или другие меры, необходимые для осуществления законов, административных решений и политики<sup>140</sup>. Принцип предотвращения также придает силу статье 7 об оценке риска, статье 8 об обязанности уведомлять, статье 9 об обязанности консультироваться с затронутыми государствами относительно превентивных мер и статье 16 о готовности к чрезвычайным ситуациям. В комментарии к статье 16 даже признается «обязанность предотвращать экологические бедствия»<sup>141</sup>.

60. Как МС, так и Комиссия согласны с тем, что принцип предотвращения проистекает из двух следующих разных, но взаимосвязанных обязательств государств: должная осмотрительность и принцип предосторожности<sup>142</sup>.

#### а) Должная осмотрительность

61. Принцип должной осмотрительности является утвердившимся принципом международного права, и на него ссылаются как на один из его «базовых принципов»<sup>143</sup>. Он ассоциируется с принципом ответственности со ссылкой на основополагающие нормы в рамках «режима ответственности за нарушение обязательств проявлять должную осмотрительность»<sup>144</sup>. Что касается действий или бездействия негосударственных субъектов, то уже в начале двадцатого столетия отмечалось, что «государство может нести ответственность за то, что оно не проявляет должной осмотрительности в плане предотвращения таких деяний или бездействия или реагирования на них»<sup>145</sup>.

докладе по вопросу о предотвращении трансграничного ущерба от опасных видов деятельности Специальный докладчик Пеммараджу Шриниваса Рао заявил, что «как стратегия предотвращения в любом случае лучше, чем ликвидация последствий» и что «эта стратегия проверена временем и широко используется многими развитыми и промышленно развитыми странами для управления отрицательными последствиями их экономического роста и даже для уменьшения воздействия или ликвидации таких последствий» (*Ежегодник... 1998 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/487 и Add.1, стр. 216, пункт 32).

<sup>139</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 186, пункты 2) и 4) комментария к статье 3.

<sup>140</sup> Там же, пункт 6).

<sup>141</sup> Там же, стр. 204, пункт 1) комментария к статье 16.

<sup>142</sup> Там же, стр. 187–188, пункты 7)–18) комментария к статье 3.

<sup>143</sup> Condorelli, «The imputability to States of acts of international terrorism», pp. 240–242. См. также Pisillo-Mazzeschi, «The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States», pp. 9–51.

<sup>144</sup> Pisillo-Mazzeschi, «Forms of international responsibility for environmental harm», pp. 15–16.

<sup>145</sup> Hessbruegge, «The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law», p. 268, со ссылкой на Amos Shartle Hershey, *The Essentials of International Public Law*, New York, Macmillan Company, 1918, p. 162. См. также Barnidge, «The due diligence principle under international law», pp. 81–121.

Должная осмотрительность в части, касающейся предотвращения в экологическом контексте, была определена как использование среди прочего «наилучших практически применимых средств»<sup>146</sup> или «всех надлежащих и эффективных мер»<sup>147</sup>. Как указал МС в решении по делу *Целлюлозные заводы на реке Уругвай*, обязательство «предотвращать загрязнение», предусмотренное Договором между Уругваем и Аргентиной было «обязательством проявлять должную осмотрительность в отношении всех видов деятельности, которые осуществляются под юрисдикцией и контролем каждой стороны»<sup>148</sup>.

62. Обязательство проявлять должную осмотрительность является стандартной основой с точки зрения предотвращения<sup>149</sup>. Это обязательство является скорее обязательством поведения, чем результата; обязанность проявлять должную осмотрительность не может гарантировать полное предотвращение значительного вреда, однако государство должно делать все от него зависящее для сведения опасности к минимуму<sup>150</sup>. В этом смысле обязанность проявлять должную осмотрительность является основным обязательством в рамках принципа предотвращения<sup>151</sup>, и формула, предусматривающая обязательство государств принимать «все необходимые или надлежащие меры» (например, статья 3 проектов статей о трансграничном вреде), зачастую используется для констатации этого обязательства проявлять должную осмотрительность<sup>152</sup>. Должная осмотрительность проявляется в форме усилий государств, направленных на осуществление и обеспечение выполнения законодательных актов и административных предписаний, касающихся предотвращения<sup>153</sup>. Должная осмотри-

<sup>146</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, статья 194, пункт 1.

<sup>147</sup> Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте, статья 2, пункт 1.

<sup>148</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay* (см. сноску 127 выше), p. 79, para. 197.

<sup>149</sup> Предотвращение трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 187, пункт 8) комментария к статье 3.

<sup>150</sup> Там же, пункт 7).

<sup>151</sup> В своем втором докладе о международной ответственности за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом (предотвращение трансграничного ущерба от опасных видов деятельности), Специальный докладчик Пеммараджу Шриниваса Рао отмечает, что «обязанность предотвращения, которая является обязательством поведения, в основном рассматривается как обязанность проявлять должную осмотрительность» и что «любой вопрос, касающийся осуществления или обеспечения выполнения обязанности предотвращения, обязательно должен касаться содержания этого обязательства, а поэтому – степени осмотрительности, которую следует проявлять государствам» (*Ежегодник... 1999 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/501, стр. 144, пункт 18).

<sup>152</sup> Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов, статья 1; Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, статья 194; и Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий, статья 3. См. также Romano, «L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», p. 389. См., в частности, Nicoletti, «The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States?».

<sup>153</sup> Проекты статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 187, пункт 10) комментария к статье 3.

тельность была воспринята государствами в качестве соответствующей «нынешним реальностям практики государств и международному праву»<sup>154</sup>. Придя к такому выводу, Комиссия полагалась на несколько международных конвенций по экологическим вопросам, в которых содержались обязательства принимать меры или, в более конкретном плане, выполнять договорные обязательства в рамках законодательства и административных постановлений<sup>155</sup>. Поэтому, хотя термин «должная осмотрительность» не используется в международных экологических конвенциях, признано, что во многих договорах по вопросам морского права, загрязнения морской среды, защиты озонового слоя, оценки экологического воздействия и использования трансграничных водотоков и международных озер такое обязательство отражено<sup>156</sup>.

63. Обязательство проявлять должную осмотрительность имеет две следующие главные характеристики: степень рассматриваемой заботы, которая ожидается от «добросовестного правительства», и требуемая степень заботы, пропорциональная также степени опасности соответствующей деятельности<sup>157</sup>. Что касается стандарта «добросовестного правительства», то, по мнению Комиссии:

Основные элементы обязательства проявлять должную осмотрительность в связи с обязанностью применять превентивные меры можно тогда сформулировать следующим образом: речь идет о такой степени осмотрительности, которую можно ожидать от правительства, добросовестно исполняющего свои обязанности. Такое правительство должно располагать правовой системой и достаточными ресурсами для содержания надлежащего административного аппарата, обеспечивающего контроль и наблюдение за соответствующей деятельностью. Вместе с тем подразумевается, что степень осмотрительности, которую, как ожидается, проявят государства с хорошо развитой экономикой и значительными людскими и материальными ресурсами, обладающие высокоразвитыми системами и структурами управления, будет иной, чем та, которую могут обеспечивать государства, находящиеся в менее выгодном положении<sup>158</sup>.

64. По мнению Комиссии, с учетом критерия «добросовестного правительства» экономический уровень развития государств является одним из факторов, который надлежит учитывать при определении того, выполнило ли государство свои обязательства проявлять должную осмотрительность<sup>159</sup>. Однако, согласно существующему пониманию, уровень

экономического развития того или иного государства не может освободить его от обязательства в этой связи и фактически ожидается, что оно «будет проявлять осмотрительность, задействует имеющуюся у него инфраструктуру и обеспечит контроль за опасными видами деятельности на его территории, поскольку это является естественной обязанностью любого государства»<sup>160</sup>. Что касается стандарта соразмерности, то степень осмотрительности со стороны государства соразмерна степени вреда, с которым сопряжена опасность. Сама опасность должна быть предвидимой, и государство должно знать или должно было узнать о том, что степень опасности является значительной<sup>161</sup>.

65. Европейский суд по правам человека также сформулировал обязанность предотвращения в качестве обязанности проявлять должную осмотрительность. В решении по делу *Öneryildiz* Суд признал, что на турецких властях лежало позитивное обязательство о предотвращении, когда они «знали или могли знать, что существует реальная и непосредственная опасность по отношению к нескольким лицам»<sup>162</sup>, а в решении по делу *Будаева* он признал, что «непринятие мер, которые были необходимыми и достаточными для предотвращения рисков, присущих опасной деятельности»<sup>163</sup> равнозначно нарушению права на жизнь, согласно статье 2 Европейской конвенции по правам человека. Аналогичным образом в решении по делу *Будаева* Суд пришел к выводу о том, что с учетом повышения степени опасности грязевых оползней «можно было в разумной степени предполагать, что власти признают повышение опасности инцидентов в случае грязевого оползня в этом году, и проявить всю возможную осмотрительность для информирования гражданских лиц и принятия заблаговременных мер для эвакуации в случае стихийных бедствий»<sup>164</sup>. Тем не менее в решении по делу *Öneryildiz*, Суд признал, что «невыносимое или непропорциональное бремя не должно ложиться на власти без учета, в частности, оперативных вариантов, которые они могли использовать с точки зрения приоритетов и ресурсов»<sup>165</sup>. В решении по делу *Будаева* Суд отметил, что «это соображение должно учитываться даже в большей степени с точки зрения оказания помощи в чрезвычайной ситуации в случае метеорологического явления, которое как таковое не поддается контролю со стороны людей и не подпадает под категорию опасной деятельности техногенного характера»<sup>166</sup>. Однако предусмотрение возможности принятия различных мер с учетом конкретного потенциала и приоритетов государства не освобождает государство от его обязанности предотвращать опасность и «делать все от него зависящее для защиты [людей] от непосредственной и известной опасностей, которым они подвергаются»<sup>167</sup>.

<sup>154</sup> *Ежегодник... 2000 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/510, стр. 140, пункт 10.

<sup>155</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 187, пункт 8) комментария к статье 3, сноска 880 (где цитируется Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, статья 194, пункт 1; Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов, статьи I, II и VII, пункт 2; Венская конвенция об охране озонового слоя, статья 2; Конвенция по регулированию освоения минеральных ресурсов Антарктики, статья 7, пункт 5; Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте, статья 2, пункт 1; и Конвенция по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер, статья 2, пункт 1).

<sup>156</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 187, пункт 8) комментария к статье 3.

<sup>157</sup> *Ежегодник... 2000 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/510, стр. 143, пункт 20.

<sup>158</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 188, пункт 17) комментария к статье 3.

<sup>159</sup> Там же. См. также *Ежегодник... 2000 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/510, стр. 144, пункт 23.

<sup>160</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 188, пункт 17) комментария к статье 3.

<sup>161</sup> Там же, пункт 18).

<sup>162</sup> *Öneryildiz* (сноска 122 выше), para. 101.

<sup>163</sup> *Budayeva* (сноска 122 выше), para. 140.

<sup>164</sup> *Ibid.*, para. 152.

<sup>165</sup> *Öneryildiz* (сноска 122 выше), para. 107.

<sup>166</sup> *Budayeva* (сноска 122 выше), para. 135.

<sup>167</sup> *Öneryildiz* (сноска 122 выше), para. 109.

### б) Принцип предосторожности

66. Согласно нормам международного экологического права, «принцип предосторожности» связан с более общим предотвращением экологического вреда (в том числе в пределах национальных границ и, по существу, порождает поддающуюся оспариванию презумпцию о том, что та или иная мера или стратегия сопряжена с предполагаемым риском причинения ущерба общественности или окружающей среде при отсутствии доказательств того, что она не создает такую опасность<sup>168</sup>. В Рио-де-Жанейрской декларации этот принцип был впервые сформулирован следующим образом:

В целях защиты окружающей среды государства в соответствии со своими возможностями широко применяют принцип принятия мер предосторожности. В тех случаях, когда существует угроза серьезного или необратимого ущерба, отсутствие полной научной уверенности не используется в качестве причины для отсрочки принятия экономически эффективных мер по предупреждению ухудшения состояния окружающей среды<sup>169</sup>.

Принцип предосторожности сопряжен с двумя следующими главными элементами: «Осведомленность о наличии или постоянном существовании опасности и осведомленность о научной неопределенности относительно затрагиваемого вопроса»<sup>170</sup>.

67. В комментарии к статье 3 проектов статей о предотвращении трансграничного вреда признается, что обязанность предотвращать сопряжена с принятием таких мер, которые являются надлежащими в плане проявления значительного внимания даже в том случае, если отсутствует полная научная определенность, с тем чтобы избежать серьезного или необратимого ущерба или предотвратить его<sup>171</sup>. В комментарии к проектам статей 7 и 10 содержится выраженный в явной форме вывод о том, что принцип предосторожности стал общим принципом экологического права<sup>172</sup>.

68. Этот принцип в явно выраженной форме был отражен в нескольких международных конвенциях, таких как Бамакская конвенция о запрещении ввоза в Африку и контроле за трансграничной перевозкой или утилизацией в Африке опасных отходов (статья 4, пункт 3), Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата (статья 3, пункт 3), Договор, учреждающий Европейское сообщество, с поправками, внесенными в него Амстердамским договором (статья 174 (бывшая статья 130 r)), и Венская конвенция о защите озонового слоя (статья 2)<sup>173</sup>.

<sup>168</sup> См., например, принцип 15 Рио-де-Жанейрской декларации (сноска 131 выше).

<sup>169</sup> Там же.

<sup>170</sup> См. *Pulp Mills on the River Uruguay* (сноска 127 выше), separate opinion by Judge Cançado Trindade, at p. 159, para. 62. См. также Trouwborst, *Precautionary Rights and Duties of States*.

<sup>171</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 188, пункт 14) комментария к статье 3.

<sup>172</sup> Там же, стр. 197–198, пункты 6)–7) комментария к статье 10.

<sup>173</sup> Там же, пункт 7).

69. С 90-х годов утверждалось, что принцип предосторожности стал одним из принципов «обычного международного экологического права или даже общим принципом международного обычного права»<sup>174</sup>. В своем особом мнении, приложенном к решению МС по делу *Целлюлозные заводы на реке Уругвай*, судья ad hoc Виньюеса пришел к выводу о том, что принцип предосторожности, «несомненно, является основой экологического права», и заявил, что, «по его мнению, принцип предосторожности не является абстракцией или академическим компонентом жалаемого "мягкого" права, а является принципом права в рамках общего международного права в его нынешнем состоянии»<sup>175</sup>. Однако Суд пока не признал этот принцип как таковой<sup>176</sup>.

### С. Международное сотрудничество в области предотвращения

70. Комиссия подтвердила существование обязанности сотрудничать в статье 5 своих проектов статей, посвященных настоящей теме, и в статье 5 bis, принятой в 2012 году, составила неисчерпывающий перечень форм, которые это сотрудничество может принимать в контексте оказания помощи. Сотрудничество также находится в центре горизонтальной (международной) составляющей предотвращения. В своем пятом докладе Специальный докладчик вкратце затронул вопрос о сотрудничестве в части, касающейся обеспечения готовности к стихийным бедствиям, их предотвращения и смягчения их последствий. Как в нем отмечается, сотрудничество касается всех аспектов предотвращения бедствий, включая сотрудничество в проведении поисково-спасательных работ, резервные возможности, системы раннего предупреждения, обмен информацией, касающейся оценки и определения рисков, планирование на случай чрезвычайных ситуаций и наращивание потенциала<sup>177</sup>.

71. Обязанность сотрудничать является одним из прочно утвердившихся принципов международного права. Как отметил Специальный докладчик в своем втором докладе<sup>178</sup>, она закреплена в многочисленных международных документах, в том числе в Уставе Организации Объединенных Наций. Согласно формулировке, содержащейся в Декларации принципов международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, цель сотрудничества отчасти заключается в «содействии международной экономической

<sup>174</sup> Более подробно см. Harding and Fisher, eds., *Perspectives on the Precautionary Principle*, p. 5; Trouwborst, «The precautionary principle in general international law: combating the Babylonian confusion», p. 189; Romano, «L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», p. 396.

<sup>175</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 13 July 2006, *I.C.J. Reports 2006*, p. 113, dissenting opinion of Judge ad hoc Vinuesa, at p. 152.

<sup>176</sup> Sunstein, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*; Cameron, «Environmental risk management in New Zealand – is there scope to apply a more generic framework?».

<sup>177</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/652, стр. 34, пункты 114–115.

<sup>178</sup> *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/615.

стабильности и прогрессу» и «общему благосостоянию народов»<sup>179</sup>.

72. Обязанность сотрудничать также прочно утвердилась в контексте предотвращения. Она была подтверждена Генеральной Ассамблеей в многочисленных резолюциях, которые касались предотвращения бедствий и уменьшения опасностей бедствий. Объявляя о Международном десятилетии по уменьшению опасности стихийных бедствий, Ассамблея признала обязанность Организации Объединенных Наций в деле уменьшения опасности, в том числе посредством предотвращения и раннего уведомления, призвав при этом государства сотрудничать в сфере уменьшения опасностей стихийных бедствий<sup>180</sup>. В более недавних резолюциях Ассамблея настоятельно призвала международное сообщество бороться «с пагубными последствиями стихийных бедствий» в рамках сотрудничества<sup>181</sup>. Должно осуществляться международное сотрудничество в целях поддержки предпринимаемых на национальном уровне усилий по предотвращению<sup>182</sup>, особенно «для укрепления способности стран бороться с негативными последствиями всех опасных природных явлений... в частности в развивающихся странах»<sup>183</sup>. Хиогская рамочная программа действий была в значительной степени принята в целях содействия развитию сотрудничества как между государствами, так и между государственными и негосударственными субъектами<sup>184</sup>. Как разъяснялось, Хиогская рамочная программа действий «является руководящим документом в деле укрепления и налаживания международного сотрудничества по обеспечению того, чтобы уменьшение опасностей бедствий стало прочной основой для национальных и международных программ действий в области развития»<sup>185</sup>. Это подтверждается следующей формулировкой Рамочной программы, в которой подчеркивается важность сотрудничества в отношении предотвращения бедствий: «Мы преисполнены решимости добиться сокращения возникающих в результате бедствий людских потерь, а также утрат социальных, экономических и экологических ценностей во всем мире, учитывая важность международного сотрудничества, солидарности и партнерства, а также надлежющего управления на всех уровнях»<sup>186</sup>.

73. Когда подчеркивалось значение обязанности предотвращать, то делались ссылки на не имеющие обязательной силы заявления о сотрудничестве. Например, в Джокьякартской декларации по снижению риска бедствий в Азиатско-Тихоокеанском регионе 2012 года к заинтересованным сторонам был

обращен призыв «укреплять и поддерживать региональные механизмы и центры сотрудничества по вопросам управления информацией в случае стихийных бедствий» в связи с местной оценкой рисков и финансированием<sup>187</sup>. Подобным образом в Панамской декларации говорилось о том, что сотрудничество играет центральную роль в деле «предотвращения и уменьшения рисков и природных стихийных бедствий». Главы государств и/или правительств обещали «активизировать международное сотрудничество и деятельность по укреплению потенциала в области стихийных бедствий и расширению гуманитарной помощи на всех этапах того или иного стихийного бедствия, а также поощрению развития культуры предотвращения и систем раннего уведомления»<sup>188</sup>.

74. Элемент сотрудничества заложен в рамки деятельности региональных органов и платформ, занимающихся вопросами предупреждения, включая Региональную платформу по снижению риска бедствий в Северной и Южной Америке, Арабскую стратегию снижения риска бедствий на период до 2020 года, Азиатскую конференцию министров по снижению риска бедствий, Европейский форум по снижению риска бедствий, Тихоокеанскую платформу по управлению риском бедствий и Африканскую региональную стратегию снижения риска бедствий. Например, на Европейском форуме было отмечено, что он «будет выполнять функции, связанные с... обменом информацией, знаниями и идеями и содействием развитию сотрудничества»<sup>189</sup>. С этой целью Европейский форум «выявил конкретные возможности для взаимного обогащения стран и субрегионов в плане обмена информацией и знаниями, а также межправительственного и межсекторального сотрудничества»<sup>190</sup>. Кроме того, в Расширенной программе действий по осуществлению Африканской региональной стратегии снижения риска бедствий (2006–2015 годы) сотрудничество определяется в качестве одной из основных областей деятельности, связанной с оценкой рисков. В ней подчеркивается «с региональной и международной точки зрения необходимость оценки и отслеживания региональных и трансграничных опасностей»<sup>191</sup>. Указывалось, что региональное сотрудничество является важным, поскольку оно позволяет эффективно использовать ресурсы и сокращает степень дублирования усилий<sup>192</sup>.

<sup>187</sup> Принята на пятой Азиатской конференции министров по снижению риска бедствий, состоявшейся в Джокьякарте, Индонезия, в 2012 году.

<sup>188</sup> Панамская декларация, принята на четвертом Саммите глав государств и/или правительств Ассоциации карибских государств, состоявшемся в городе Панама в июле 2005 года, имеется по адресу [www.acs-aec.org/sites/default/files/Declaracion\\_de\\_Panama\\_en\\_0.pdf](http://www.acs-aec.org/sites/default/files/Declaracion_de_Panama_en_0.pdf).

<sup>189</sup> См. [www.preventionweb.net/files/19800\\_efdrwebfinal.pdf](http://www.preventionweb.net/files/19800_efdrwebfinal.pdf), p. 16.

<sup>190</sup> Там же.

<sup>191</sup> Extended Programme of Action for the Implementation of the Africa Regional Strategy for Disaster Risk Reduction (2006–2015) and declaration of the second African Ministerial Conference on Disaster Risk Reduction 2010, p. 47. Имеется по адресу [www.unisdr.org/files/19613\\_bookletpoenglish.pdf](http://www.unisdr.org/files/19613_bookletpoenglish.pdf).

<sup>192</sup> «Implementing the Hyogo Framework for Action in Europe: Advances and Challenges, Report for the period 2009–2011», pp. 39–41, имеется по адресу [www.unisdr.org](http://www.unisdr.org).

<sup>179</sup> Резолюция 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 24 октября 1970 года, приложение, пункт 1.

<sup>180</sup> Резолюция 42/169 Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 1987 года, пункты 7–8.

<sup>181</sup> Резолюция 58/215 Генеральной Ассамблеи от 23 декабря 2003 года, пункт 2.

<sup>182</sup> См., например, резолюцию 60/196 Генеральной Ассамблеи от 22 декабря 2005 года, пункт 2.

<sup>183</sup> Резолюция 59/233 Генеральной Ассамблеи от 22 декабря 2004 года. См. также резолюцию 60/196 от 22 декабря 2005 года.

<sup>184</sup> A/CONF.206/6, глава I, резолюция 2.

<sup>185</sup> См. [www.unisdr.org/we/coordinate](http://www.unisdr.org/we/coordinate).

<sup>186</sup> A/CONF.206/6, резолюция 1, пятый пункт преамбулы.

75. В контексте юридической обязанности международного сотрудничества в деле предотвращения бедствий ведет свое начало из двусторонних и многосторонних договоров, заключенных между государствами или между государствами и международными организациями. В качестве примера последних можно привести заключенное в 2000 году Рамочное соглашение между Карибским сообществом и Японией, которое конкретно предусматривает сотрудничество в области предотвращения бедствий. Это рамочное соглашение направлено на «развитие сотрудничества... в деле принятия превентивных мер и восстановления», и в нем особо отмечается, что «международное сотрудничество должно поощряться в целях укрепления институционального потенциала региональных и национальных учреждений, занимающихся вопросами предупреждения бедствий, реагирования в чрезвычайных ситуациях и преодоления их последствий»<sup>193</sup>.

### 1. Двусторонние документы

76. Многие государства заключили двусторонние соглашения, конкретно затрагивающие вопросы сотрудничества в области предупреждения бедствий<sup>194</sup>. В число их примеров входят соглашения между Аргентиной и Испанией<sup>195</sup>, Гватемалой и Мексикой<sup>196</sup>, Германией и Венгрией<sup>197</sup>, Францией и Италией<sup>198</sup>, Республикой Корея и Польшей<sup>199</sup>, Польшей и Венгрией<sup>200</sup>, Польшей и Украиной<sup>201</sup>, Польшей и Российской Федерацией<sup>202</sup>, Российской Федерацией и

Грецией<sup>203</sup>, Швейцарией и Италией<sup>204</sup>, Соединенными Штатами и Российской Федерацией<sup>205</sup>, Соединенными Штатами и Польшей<sup>206</sup>, Соединенными Штатами и Болгарией<sup>207</sup>, Соединенными Штатами и Украиной<sup>208</sup>, Соединенными Штатами и Филиппинами<sup>209</sup>, Уругваем и Испанией<sup>210</sup>, Испанией и Мексикой<sup>211</sup>, Российской Федерацией и Испанией<sup>212</sup> и Францией и Малайзией<sup>213</sup>. Последнее упомянутое соглашение является показательным примером содержащихся в этих соглашениях формулировок, в которых говорится о важном значении сотрудничества, например: «Будучи убежденными в необходимости развития сотрудничества между компетентными органами обеих сторон в области предотвращения серьезной

<sup>193</sup> A New Framework for CARICOM–Japan Cooperation for the Twenty-first Century, sect. 1-1, имеется по адресу [www.mofa.go.jp/region/latin/latin\\_e/caricom0011.html](http://www.mofa.go.jp/region/latin/latin_e/caricom0011.html).

<sup>194</sup> A/CN.4/590 и Add.1–3 (сноска 78 выше), пункт 43.

<sup>195</sup> Испания и Аргентина: Соглашение о сотрудничестве в целях прогнозирования бедствий, их предупреждения и взаимной помощи при их возникновении (Мадрид, 3 июня 1988 года), *United Nations, Treaty Series*, vol. 1689, No. 29123, p. 23.

<sup>196</sup> Мексика и Гватемала: Соглашение о сотрудничестве в области предупреждения и ликвидации стихийных бедствий (город Гватемала, 10 апреля 1987 года), *ibid.*, vol. 1509, No. 26055, p. 3.

<sup>197</sup> Федеративная Республика Германия и Венгрия: Соглашение по представляющим взаимный интерес вопросам, касающимся ядерной безопасности и радиационной защиты (Будапешт, 26 сентября 1990 года), *ibid.*, vol. 1706, No. 29504, p. 263.

<sup>198</sup> Франция и Италия: Конвенция о прогнозировании и предупреждении крупных рисков и о взаимной помощи в случае стихийных или антропогенных бедствий (Париж, 16 сентября 1992 года), *ibid.*, vol. 1962, No. 33532, p. 369.

<sup>199</sup> Республика Корея и Польша: Соглашение о научно-техническом сотрудничестве (Сеул, 29 июня 1993 года), *ibid.*, vol. 1847, No. 31455, p. 289.

<sup>200</sup> Соглашение между Правительством Республики Польша и Венгерской Республикой о сотрудничестве и взаимной помощи в области предупреждения катастроф, стихийных бедствий и иных серьезных происшествий и ликвидации их последствий (6 апреля 2000 года).

<sup>201</sup> Соглашение между Правительством Республики Польша и Кабинетом министров Украины о сотрудничестве и взаимной помощи в области предупреждения катастроф, стихийных бедствий и иных серьезных происшествий и ликвидации их последствий (19 июля 2002 года).

<sup>202</sup> Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Польша о сотрудничестве в области предупреждения промышленных аварий, стихийных бедствий и ликвидации их последствий (Варшава, 25 августа 1993 года), *Бюллетень международных договоров*, М., Юридическая литература, 2013, № 8, стр. 89.

<sup>203</sup> Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Греческой Республики о сотрудничестве в области предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций (Афины, 21 февраля 2000 года), *Бюллетень международных договоров*, М., Юридическая литература, 2003, № 5, стр. 47.

<sup>204</sup> Соглашение между Швейцарской Конфедерацией и Итальянской Республикой о сотрудничестве в области преодоления и предупреждения рисков и о взаимной помощи в случае стихийных и антропогенных бедствий (Рим, 2 мая 1995 года).

<sup>205</sup> Меморандум о понимании между Правительством Российской Федерации и Правительством Соединенных Штатов Америки о сотрудничестве в области предупреждения техногенных чрезвычайных ситуаций, стихийных бедствий и ликвидации их последствий (Москва, 16 июля 1996 года), *United Nations, Treaty Series*, vol. 2871, No. 50116, p. 281.

<sup>206</sup> Протокол о намерениях между Федеральным агентством по чрезвычайным ситуациям (Соединенные Штаты Америки) и Министерством обороны Республики Польша о сотрудничестве в области предупреждения техногенных чрезвычайных ситуаций, стихийных бедствий и ликвидации их последствий (Варшава, 9 мая 2000 года).

<sup>207</sup> Протокол о намерениях между Федеральным агентством по чрезвычайным ситуациям (Соединенные Штаты Америки) и Министерством обороны Республики Болгария о сотрудничестве в области предупреждения техногенных чрезвычайных ситуаций, стихийных бедствий и ликвидации их последствий (Вашингтон, округ Колумбия, 24 января 2000 года).

<sup>208</sup> Меморандум о понимании между Правительством Соединенных Штатов Америки и Правительством Украины о сотрудничестве в области предупреждения техногенных чрезвычайных ситуаций, стихийных бедствий и ликвидации их последствий (Киев, 5 июня 2000 года).

<sup>209</sup> Протокол о намерениях между Правительством Соединенных Штатов Америки и Республикой Филиппины о сотрудничестве в области предупреждения и преодоления бедствий (Вашингтон, округ Колумбия, 20 ноября 2001 года).

<sup>210</sup> Соглашение между Министерством национальной обороны Восточной Республики Уругвай и Министерством внутренних дел Королевства Испания о научно-техническом сотрудничестве и взаимной помощи в области гражданской обороны и предупреждения бедствий (Мадрид, 25 сентября 1997 года).

<sup>211</sup> Соглашение между Министерством внутренних дел Королевства Испания и Министерством внутренних дел Мексиканских Соединенных Штатов о научно-техническом сотрудничестве и взаимной помощи в области гражданской обороны и предупреждения бедствий, 1997 год.

<sup>212</sup> Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Испания о сотрудничестве в области предупреждения бедствий и взаимной помощи при ликвидации их последствий (Мадрид, 14 июня 2000 года), *United Nations, Treaty Series*, vol. 2153, No. 37586, p. 68.

<sup>213</sup> Соглашение между Правительством Французской Республики и Правительством Малайзии о сотрудничестве в области предупреждения и преодоления бедствий и в области гражданской защиты (Париж, 25 мая 1998 года), *Journal officiel de la République française*, 9 December 1998, p. 18519.

опасности и защиты населения, имущества и окружающей среды»<sup>214</sup>.

77. В порядке примера можно привести одно из самых ранних двусторонних соглашений, в котором рассматривается вопрос об уменьшении опасности бедствий и которое было заключено между Соединенным Королевством и Соединенными Штатами в 1958 году и содержало элементы, предусматривавшие развитие технологий в области прогнозирования, обмена информацией и систем раннего оповещения об ураганах. Это соглашение касалось совместной метеорологической программы, преследующей цель достижения «более высокой степени точности, своевременности прогнозов об ураганах и предупреждения о сопутствующих им ветрах, течениях и наводнениях разрушительной силы»<sup>215</sup>.

78. Соединенные Штаты также заключили несколько двусторонних соглашений с другими странами, в которых рассматривались вопросы как предотвращения бедствий, так и управления в случае бедствий. В соглашении с Польшей предусматривалось, что «стороны намерены сотрудничать в смягчении последствий стихийных и антропогенных бедствий, обеспечении подготовки к ним, реагировании и восстановлении в таких областях, как подготовка кадров, экспертная помощь и обмен опытом»<sup>216</sup>. Деятельность главным образом касалась учебной подготовки и обмена информацией<sup>217</sup>. В аналогичном соглашении, подписанном с Филиппинами, выражалось желание обеих стран «и впредь сотрудничать в деле предотвращения бедствий и управления в рамках взаимодействия, которое способствует обмену специальным опытом, знаниями и информацией, а также передаче новой технологии в контексте управления деятельностью в случае чрезвычайных ситуаций»<sup>218</sup>.

79. Более двух десятилетий назад Франция подписала двусторонние соглашения с Италией и Грецией для решения вопросов, связанных с серьезными рисками, которые могут приводить к стихийным бедствиям. Подписанное в 1989 году с Грецией соглашение касалось сотрудничества по вопросам высокой опасности стихийных бедствий, и в нем в общем виде были определены мероприятия по прогнозированию и предотвращению опасностей и смягчению их последствий<sup>219</sup>. Подписанное в 1992 году аналогич-

ное соглашение с Италией касалось прогнозирования и предотвращения опасностей, в том числе посредством обмена информацией, в рамках более широкого соглашения, касавшегося как заблаговременного предотвращения бедствия, так и мер реагирования в случае бедствия<sup>220</sup>.

80. В 2000 году Греция и Российская Федерация подписали двустороннее соглашение в целях налаживания сотрудничества в деле «предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций»<sup>221</sup>. В этом соглашении «предупреждение чрезвычайной ситуации» определяется как «комплекс мероприятий, проводимых заблаговременно и направленных на максимально возможное уменьшение риска возникновения чрезвычайной ситуации, а также на сохранение здоровья людей, снижение размеров ущерба окружающей природной среде и материальных потерь в случае ее возникновения»<sup>222</sup>. В этом соглашении указан целый ряд мероприятий, конкретно связанных с предотвращением бедствий, в том числе посредством экологического мониторинга, оценки риска и обмена информацией<sup>223</sup>.

81. Другие двусторонние соглашения, заключенные государствами в целях иных, чем уменьшение опасности, содержали положения о предотвращении бедствий. Заключенное в 2002 году Южной Африкой и Нигерией двустороннее соглашение включало в себя положения о создании потенциала и обмена информацией по вопросам, касающимся общественного здравоохранения, включая «готовность к чрезвычайным ситуациям и реагирование на них»<sup>224</sup>. В заключенном в 1988 году между Германией и Австрией соглашении, которое главным образом касалось сотрудничества в деле реагирования на бедствия, также содержались положения о предотвращении бедствий<sup>225</sup>. Согласно этому соглашению, оба государства сотрудничают «в предотвращении и противодействии бедствиям или серьезным авариям посредством обмена всей соответствующей научной и технической информацией... При обмене информацией об опасностях и ущербе, которые могут негативно затронуть территорию другого договаривающегося государства, такой обмен информацией должен включать в себя параметры, касающиеся мер предосторожности»<sup>226</sup>. Аналогичное двустороннее соглашение, подписанное в 1981 году

<sup>214</sup> Там же, четвертый пункт преамбулы (подлинный текст на французском языке).

<sup>215</sup> Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии и Соединенные Штаты Америки: Соглашение в форме обмена нотами о продолжении функционирования на островах Кайман станций по изучению ураганов, созданных на основании Соглашения от 30 декабря 1958 года в редакции Соглашения от 15 февраля 1960 года (Вашингтон, 23 ноября и 12 декабря 1966 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 603, No. 8735, p. 235.

<sup>216</sup> Протокол о намерениях... (сноска 206 выше).

<sup>217</sup> Там же.

<sup>218</sup> См. сноску 209 выше.

<sup>219</sup> Соглашения об условиях французо-греческого сотрудничества в отношении крупных стихийных бедствий (Париж, 11 мая 1989 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1549, No. 26941, p. 299. Согласно статье 1, правительства

«сотрудничают в области уменьшения опасности крупных стихийных бедствий. В рамках их сотрудничества предусматривается: прогнозирование рисков, когда это возможно; предотвращение рисков в целях предотвращения катастрофы или уменьшения ее последствий».

<sup>220</sup> См. сноску 198 выше.

<sup>221</sup> См. сноску 203 выше.

<sup>222</sup> Там же, статья 1.

<sup>223</sup> Там же, статья 3.

<sup>224</sup> Соглашение между Правительством Южно-Африканской Республики и Правительством Федеративной Республики Нигерия о сотрудничестве в области здравоохранения и медицинских наук (Претория, 28 марта 2002 года).

<sup>225</sup> Австрия и Федеративная Республика Германия: Соглашение о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Зальцбург, 23 декабря 1988 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1696, No. 29224, p. 61.

<sup>226</sup> Там же, статья 13.

Бельгией и Францией, содержит статью, конкретно посвященную предотвращению бедствий и связанную с прогнозированием и предотвращением<sup>227</sup>. В этом соглашении содержатся положения об обмене информацией, касающейся прогнозирования и предотвращения<sup>228</sup>.

## 2. Многосторонние документы

82. Теперь Специальный докладчик переходит к анализу текстов многосторонних документов, как глобальных, так и региональных, которые касаются предотвращения любого бедствия, независимо от его трансграничных последствий. При анализе каждого документа основное внимание уделяется обязательствам государств принимать или реализовывать надлежащие законодательные и регламентационные меры для выполнения своих обязательств в плане предотвращения. Такие «необходимые меры» являются отличительной чертой принципа должной осмотрительности и могут увязывать эти документы с более общей по своему характеру обязанностью предотвращать бедствия или смягчать их последствия.

83. Какого-либо всеобъемлющего международного документа, обязывающего государства предотвращать стихийные или техногенные бедствия, не существует. Вместо этого до настоящего времени международная система следовала поэтапному подходу при включении аспекта уменьшения опасности бедствий в договорные обязательства, концентрируя внимание либо на виде бедствия (например, промышленные или ядерные аварии), либо на видах деятельности государств по реагированию (например, телекоммуникационная помощь). Совокупно эти документы содержат общие формулировки, касающиеся связанных с должной осмотрительностью обязательств государств в плане предотвращения некоторых бедствий и смягчения их последствий.

84. В 1980 году Бюро координатора Организации Объединенных Наций по оказанию помощи в случае стихийных бедствий опубликовало подборку материалов, касающихся юридических процедур в случае предотвращения бедствий и смягчения их последствий<sup>229</sup>, которая стала «всеобъемлющим обзором существующих знаний о причинах и характеристиках национальных явлений, а также мерах по предотвращению, которые могут быть приняты для уменьшения или ликвидации их воздействия на развивающиеся страны, испытывающие трудности в сфере предотвращения бедствий».

<sup>227</sup> Франция и Бельгия: Соглашение о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Париж, 21 апреля 1981 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1437, No. 24347, p. 33.

<sup>228</sup> Там же, статья 11.

<sup>229</sup> *Disaster Prevention and Mitigation: A Compendium of Current Knowledge*, vol. 9, *Legal Aspects* (United Nations publication, Sales No. 80.III.M.1, 1980).

## а) Глобальные документы

85. Первым глобальным международным договором, о котором можно сказать, что в нем рассматривается, хотя и косвенно, вопрос о предотвращении, – это Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, в статье 145 которой, посвященной защите морской среды, предусматривается, что «в соответствии с настоящей Конвенцией... принимаются меры, необходимые для обеспечения эффективной защиты морской среды от вредных для нее последствий, которые могут возникнуть в результате такой деятельности». В этой связи следует также упомянуть Конвенцию о праве несудоходных видов использования международных водотоков, в которой сдержится требование о том, чтобы государства водотока предотвращали вред другим государствам водотока и смягчали его последствия. Однако следует отметить, что эти меры по предотвращению сориентированы в очень значительной степени на экологическое право, равно как и большинство аналогичных положений о предотвращении, разработанных в последние два десятилетия двадцатого столетия<sup>230</sup>.

86. Как отметил Секретариат, «самой молодой из современных глобальных международных конвенций, посвященных предупреждению бедствий и их смягчению», является Рамочная конвенция по оказанию помощи в области гражданской обороны<sup>231</sup>. В настоящее время благодаря тому, что участниками стали 14 государств и 12 государств подписали Конвенцию, она вступила в силу в 2001 году и направлена на содействие развитию сотрудничества между государственными органами в области гражданской обороны «в сферах предотвращения, прогнозирования, подготовки, реагирования и посткризисного управления ситуацией» (преамбула). Хотя большая часть текста Конвенции посвящена межгосударственной помощи после бедствия, в нем также предусмотрен в качестве одного из ключевых элементов аспект оказания «помощи»<sup>232</sup>. В Конвенции предусматривается общее требование, согласно которому государства-участники «обязуются рассмотреть все возможности для сотрудничества в области гражданской обороны в сферах предотвращения, прогнозирования, подготовки, непосредственного реагирования и посткризисного управления ситуацией»<sup>233</sup>.

<sup>230</sup> Например, Венская конвенция о защите озонового слоя и ее Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой, а также Конвенция о биологическом разнообразии, восьмой и девятый пункты преамбулы.

<sup>231</sup> A/CN.4/590 и Add.1–3 (сноска 78 выше), пункт 36. Следует также отметить, что в Конвенции об учреждении Международного союза помощи и Уставе Международного союза помощи предусматривается, что одна из целей заключается в предотвращении бедствий (статья 2, пункт 2). Однако в 1968 году этот Союз был заменен ЮНЕСКО, которая не включила в число своих задач предотвращение бедствий. См. Nicoletti, «The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States», p. 183, footnote 24.

<sup>232</sup> В статье 1 г) «помощь» определяется как «любые действия, предпринимаемые службой гражданской обороны одного государства в интересах другого государства, направленные на предотвращение или смягчение последствий бедствий».

<sup>233</sup> Статья 4.

87. Помимо Рамочной конвенции по оказанию помощи в области гражданской обороны, в качестве одного из глобальных документов по вопросам об уменьшении опасности бедствий часто цитируется Конвенция Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи<sup>234</sup>. В ней в явно выраженной форме указывается на то, что предсказание и смягчение последствий бедствий является одним из первоочередных аспектов в области телекоммуникационной помощи<sup>235</sup>. В Конвенции предусмотрено обязательство государств сотрудничать друг с другом и с «негосударственными образованиями» и межправительственными организациями в целях содействия использованию телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий<sup>236</sup>, которое в Конвенции определяется как «меры, призванные предотвратить, предсказать, подготовиться, отреагировать, держать под контролем и/или уменьшить воздействие бедствий»<sup>237</sup>. Для выполнения этой обязанности сотрудничать государства могут использовать оборудование для прогнозирования, наблюдения и получения информации о бедствиях<sup>238</sup>, обмениваться между собой информацией об опасных природных явлениях<sup>239</sup> и предоставлять «быструю телекоммуникационную помощь для смягчения последствий бедствия»<sup>240</sup>. Таким образом, как и Рамочная конвенция по оказанию помощи в области гражданской обороны, Конвенция Тампере требует от государств лишь «сотрудничать» с иными государствами в деле уменьшения опасности бедствий. Однако обязательство предотвращать бедствия в пределах государственных границ может быть выведено из этой обязанности сотрудничать, а также из положений других статей Конвенции. Конвенция устанавливает наличие на внутреннем уровне обязательства государств снижать или устранять «регламентационные барьеры на пути использования телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и облегчения создавшегося положения»<sup>241</sup>. Таким образом, обязанность государства-участника применять телекоммуникационные средства для уменьшения последствий бедствий включает в себя обязательство принимать надлежащие законодательные и регламентационные меры для содействия уменьшению стихийных бедствий, которое является отражением традиционного обязательства проявлять «должную осмотрительность», установленного

в международно-правовых документах по вопросам окружающей среды.

88. Обязанность проявлять должную осмотрительность также можно проследить в глобальных документах, охватывающих конкретные виды потенциальных бедствий. В отличие от Рамочной конвенции по оказанию помощи в области гражданской обороны и Конвенции Тампере конвенции, охватывающие промышленные аварии, ядерную безопасность и экологический вред, не содержат прямых указаний на ситуации бедствий. Согласно данному Комиссией определению термина «бедствия», содержащемуся в проекте статьи 3 ее проектов статей по настоящей теме, в каждом документе рассматриваются условия, которые могут выйти на уровень бедствия, если они приводят к «массовой гибели людей, большим человеческим страданиям или бедам или масштабному материальному или экологическому ущербу, серьезно нарушая тем самым функционирование общества». Например, Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий применяется к предотвращению промышленных аварий, обеспечению готовности к ним и реагированию на них, если они «могут привести к трансграничному воздействию», в том числе аварий, вызванных стихийными бедствиями<sup>242</sup>. В преамбуле Конвенции МОТ (№ 174) о предотвращении крупных промышленных аварий, принятой в 1993 году, признается «необходимость в обеспечении принятия всех надлежащих мер для: а) предотвращения крупных аварий; б) максимального сокращения риска крупных аварий; и с) максимального ослабления последствий крупных аварий».

89. В Конвенции о трансграничном воздействии промышленных аварий на государства-участники возлагается обязательство принимать «соответствующие меры» для предотвращения промышленных аварий посредством принятия мер «по предотвращению аварий, обеспечению готовности к ним и ликвидации их последствий»<sup>243</sup>. Государства-участники должны принимать «соответствующие законодательные, регулирующие, административные и финансовые меры» для выполнения своих обязательств в области предотвращения<sup>244</sup> и создавать механизмы обеспечения готовности на случай чрезвычайных ситуаций для реагирования на промышленные аварии<sup>245</sup>. Например, в Конвенции говорится, что «стороны принимают соответствующие меры в целях предотвращения промышленных аварий, в том числе меры, стимулирующие операторов осуществлять действия по снижению риска промышленных аварий»<sup>246</sup>. Таким образом, хотя по Конвенции от государств требуется только принятие мер для предотвращения трансграничных аварий, сами аварии, особенно в случае стихийных бедствий, происходят на территории государства, и обязательство государства проявлять должную осмотрительность связано с предотвращением на государственном уровне внутренних промышленных аварий.

<sup>234</sup> См., например, Nicoletti, «The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States», p. 184 (где обсуждаются только Рамочная конвенция по оказанию помощи в области гражданской обороны и Конвенция Тампере как предусматривающие международные обязательства в области уменьшения опасности бедствий).

<sup>235</sup> Статья 3, пункты 1–2. В статье 1, пункт 15, Конвенции также предусматривается, что «телекоммуникации» означают «любую передачу, трансляцию или прием знаков, сигналов, письменных материалов, изображений, звуков или сведений любого рода по проводам, по радио, по оптоволокну или с помощью другой электромагнитной системы».

<sup>236</sup> Статья 3, пункт 1.

<sup>237</sup> Статья 1, пункт 7.

<sup>238</sup> Статья 3, пункт 2 а).

<sup>239</sup> Статья 3, пункт 2 б).

<sup>240</sup> Статья 3, пункт 2 с).

<sup>241</sup> Статья 9, пункт 1.

<sup>242</sup> Статья 2, пункт 1.

<sup>243</sup> Статья 3, пункт 1.

<sup>244</sup> Статья 3, пункт 4.

<sup>245</sup> Статья 8, пункт 1.

<sup>246</sup> Статья 6, пункт 1.



90. Конкретные виды антропогенных бедствий могут возникать в результате ядерной деятельности. В этом контексте в нескольких документах содержатся указания на предотвращение. Согласно Конвенции о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации, в разделе «Общие положения» предусматривается, что государства должны сотрудничать в целях сведения к минимуму последствий ядерной аварии посредством заключения соглашений для «предотвращения или сведения к минимуму вреда и ущерба, которые могут иметь место в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации»<sup>247</sup>. Аналогичным образом в Конвенции о ядерной безопасности говорится о необходимости «предотвращать аварии с радиологическими последствиями и смягчать такие последствия в том случае, если они произойдут»<sup>248</sup>. Эта конвенция в отличие от Конвенции о трансграничном воздействии промышленных аварий не применяется только к деятельности, которая может причинить вред другим государствам. Вместо этого она применяется по отношению к любой гражданской ядерной установке независимо от ее потенциала нанесения трансграничного вреда. Хотя нигде в Конвенции о ядерной безопасности конкретно не указывается на обязанность государств предотвращать ядерные аварии, ясно, что и объект, и цель Конвенции заключаются в установлении международных обязательств, направленных на укрепление ядерной безопасности, с тем чтобы предотвращать ядерные аварии<sup>249</sup>. Кроме того, в Конвенции содержится требование о том, чтобы государства-участники предпринимали «законодательные, регулирующие и административные меры и другие шаги, необходимые» для ее осуществления<sup>250</sup>. Эта конвенция взаимодействует с принятой в 1986 году Конвенцией об оперативном оповещении о ядерной аварии. Эта конвенция, участниками которой являются 115 государств, устанавливает систему уведомления по линии Международного агентства по атомной энергии о любой ядерной аварии, которая может причинить трансграничный вред другому государству<sup>251</sup>. Она наделяет государства правом уведомлять те государства, которые могут быть затронуты значимыми ядерными авариями, перечисленными в статье 1, причем не только предоставлять информацию о наличии ущерба, но и доводить до их сведения данные, имеющие отношение к уменьшению ущерба<sup>252</sup>.

91. Кроме того, в основных международно-правовых документах в области экологического права также содержится требование к государствам принимать превентивные меры в отношении потенциальных экологических бедствий. Например, в Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата признается, что «сторонам следует принимать предупредительные меры в целях прогнозирования, предотвращения или сведения к минимуму причин изменения климата и смягчения

его отрицательных последствий»<sup>253</sup>. В Конвенции содержатся конкретные требования к развитым государствам, перечисленным в ее приложении I, принимать на национальном уровне политику по смягчению последствий изменения климата посредством сокращения выбросов парникового газа<sup>254</sup>, и в ней предусматривается обязательство всех сторон разрабатывать и осуществлять внутригосударственные меры по смягчению последствий изменения климата<sup>255</sup>. Важно отметить, что, согласно Конвенции, обязанности государств уменьшать изменение климата и смягчать его последствия не зависят от трансграничного вреда другим государствам. Вместо этого Конвенция применяется ко всем антропогенным выбросам парникового газа независимо от их потенциального воздействия на другие страны. Кроме того, в 2007 году государства – участники Конвенции признали наличие связи между изменением климата и уменьшением опасности бедствий, приняв Балийский план действий, в котором к государствам был обращен призыв адаптировать их национальные планы по вопросам изменения климата, с тем чтобы они отражали «стратегии уменьшения опасности бедствий»<sup>256</sup>.

92. В других конвенциях по экологическим вопросам в различных сферах, таких как биологическое разнообразие, опустынивание и оценки экологического воздействия, также содержится обязанность предотвращать в обстоятельствах, которые могут привести к бедствиям. Например, хотя Конвенция о биологическом разнообразии нацелена на ответственность за трансграничный экологический ущерб<sup>257</sup>, в ней также содержится требование, чтобы каждое государство-участник разрабатывало национальные стратегии по сохранению окружающей среды<sup>258</sup> и осуществлению процедур в отношении оценок экологического воздействия проектов, которые могут оказать значительное неблагоприятное воздействие на биологическое разнообразие<sup>259</sup>. Аналогичным образом Конвенция Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием содержит призыв к государствам реализовывать программы «борьбы с опустыниванием и/или смягчения последствий засухи»<sup>260</sup> посредством принятия надлежащих и необходимых законодательных и регламентационных мер<sup>261</sup> и национальных программ действий, охватывающих системы раннего предупреждения<sup>262</sup>. И наконец, в Конвенции об оценке экологического воздействия в трансграничном контексте излагаются обязательства государств-участников по оценке экологического воздействия некоторых видов деятельности на раннем этапе планирования. В ней также излагается общее обязательство государств уведомлять друг друга и консультироваться друг с другом по всем находящимся

<sup>253</sup> Статья 3, пункт 3.

<sup>254</sup> Статья 4, пункт 2 а).

<sup>255</sup> Статья 4, пункт 1 б).

<sup>256</sup> FCCC/CP/2007/6/Add.1, решение 1/CP.13, пункт 1 с) iii).

<sup>257</sup> Статья 3.

<sup>258</sup> Статьи 6–7.

<sup>259</sup> Статья 14.

<sup>260</sup> Статья 3 а).

<sup>261</sup> Статьи 4–5.

<sup>262</sup> Статья 10, пункт 3 а).

<sup>247</sup> Статья 1, пункты 1 и 2.

<sup>248</sup> Статья 1, пункт iii).

<sup>249</sup> Там же.

<sup>250</sup> Статья 4. См. также статью 7.

<sup>251</sup> Статья 1, пункт 1.

<sup>252</sup> Статья 2.

на стадии рассмотрения крупным проектам, которые могут оказывать значительное вредное трансграничное воздействие. В частности, в ней содержится требование о том, чтобы государства-участники принимали «все надлежащие и эффективные меры по предотвращению значительного вредного трансграничного воздействия в результате планируемой деятельности, а также по его уменьшению и контролю за ним»<sup>263</sup>. Поэтому формулировки Конвенции, равно как и формулировки других договоров, посвященных вопросам экологии, тесно привязаны к статье 3 проектов статей о предотвращении трансграничного вреда и предусматривают общую обязанность государств предотвращать значительный трансграничный вред.

93. Более того, хотя многие конвенции по вопросам окружающей среды акцентированы на обязанности предотвращать вредные трансграничные последствия, имеет место значительное частичное дублирование между темами, охватываемыми этими конвенциями, и ситуациями бедствий. Эти международные документы также носят конструктивный характер, поскольку каждый из них предусматривает обязанность проявлять должную осмотрительность.

b) *Региональные документы*

i) *Азия*

94. Что касается Азиатско-Тихоокеанского региона, то Соглашение АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций является наиболее конкретным и всеобъемлющим международным документом, обязывающим государства предотвращать бедствия и смягчать их последствия посредством учреждения механизмов уменьшения опасности бедствий. Этот документ, подписанный в 2005 году и вступивший в силу в 2009 году, был ратифицирован всеми 10 государствами – членами АСЕАН. Его цель заключается в обеспечении «наличия эффективных механизмов для существенного снижения опасности людских потерь в результате бедствий и нанесения ущерба социальным, экономическим и экологическим активам Сторон, а также совместного реагирования на чрезвычайные ситуации в результате бедствий»<sup>264</sup>. В нем говорится, что государства-участники «будут уделять приоритетное внимание предотвращению и смягчению последствий и поэтому будут принимать меры предосторожности для предотвращения, отслеживания и смягчения последствий бедствий»<sup>265</sup>. Что касается смягчения последствий, то в нем в явно выраженной форме предусматривается требование о том, чтобы государства-участники «немедленно реагировали на то или иное бедствие, имеющее место на их территории»<sup>266</sup>, и каждое обязательство в этой сфере должно выполняться посредством принятия необходимых законодательных и административных мер<sup>267</sup>.

95. Соглашение предусматривает три следующие главные категории обязательств в области уменьшения опасности бедствий: идентификация риска и его отслеживание; предотвращение и смягчение последствий; и обеспечение готовности к бедствиям. Во-первых, государства должны выявлять все опасности бедствий на их территории и определять степень риска бедствий с точки зрения каждой потенциальной угрозы<sup>268</sup>. Во-вторых, в статье 6 требуется, чтобы государства-участники, действуя совместно или индивидуально «идентифицировали, предотвращали и сокращали риски, связанные с опасностями»<sup>269</sup>. Затем в Соглашении на «каждую Сторону» налагается обязанность принимать и реализовывать законодательные и регламентационные меры в области уменьшения последствий бедствий и укреплять местные и национальные планы действий в случае бедствий<sup>270</sup>. Наконец, государства-участники должны готовиться к бедствиям посредством разработки и соблюдения «национальных процедур раннего предупреждения в случае бедствий»<sup>271</sup> и разрабатывать стратегии и планы реагирования в целях уменьшения потерь в результате бедствий<sup>272</sup>. В совокупности эти положения предусматривают всеобъемлющую обязанность всех государств – членов АСЕАН принимать меры, необходимые для предотвращения бедствий, подготовки к ним и смягчения их последствий.

96. В других (не имеющих обязательной силы) соглашениях в Азии государствам также рекомендуется действовать индивидуально и сообща для уменьшения опасности бедствий. Например, на Форуме Азиатско-Тихоокеанского экономического сотрудничества (АТЭС) были приняты Рамки АТЭС в отношении инициатив по созданию потенциала в области обеспечения готовности в случае чрезвычайных ситуаций, в которых к государствам обращался настоятельный призыв сотрудничать в осуществлении ряда инициатив, включая инициативы, касающиеся законодательных рамок государств-членов. В принятых в 2008 году АТЭС Принципах по вопросам реагирования на стихийные бедствия и сотрудничества также содержится призыв к отдельным государствам-членам разрабатывать и реализовывать политику в области снижения степени опасности бедствий и обеспечения готовности к ним, а также создавать системы раннего предупреждения<sup>273</sup>. Кроме того, после произошедшего в 2004 году в Азии цунами Ассоциация регионального сотрудничества стран Южной Азии одобрила новые всеобъемлющие рамки по вопросам раннего предупреждения и управления деятельностью в случае бедствий, в которых государства обязались разрабатывать и осуществлять программы уменьшения степени риска на своих территориях и обеспечивать поддержку региональных систем раннего оповещения<sup>274</sup>. Кроме того, в

<sup>263</sup> Статья 2, пункт 1.

<sup>264</sup> Статья 2.

<sup>265</sup> Статья 3, пункт 4.

<sup>266</sup> Статья 4 b).

<sup>267</sup> Статья 4 d).

<sup>268</sup> Статья 5.

<sup>269</sup> Статья 6, пункт 1.

<sup>270</sup> Статья 6, пункт 2.

<sup>271</sup> Статья 7.

<sup>272</sup> Статья 8.

<sup>273</sup> Имеется по адресу [http://aimp.apec.org/Documents/2008/SOM/CSOM/08\\_csom\\_020.pdf](http://aimp.apec.org/Documents/2008/SOM/CSOM/08_csom_020.pdf).

<sup>274</sup> Имеется по адресу [www.saarc-sec.org](http://www.saarc-sec.org).

Делийской декларации о снижении риска бедствий в Азии 2007 года содержатся пространные положения, настоятельно призывающие государства выполнять Хиогскую рамочную программу действий и принимать и укреплять законодательные рамки для уменьшения опасности бедствий<sup>275</sup>. В Даккской декларации об экологических проблемах и стихийных бедствиях в Южной Азии содержится призыв принимать на региональном уровне меры в области предотвращения<sup>276</sup>. В Инчхонской декларации по снижению риска бедствий в Азиатско-Тихоокеанском регионе 2010 года подтверждается приверженность делу выполнения положений Хиогской рамочной программы действий и содержится настоятельный призыв к правительствам и международным действующим лицам добиваться достижения ее пяти приоритетов в плане действий<sup>277</sup>.

## ii) Африка

97. Различные африканские организации создали региональные и субрегиональные учреждения, которые способствуют обмену информацией и созданию механизмов укрепления потенциала в связи с уменьшением опасности бедствий. В статье 13, пункт 1 e), Учредительного акта Африканского союза предусматривается, что его Исполнительный совет может «принимать решения по вопросам политики в областях, представляющих общий интерес для государств-членов, включая... защиту окружающей среды, гуманитарные действия, реагирование на бедствия и оказание помощи». Согласно этому мандату, Африканский союз и Новое партнерство в интересах развития Африки в 2004 году приняли Африканскую региональную стратегию снижения риска бедствий<sup>278</sup>. Цель этой стратегии заключается в содействии осуществлению инициатив на субрегиональном и национальном уровнях<sup>279</sup>.

98. Кроме того, в 2006 году Экономическое сообщество западноафриканских государств утвердило свою стратегию снижения риска бедствий и недавно создало имплементационный механизм по вопросам уменьшения опасности бедствий в составе ведомственного координационного комитета и целевой группы по вопросам управления деятельностью в случае бедствий при секретариате<sup>280</sup>. Этот механизм

наделен мандатом заниматься координацией государственных просьб об оказании международной помощи и мобилизацией групп чрезвычайного реагирования в интересах государств-членов. В 2002 году Межправительственная организация по развитию (ИГАД) разработала региональную программу управления деятельностью по уменьшению опасности бедствий для решения вопросов, касающихся уменьшения опасности стихийных бедствий и управления соответствующей деятельностью, включая содействие разработке национального законодательства по вопросам управления деятельностью в случае бедствий и определению возможностей заключения «соглашений о взаимной помощи и развитии в сфере управления деятельностью в случае бедствий на региональном уровне и трансграничных соглашений по вопросам согласования соглашений, касающихся управления деятельностью в случае бедствий»<sup>281</sup>.

99. В настоящее время Восточноафриканское сообщество занимается принятием законопроекта по вопросам уменьшения опасности бедствий и управления соответствующей деятельностью в рамках усилий по реализации положений статьи 112 (пункт 1 d)) Договора о создании Восточноафриканского сообщества, в котором государства-участники согласились принимать необходимые меры по обеспечению готовности к бедствиям, управлению деятельностью в случае бедствий, защите и смягчению последствий, особенно в плане противодействия стихийным и техногенным бедствиям.

## iii) Арабский регион

100. Что касается арабского региона, то Лига арабских государств разработала Арабскую стратегию снижения риска бедствий на период до 2020 года, которая была принята Советом министров арабских стран, отвечающих за окружающую среду, на его двадцать второй сессии 19 декабря 2010 года<sup>282</sup>. Стратегия преследует две следующие цели: «определение видения, стратегических приоритетов и основных областей практической деятельности по уменьшению опасности бедствий в арабском регионе» и «активизация деятельности институциональных и координационных механизмов и контрольных процедур в поддержку осуществления Стратегии на региональном, национальном и местном уровнях посредством разработки программы действий и цели Арабской стратегии были разработаны следующие соответствующие пять ключевых приоритетных направлений деятельности: повышение степени приверженности делу всеобъемлющего уменьшения опасности бедствий во всех секторах; развитие потенциала для выявления, оценки и отслеживания рисков бедствий; повышение степени противодействия посредством углубления знаний, активизации информационно-пропагандистской деятельности, научных исследований и учебной

<sup>275</sup> Имеется по адресу [http://siteresources.worldbank.org/CMUDLP/Resources/Delhi\\_Declaration\\_on\\_DRR\\_2007.pdf](http://siteresources.worldbank.org/CMUDLP/Resources/Delhi_Declaration_on_DRR_2007.pdf).

<sup>276</sup> Имеется по адресу [http://saarc-sec.org/uploads/digital\\_library\\_document/13\\_-\\_Dhaka\\_-\\_13th\\_Summit\\_12-13\\_Nov\\_2005.pdf](http://saarc-sec.org/uploads/digital_library_document/13_-_Dhaka_-_13th_Summit_12-13_Nov_2005.pdf), para. 33.

<sup>277</sup> Имеется по адресу [www.unisdr.org/files/16327\\_incheondeclaration4amcdrrrev3.pdf](http://www.unisdr.org/files/16327_incheondeclaration4amcdrrrev3.pdf).

<sup>278</sup> Имеется по адресу [www.unisdr.org/files/13093\\_AFRICAREGIONALDRRSTRATEGYfullPDF.pdf](http://www.unisdr.org/files/13093_AFRICAREGIONALDRRSTRATEGYfullPDF.pdf).

<sup>279</sup> Одна из конкретных целей Стратегии заключается в «повышении уровня политической приверженности делу уменьшения опасности бедствий» (пункт 3.2).

<sup>280</sup> Со стратегией можно ознакомиться по адресу [www.preventionweb.net/files/4037\\_ECOWASpolicyDRR.pdf](http://www.preventionweb.net/files/4037_ECOWASpolicyDRR.pdf). Согласно положениям этой стратегии «национальные власти признают необходимость создания и укрепления ведомств, которые необходимы для усиления противодействия угрозам», что означает, что «степень политической приверженности делу уменьшения опасности бедствий в субрегионе повышается» (пункт 2.2.1).

<sup>281</sup> IGAD, «Disaster risk management programme for the IGAD region», p. 18.

<sup>282</sup> Имеется по адресу [www.preventionweb.net/publications/view/18903](http://www.preventionweb.net/publications/view/18903).

<sup>283</sup> Имеется по адресу [www.preventionweb.net/files/18903\\_17934asdrrfinalenglishjanuary20111.pdf](http://www.preventionweb.net/files/18903_17934asdrrfinalenglishjanuary20111.pdf).

подготовки; повышение степени подотчетности в плане деятельности по управлению рисками в случае бедствий на субнациональном и местном уровнях; и учет факторов уменьшения риска бедствий в рамках деятельности по реагированию на чрезвычайные ситуации, обеспечению подготовки к ним и восстановлению<sup>284</sup>. Было запланировано, что эта программа будет осуществляться в рамках двух этапов, при этом обзор будет проведен в 2015 году, а предполагаемые результаты будут достигнуты в 2020 году в целях существенного сокращения «потерь в случае бедствий с точки зрения жизней людей и социальных, экономических и экологических активов общин и стран во всем арабском регионе»<sup>285</sup>.

#### iv) Европа

101. Деятельность в Европе нацелена на задействование Европейского союза в реализации стратегий в области предотвращения, обеспечения готовности и смягчения последствий, которые изначально обозначались как гражданская оборона. С 1985 года, когда на состоявшемся на уровне министров совещании в Риме рассматривался этот вопрос, были приняты несколько резолюций по вопросу о гражданской обороне, которые заложили нынешнюю основу деятельности по уменьшению опасности бедствий<sup>286</sup>. Гражданская оборона в Европейском союзе вышла на иной уровень после принятия Лиссабонского договора, изменяющего Договор о Европейском союзе и Договор об учреждении Европейского сообщества, который вступил в силу 1 декабря 2009 года. Итоговый консолидированный текст Договора о функционировании Европейского союза регулирует такие вопросы, как функции органов Европейского союза, в том числе в отношении статьи 196 Договора по вопросу о гражданской обороне, и заложил правовую основу деятельности Европейского союза в этой связи.

102. Полномочия, предусмотренные в статье 196, являются лишь одним из дополнительных полномочий

<sup>284</sup> Там же, р. 4.

<sup>285</sup> Там же.

<sup>286</sup> Резолюция Совета и представителей правительств государств-членов, собравшихся на сессию Совета от 25 июня 1987 года по вопросу о налаживании сотрудничества на уровне Сообщества в области гражданской защиты (25 июня 1987 года), *Official Journal of the European Communities*, No. C 176, 4 July 1987, р. 1; резолюция Совета и представителей правительств государств-членов, собравшихся на сессию Совета по вопросу о новых событиях в сфере сотрудничества на уровне Сообщества в области гражданской защиты (13 февраля 1989 года), *ibid.*, No. C 44, 23 February 1989, р. 3; резолюция Совета и представителей правительств государств-членов, собравшихся на сессию Совета по вопросу о сотрудничестве на уровне Сообщества в области гражданской защиты (23 ноября 1990 года), *ibid.*, No. C 315, 14 December 1990, р. 1; резолюция Совета и представителей правительств государств-членов, собравшихся на сессию Совета по вопросу об улучшении взаимопомощи среди государств-членов в случае стихийного бедствия или техногенной катастрофы (8 июля 1994 года), *ibid.*, No. C 313, 10 November 1994, р. 1; резолюция Совета и представителей правительств государств-членов, собравшихся на сессию Совета по вопросу об укреплении сотрудничества на уровне Сообщества в области гражданской защиты (31 октября 1994 года), *ibid.*, No. C 313, 10 November 1994, р. 1; и резолюция Совета и представителей правительств государств-членов, собравшихся на сессию Совета по вопросу об укреплении потенциала Европейского союза в области гражданской защиты (26 февраля 2001 года), *ibid.*, No. C 82, 13 March 2001, р. 1.

на «осуществление деятельности по поддержке, координации и дополнению мер государств-членов, которые не замещают их компетенцию в этих областях» (статья 2, пункт 5). Согласно Лиссабонскому договору:

1. Союз поощряет сотрудничество между государствами-членами в целях повышения эффективности систем предотвращения природных или антропогенных бедствий и защиты от них. Деятельность Союза направлена на:

a) поддержку и дополнение предпринимаемых государствами-членами на национальном, региональном и местном уровнях мер по предотвращению рисков, при подготовке их персонала, занимающегося вопросами гражданской обороны, а также реагированию на стихийные или антропогенные бедствия в рамках Союза;

b) содействие беспрепятственному, эффективному оперативному сотрудничеству в рамках Союза между национальными службами гражданской обороны;

c) обеспечение последовательности в международной деятельности в области гражданской обороны.

2. Европейский парламент и Совет, действуя согласно обычной законодательной процедуре, определяют меры, необходимые для содействия достижению целей, указанных в пункте 1, за исключением какого-либо согласования законов и положений государств-членов<sup>287</sup>.

103. И наконец, в статье 222 консолидированного текста Договора о функционировании Европейского союза, известной как «клаузула солидарности», предусматривается обязательство государств-членов «действовать сообща в духе солидарности, если то или иное государство-член... является жертвой стихийного или антропогенного бедствия». Это положение «твердого права» обособляет Европейский союз от других региональных координационных планов: любая мера, принятая на основании этого положения, должна быть утверждена в рамках обычной законодательной процедуры (статья 294 Договора) и поэтому является частью права Европейского союза в форме постановлений, директив и решений<sup>288</sup>.

104. В 2001 году Европейский союз создал Механизм гражданской защиты Сообщества «для обеспечения повышения степени защиты в случае стихийных, техногенных, радиологических и экологических чрезвычайных ситуаций»<sup>289</sup>. Механизм, который был реформирован и обновлен в 2007 году<sup>290</sup>, позволил добиться успеха в деле расширения сферы охвата принятых Европейским союзом стратегий в области защиты в чрезвычайных ситуациях на последние годы, а также в отношении третьих государств<sup>291</sup>. В недавнем времени Европейский союз

<sup>287</sup> Статья 176 С.

<sup>288</sup> Gestri, «EU Disaster response law: principles and instruments», pp. 116–117.

<sup>289</sup> Решение Совета от 23 октября 2001 года об учреждении механизма Сообщества для содействия укреплению сотрудничества в осуществлении мер по оказанию помощи в области гражданской защиты (2001/792/EC), *Official Journal of the European Communities*, No. L 297, 15 November 2001, р. 7.

<sup>290</sup> Решение Совета от 8 ноября 2007 года об учреждении Механизма гражданской защиты Сообщества (пересмотренное) (2007/779/EC), *Official Journal of the European Union*, No. L 314, (1 December 2007), р. 9.

<sup>291</sup> См. сообщение от Комиссии Совету, Европейскому парламенту, Европейскому экономическому и социальному комитету и

внес на рассмотрение предложение о новой реформе Механизма гражданской защиты Европейского союза<sup>292</sup>. В то время как деятельность действующего с 2007 года Механизма главным образом была акцентирована на обеспечении готовности и реагировании, реформа 2007 года предусматривала введение в действие некоторых норм, касающихся предотвращения и раннего предупреждения<sup>293</sup>. Если сравнивать, то предложение было направлено на выработку «комплексного подхода» к деятельности по управлению в случае бедствий, включая предотвращение, обеспечение готовности и реагирование. Это включало бы в себя создание центра по принятию мер реагирования в случае чрезвычайной ситуации; определение базовых сценариев основных видов бедствий; разработку планов на случай чрезвычайных ситуаций в государствах-членах; и заранее выделенные активы (на совместной основе) для целей гражданской обороны<sup>294</sup>. Одна из конкретных целей в этой связи заключалась бы в «достижении высокого уровня защиты от бедствий посредством предотвращения или уменьшения их последствий, а также укрепления культуры предотвращения» и «повышении степени готовности Союза к реагированию на бедствия»<sup>295</sup>.

105. Об участии Европейского союза в осуществлении деятельности по уменьшению риска опасностей можно более грамотно судить по ряду носящих регламентационный характер мероприятий, осуществляемых на уровне Европейского союза. В 2008 году Европейская комиссия утвердила сообщение по вопросу об укреплении потенциала Союза в области реагирования на бедствия, которое стало одним из принятых на предварительном этапе усилий в направлении разработки подхода Европейского союза к уменьшению опасности бедствий. В 2009 году Комиссия приняла два сообщения, касающихся уменьшения риска: общинный подход к предотвращению стихийных и антропогенных бедствий<sup>296</sup> и стратегия о поддержке деятельности по уменьшению риска бедствий в развивающихся странах<sup>297</sup>. Первое сообщение играет основополагающую роль в предпринимаемых Европейским союзом усилиях, направленных на создание общих благоприятных условий для уменьшения степени риска бедствий<sup>298</sup>. В частности, в нем определяются конкретные области, в которых на уровне Европейского союза может быть извлечена дополнительная польза: создание на

уровне Европейского союза подборки соответствующей информации и данных о передовых наработках; разработка руководящих принципов в отношении картирования подвергающихся опасностям и рискам районов; увязка действующих лиц и стратегий в рамках цикла управления деятельностью по борьбе с бедствиями; расширение доступа к системам раннего предупреждения; и более эффективное целевое использование общинных средств.

106. 20 марта 1987 года Комитет министров Совета Европы принял резолюцию 87(2), предусматривающую создание группы по вопросам сотрудничества в деле предотвращения крупных стихийных и техногенных бедствий, защиты от них и организации оказания чрезвычайной помощи. Благодаря этому межправительственному форуму, который в настоящее время известен под названием «Европейское и средиземноморское соглашение по вопросам противодействия крупным опасностям», активизируются научные исследования, публичный информационный и стратегический диалог по вопросам, связанным с бедствиями, между его 27 государствами-членами.

107. Совет Европы подчеркнул императивный характер обязанности предотвращать ядерные катастрофы и уменьшать степень их опасности. В резолюции 1087 (1996) о последствиях чернобыльской аварии Парламентская ассамблея Европейского союза признала, что «срочные действия носят императивный характер и должны рассматриваться в качестве преобладающего приоритета для международного сообщества» в плане принятия «практических мер по предотвращению или по крайней мере уменьшению степени рисков» ядерной катастрофы (пункты 10–11).

108. Европейские субрегиональные группы также активно участвуют в процессе подписания имеющих обязательную силу соглашений, содержащих положения, касающиеся уменьшения риска бедствий. Например, в заключенном в 1998 году Соглашении между правительствами государств – участников Черноморского экономического сотрудничества (ЧЭС) о взаимодействии при оказании чрезвычайной помощи и ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера излагаются процедуры запроса помощи, требующие от запрашивающих государств «обеспечивать беспрепятственное получение и распределение товаров по линии помощи исключительно среди пострадавшего населения» без дискриминации, и к ним обращается призыв упрощать и ускорять таможенные процедуры и отказываться от взимания таможенных пошлин и сборов. В 1992 году государства – члены Центральноевропейской инициативы приняли Соглашение о сотрудничестве в области прогнозирования, предотвращения и смягчения последствий стихийных бедствий и технологических катастроф, в котором от государств-членов требовалось сотрудничать друг с другом в деле принятия мер по предотвращению и смягчению последствий (статьи 1–2). В Соглашении также предусматривается создание совместного комитета, отвечающего за разработку «процедур укрепления солидарности» в деле сотрудничества при реагировании на бедствия (статьи 4–5).

Комитету регионов – Совершенствование Механизма гражданской защиты Сообщества (COM/2005/137 final), p. 2.

<sup>292</sup> См. предложение относительно решения Европейского парламента и Совета о Механизме Союза по гражданской защите (COM/2011/934 final).

<sup>293</sup> Сообщение от Комиссии Совету и Европейскому парламенту – Стратегия Европейского союза для поддержки снижения риска бедствий в развивающихся странах (COM/2009/84 final).

<sup>294</sup> См. предложение относительно решения о Механизме гражданской защиты Союза (сноска 292 выше).

<sup>295</sup> Там же, статья 3, пункт 1 a)–b).

<sup>296</sup> Сообщение от Комиссии Европейскому парламенту, Совету, Европейскому экономическому и социальному комитету и Комитету регионов – Подход Сообщества к предотвращению стихийных бедствий и техногенных катастроф (COM/2009/82 final).

<sup>297</sup> См. сноску 293 выше.

<sup>298</sup> См. La Vaccara, «An enabling environment for disaster risk reduction», pp. 199 and 208.

v) *Латинская Америка и Карибский бассейн*

109. Принятая в 1991 году Межамериканская конвенция об облегчении оказания помощи в случае бедствий является единственной региональной конвенцией для Южной и Северной Америки, которая непосредственно касается бедствий. Вступившая в силу в 1996 году Конвенция исключительно посвящена реагированию на бедствия и поэтому играет ограниченную роль с точки зрения определения обязанностей государств в период до бедствия.

110. Однако, что касается субрегионального уровня, то в соглашениях уделяется все больше внимания таким вопросам, как предотвращение бедствий и смягчение их последствий. В 1999 году Ассоциация карибских государств приняла свой собственный договор по вопросу о реагировании на бедствия: Соглашение между государствами – членами Ассоциации карибских государств и ее ассоциированными членами о региональном сотрудничестве в отношении стихийных бедствий<sup>299</sup>. Соглашение прямо предусматривает создание «сети юридически обязательных процедур, которые способствуют развитию сотрудничества в области предотвращения, уменьшения последствий и управления деятельностью в отношении стихийных бедствий» (статья 2). Согласно этому документу, Договаривающиеся Стороны соглашаются поощрять «разработку и осуществление стандартов и законов, политики и программ в области управления деятельностью в случае стихийных бедствий и их предотвращения поэтапным и поступательным образом», в том числе посредством выявления «общих руководящих принципов и критериев» в ряде областей, таких как классификация поступающих по гуманитарной линии предметов снабжения и дотаций (статьи 4 и 7). Это соглашение пока в силу не вступило. В Панамской декларации<sup>300</sup>, принятой на четвертом Саммите глав государств и/или правительств Ассоциации карибских государств, подтверждается важность предотвращения для уменьшения степени уязвимости по отношению к бедствиям следующим образом:

Мы признаем уязвимость наших стран и территорий по отношению к стихийным бедствиям и их негативное воздействие на наши усилия, направленные на обеспечение устойчивого развития; мы также разделяем идею о том, что наиболее эффективным способом борьбы с уязвимостью по отношению к стихийным бедствиям является учет фактора управления деятельностью в случае бедствия и уменьшения степени риска в стратегиях и планах в области развития на всех уровнях наших правительств. Мы далее подтверждаем важность международного сотрудничества, особенно на региональном уровне, в целях укрепления национальных и региональных органов, занимающихся вопросами предотвращения стихийных бедствий и уменьшением их риска<sup>301</sup>.

111. В соответствии с другими субрегиональными документами были созданы управления по координации усилий в области уменьшения опасности бедствий. Например, в 1991 году государства – участники Карибского сообщества приняли Соглашение об учреждении Карибского агентства реагирования на чрезвычайные ситуации. В Соглашении на это

агентство возлагаются задачи по созданию национального потенциала в области реагирования на бедствия. Государства-участники обязались принять ряд мер для обеспечения надлежащей готовности их национальных систем к реагированию на бедствия (статья 4). Они также обязались уменьшать правовые препятствия для въезда персонала и ввоза товаров, обеспечивая защиту и иммунитет от гражданской ответственности и налогообложения, с тем чтобы помочь государствам и их сотрудникам по вопросам оказания помощи и облегчить транзит (статьи 21–23).

112. Кроме того, в 1993 году Коста-Рика, Сальвадор, Гватемала, Гондурас, Никарагуа и Панама создали Координационный центр по предупреждению стихийных бедствий в Центральной Америке в рамках Системы центральноамериканской интеграции в качестве специализированного учреждения, которому поручена координация осуществления Регионального плана уменьшения опасности бедствий. В 2003 году Координационный центр внес изменения в свой учредительный документ для того, чтобы отразить такие принципы, как международное сотрудничество, поощрение прав человека (включая право на защиту в случае бедствий), а также участие общественности в планировании деятельности по управлению в случае стихийных бедствий. Самому Координационному центру было поручено выполнять такую задачу, как содействие оказанию технической помощи и осуществлению сотрудничества между государствами-членами в области предотвращения бедствий и смягчения их последствий.

**D. Национальная политика и законодательство**

113. Как уже отмечалось<sup>302</sup>, после Международного десятилетия по уменьшению опасности стихийных бедствий государства участвовали в проведении различных мероприятий по консолидации усилий, направленных на активизацию подготовки в случае пагубных последствий бедствий и их уменьшения. В следующих итоговых двух основных документах – Июкогамская стратегия и Хиогская рамочная программа действий – к государствам обращается призыв обеспечивать выполнение положений национального законодательства, которые предусматривают предотвращение бедствий, смягчение их последствий и обеспечение готовности к ним.

114. Как указывалось выше<sup>303</sup>, государства выполняли положения Хиогской рамочной программы действий посредством учета аспекта уменьшения опасности бедствий в национальной политике и юридических рамках. Что касается проведенного в 2011 году обзора, то 64 государства или районы сообщили о выработке конкретных стратегий в области уменьшения опасности бедствий, равномерно затрагивающих все континенты и регионы, включая основные места, подверженные опасности. В их число входят: Алжир, Ангилья, Аргентина, Армения, Бангладеш, Боливия (Многонациональное Государство), Бразилия, Британские Виргинские

<sup>299</sup> Текст этого Соглашения еще не вступил в силу, имеется по адресу [www.acs-aec.org](http://www.acs-aec.org).

<sup>300</sup> См. сноску 188 выше.

<sup>301</sup> Пункт 20.

<sup>302</sup> См. пункт 35 выше.

<sup>303</sup> Там же.

острова, бывшая югославская Республика Македония, Вануату, Венесуэла (Боливарианская Республика), Гана, Гватемала, Германия, Гондурас, Грузия, Доминиканская Республика, Индия, Индонезия, Италия, Кабо-Верде, Канада, Кения, Колумбия, Коста-Рика, Кот-д'Ивуар, Куба, Лаосская Народно-Демократическая Республика, Ливан, Маврикий, Мадагаскар, Малави, Малайзия, Мальдивские Острова, Марокко, Маршалловы Острова, Мексика, Мозамбик, Монголия, Непал, Нигерия, Никарагуа, Новая Зеландия, Норвегия, Объединенная Республика Танзания, острова Кука, Панама, Парагвай, Перу, Польша, Самоа, Сенегал, Сент-Китс и Невис, Сент-Люсия, Сирийская Арабская Республика, Соединенные Штаты, Таиланд, Фиджи, Финляндия, Чили, Швейцария, Швеция, Шри-Ланка и Япония.

115. В более недавнем времени УСРБ ООН определило 76 государств, которые приняли национальные платформы, определяемые как «координационный механизм для учета в русле основной деятельности мероприятий по уменьшению опасностей бедствий в рамках политики, планирования и программ в области развития» в целях реализации стратегий сокращения рисков бедствий<sup>304</sup>.

116. Секретариат указал на то, что правовые и стратегические рамки, в более непосредственной степени касающиеся предотвращения, как правило, реализуются не на региональном или международном уровнях, а на национальном уровне<sup>305</sup>. Несколько государств приняли законодательные акты, конкретно касающиеся вопроса об уменьшении опасности бедствий либо в рамках отдельного законодательного акта, либо в виде более широких правовых рамок, касающихся как управления рисками в случае бедствий, так и реагирования на них. В число государств и территорий, принявших на национальном и территориальном уровне законы, предусматривающие необходимость уменьшения риска опасностей, входят Алжир<sup>306</sup>, Камерун<sup>307</sup>, Доминиканская Республика<sup>308</sup>, Сальвадор<sup>309</sup>, Эстония<sup>310</sup>, Франция<sup>311</sup>, Гватемала<sup>312</sup>,

Гаити<sup>313</sup>, Венгрия<sup>314</sup>, Индия<sup>315</sup>, Индонезия<sup>316</sup>, Италия<sup>317</sup>, Мадагаскар<sup>318</sup>, Намибия<sup>319</sup>, Новая Зеландия<sup>320</sup>, Пакистан<sup>321</sup>, Перу<sup>322</sup>, Филиппины<sup>323</sup>, Республика Корея<sup>324</sup>, Словения<sup>325</sup>, Южная Африка<sup>326</sup>, Китайская провинция Тайвань<sup>327</sup>, Таиланд<sup>328</sup> и Соединенные Штаты<sup>329</sup>.

117. В целях демонстрации можно привести несколько примеров учета аспекта предотвращения на законодательной или политической основе. После того как Южная Африка в 2002 году приняла Закон о ликвидации последствий бедствий, она разработала в связи с ним детальный стратегический документ по вопросу о своих национальных рамках управления деятельностью в случае бедствий. Кроме того, в Южной Африке действуют несколько законов, касающихся стихийных бедствий, таких как пожары, а также предупреждения стихийных бедствий, например законы об оценке воздействия на окружающую среду. Намибия включила положение о предотвращении в свой Закон 2012 года об управлении рисками бедствий, которое предусматривает «применение комплексного и скоординированного подхода к управлению деятельностью в случае бедствий, нацеленного на предотвращение или уменьшение опасности бедствий, сокращение их масштабов, обеспечение готовности к чрезвычайным

<sup>313</sup> Гаити, Национальный план управления рисками и ликвидации последствий бедствий (2001 год).

<sup>314</sup> Венгрия, Закон LXXIV о руководстве деятельностью по предотвращению бедствий и ее организации и предотвращении серьезных аварий, связанных с опасными материалами (1999 год).

<sup>315</sup> Индия, Закон о ликвидации последствий бедствий, № 53 (2005 год), имеется по адресу <http://indiacode.nic.in>.

<sup>316</sup> Индонезия, Закон № 24 2007 года, касающийся ликвидации последствий бедствий.

<sup>317</sup> Италия, Указ премьер-министра о создании национальной платформы по снижению риска бедствий (2008 год).

<sup>318</sup> Мадагаскар, Указ № 2005-866, устанавливающий порядок применения Закона № 2003-010 от 5 сентября 2003 года о национальной политике управления рисками и ликвидации последствий бедствий (2005 год).

<sup>319</sup> Намибия, Закон об управлении рисками бедствий (2012 год).

<sup>320</sup> Новая Зеландия, Постановление о национальном плане ликвидации чрезвычайных ситуаций в области гражданской обороны 2005 года (SR 2005/295), часть 3.

<sup>321</sup> Пакистан, Национальный закон о ликвидации последствий бедствий (2010 год). См. также официальное заявление Правительства Пакистана на третьей сессии Глобальной платформы по снижению риска бедствий в 2011 году, имеется по адресу [www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstatement.pdf](http://www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstatement.pdf).

<sup>322</sup> Перу, Закон № 29664 о создании Национальной системы управления рисками бедствий (2011 год).

<sup>323</sup> Филиппины, Филиппинский закон об управлении рисками бедствий (2006 год).

<sup>324</sup> Республика Корея, Национальный закон о противодействии бедствиям (1995 год); Национальный закон о ликвидации последствий бедствий (2010 год).

<sup>325</sup> Словения, Закон о защите от бедствий стихийного и иного характера (2006 год).

<sup>326</sup> Южная Африка, Закон о ликвидации последствий бедствий № 57 2002 года.

<sup>327</sup> Китайская провинция Тайвань, Закон о предотвращении бедствий и реагировании на них (2002 год).

<sup>328</sup> Таиланд, Закон о предотвращении бедствий и смягчении их последствий (2007 год).

<sup>329</sup> Соединенные Штаты, Закон о смягчении последствий бедствий 2000 года.

<sup>304</sup> Текст постоянно обновляемого перечня государств, которые приняли национальные платформы, см. по адресу [www.unisdr.org/partners/countries](http://www.unisdr.org/partners/countries).

<sup>305</sup> A/CN.4/590 и Add.1-3 (сноска 78 выше), пункт 33.

<sup>306</sup> Алжир, Закон о предотвращении крупных рисков и ликвидации последствий бедствий в рамках устойчивого развития от 25 декабря 2004 года, имеется по адресу [www.mtp.gov.dz/GUIDE%20JURIDIQUE/textes-de-portee-generale/5-Loi-n2004-20.pdf](http://www.mtp.gov.dz/GUIDE%20JURIDIQUE/textes-de-portee-generale/5-Loi-n2004-20.pdf).

<sup>307</sup> Камерун, *Arrêté No. 037/PM du 19 mars 2003 portant création, organisation et fonctionnement d'un Observatoire National des Risques*.

<sup>308</sup> Доминиканская Республика, Указ № 874-09 об утверждении Постановления о применении Закона № 147-02 об управлении рисками и отмене глав 1, 2, 3, 4 и 5 Указа № 932-03 (2009 год).

<sup>309</sup> Сальвадор, Закон о гражданской защите, предотвращении бедствий и смягчении их последствий (2005 год).

<sup>310</sup> Эстония, Закон о готовности к чрезвычайным ситуациям (2000 год).

<sup>311</sup> Франция, Закон № 2003-699 о предупреждении риска бедствий техногенного и природного характера и ликвидации ущерба (2003 год).

<sup>312</sup> Гватемала, Указ № 109-96, Закон о национальном координационном органе по уменьшению опасности стихийных бедствий и антропогенных катастроф (1996 год).

ситуациям, быстрое и эффективное реагирование в случае бедствий и деятельность в период после бедствия»<sup>330</sup>. Филиппины включили аспект предотвращения в число функций управленческих структур и определили его следующим образом:

Срочное предотвращение неблагоприятных последствий опасностей и связанных с ними бедствий. В этом отражается концепция и намерение полностью избегать потенциальных неблагоприятных воздействий посредством заблаговременных мер, таких как строительство дамб или плотин для уменьшения опасности наводнений, соблюдение положений о землепользовании, которые не позволяют проживание в зонах высокого риска, и разработка сейсмических инженерных проектов, обеспечивающих устойчивость и функционирование того или иного важного здания в случае вероятного землетрясения<sup>331</sup>.

118. Недавно Колумбия укрепила свои национальные стратегические рамки в связи с управлением деятельностью в случае бедствий, которые стали включать в себя аспекты предотвращения на единой всеобъемлющей базе. В соответствии с принятым в апреле 2012 года Законом о национальной системе управления деятельностью по уменьшению рисков в случае бедствий была создана национальная система по управлению рисками в случае бедствий, которая предусматривает меры как по предотвращению бедствий, так и реагированию на них. Она закладывает основу для сотрудничества с различными правительственными учреждениями, такими как Группа по управлению рисками в случае бедствий и Национальная система предотвращения бедствий и реагирования на них<sup>332</sup>.

119. Несколько государств также проводили в жизнь политику, нацеленную на уменьшение степени риска бедствий, в качестве дополнения к законодательной базе или в рамках отдельных усилий. Например, Гана разработала национальную политику по вопросам уменьшения риска бедствий для учета фактора уменьшения риска бедствий в рамках планирования и функционирования публичных институтов. На третьей сессии Глобальной платформы по снижению риска бедствий, состоявшейся в 2011 году, Гана заявила, что уменьшение опасности бедствий входит в число ключевых факторов при рассмотрении вопросов благого управления и устойчивого развития<sup>333</sup>. Бангладеш является еще одним примером страны, которая проводит активную политику при отсутствии официально действующего законодательства, включающую координацию деятельности 12 министерств в рамках всеобъемлющей программы управления деятельностью в случае бедствий, разработку национального плана по управлению деятельностью в случае бедствий на период 2010–2015 годов, стратегию

по вопросам изменения климата, план действий (2009 год) и регламент по вопросам бедствий<sup>334</sup>.

120. Цель настоящего раздела не заключается в рассмотрении исчерпывающего перечня национальных законодательных актов по вопросам уменьшения риска бедствия, в нем просто предпринимается попытка провести обзор, касающийся различных подходов. Хотя в рамках нижеследующего анализа главным образом рассматривается законодательство, конкретно посвященное управлению деятельностью в случае бедствий, другие виды законодательных актов также являются релевантными, в том числе акты, посвященные таким вопросам, как метеорологические прогнозы, страхование, ограничение на землепользование, а также законодательные акты, предусматривающие право общественности на получение информации. Последние упомянутые законодательные акты будут кратко обсуждены ниже. В настоящем разделе будут резюмированы ключевые положения законов, касающихся управления деятельностью в случае бедствий, из 14 географически и экономически различных государств, некоторые из которых были определены в меморандуме Секретариата<sup>335</sup>, а другие были выбраны для целей диверсификации по географическому принципу и принципу экономического развития. В настоящем разделе будут проанализированы положения законодательства по вопросам бедствий, принятого Алжиром<sup>336</sup>, Боливией (Многонациональное Государство)<sup>337</sup>, Колумбией<sup>338</sup>, Коста-Рикой<sup>339</sup>, Кубой<sup>340</sup>, Индией<sup>341</sup>, Японией<sup>342</sup>, Никарагуа<sup>343</sup>,

<sup>334</sup> На третьей сессии Глобальной платформы в 2011 году правительство Бангладеш отметило, что вопрос о разработке национального законопроекта по вопросу об управлении деятельностью в случае бедствия находится на стадии активного рассмотрения. См. <http://preventionweb.net/files/globalplatform/bangladeshrevisedstatement.pdf>.

<sup>335</sup> A/CN.4/590 и Add.1–3 (сноска 78 выше).

<sup>336</sup> См. сноску 306 выше.

<sup>337</sup> Многонациональное Государство Боливия, Закон о снижении рисков и реагировании на бедствия (2000 год), Закон № 2140, имеется по адресу [www.preventionweb.net/files/30230\\_bol2140.pdf](http://www.preventionweb.net/files/30230_bol2140.pdf).

<sup>338</sup> Колумбия, Закон № 1523 от 24 апреля 2012 года, утверждающий Национальную политику в области управления рисками бедствий, создающий Национальную систему управления рисками бедствий и содержащий иные положения. Незадолго до принятия этого закона Всемирный банк опубликовал итоги всеобъемлющего исследования по вопросам проводимой в Колумбии политики в области управления рисками бедствий, в котором были высказаны критические замечания о страновых рамках, которые могли оказать влияние на сферу охвата нового законодательства. См. World Bank, *Analysis of Disaster Risk Management in Colombia: A Contribution to the Creation of Public Policies*.

<sup>339</sup> Коста-Рика, Национальный закон о предотвращении чрезвычайных ситуаций и рисков (2011 год), Закон № 84488 от 11 января 2006 года.

<sup>340</sup> Farber and Chen, *Disasters and the Law: Katrina and Beyond*, pp. 211–212.

<sup>341</sup> См. сноску 315 выше.

<sup>342</sup> Япония, Базовый закон о противодействии бедствиям, Закон № 223 (1961 год, пересмотрен в 1997 году).

<sup>343</sup> Никарагуа, Закон № 337 (2000 год), Закон о создании национальной системы предотвращения бедствий, смягчения их последствий и реагирования на них.

<sup>330</sup> Намибия, Закон об управлении рисками бедствий (2012 год), пункт преамбулы.

<sup>331</sup> Филиппины, Правила и положения о применении Закона Республики № 10121, правило 2, пункт 1 (1).

<sup>332</sup> Всемирный банк, «В Колумбии впервые появилась осведомленность о стихийных бедствиях и политика по их предупреждению – президент Колумбии Хуан Мануэль Сантос», 24 апреля 2012 года.

<sup>333</sup> См. [www.preventionweb.net/files/globalplatform/globalplatform2011ghana.docx](http://www.preventionweb.net/files/globalplatform/globalplatform2011ghana.docx).



Филиппинами<sup>344</sup>, Южной Африкой<sup>345</sup>, Шри-Ланкой<sup>346</sup>, Соединенным Королевством<sup>347</sup>, Соединенными Штатами<sup>348</sup> и Вьетнамом<sup>349</sup>.

121. Прежде чем в настоящем разделе будут в определенной степени подробно рассмотрены ключевые элементы этого законодательства, в нем будет проведен анализ двух общих аспектов этого законодательства, которые свидетельствуют о признании государствами наличия обязательства принимать меры по борьбе с бедствиями. Во-первых, констатировать отсутствие каких-либо значительных различий между государствами в плане определения сферы охвата проблемы, которую они стремятся решать. Главным образом законодательство направлено на защиту от стихийных и антропогенных бедствий. Основное различие заключается в конкретике примеров, указанных в тексте законодательных актов. Например, Шри-Ланка включает в свое определение стихийных бедствий или антропогенных катастроф большой перечень потенциальных подпадающих под определение инцидентов, включая оползни, циклоны, пожары, химические аварии, гражданские или внутренние беспорядки, ядерные катастрофы или разливы нефти<sup>350</sup>. В Никарагуа законодательство касается как стихийных, так и антропогенных бедствий, но при этом содержит большой перечень стихийных бедствий, которые могут квалифицироваться как таковые без увязки с параллельным перечнем антропогенных бедствий<sup>351</sup>. Другие государства широко определяют понятие бедствия, не приводя при этом более конкретных примеров. Например, в законодательстве Филиппин понятие «бедствие» определяется как «серьезный срыв в функционировании общины»<sup>352</sup>. Несколько законов конкретно каса-

ются наводнений или штормов: хотя эти ограничения, как правило, отражены в названии, они могут потенциально применяться как к стихийным, так и антропогенным наводнениям<sup>353</sup>. Несколько государств также включили в свое законодательство требование о том, что то или иное событие должно причинить ущерб населению, собственности или экономике, с тем чтобы по-настоящему рассматриваться в качестве бедствия<sup>354</sup>. Однако, вместе взятые, эти законы свидетельствуют о признании обязательства разрабатывать законодательные акты по вопросам борьбы со стихийными и антропогенными бедствиями.

122. Второй элемент законодательства по вопросам стихийных бедствий, который указывает государствам на то, что они обязаны с помощью двух различных методов определять объект, цель и задачи законодательных актов. Наиболее общий подход просто предусматривает, что законодательство преследует цель установления рамок для управления рисками в случае бедствий в целях предотвращения бедствий, уменьшения вреда и повышения степени готовности того или иного государства в случае бедствий<sup>355</sup>. Всего

угроз); Соединенные Штаты, Закон о национальной безопасности (сноска 348 выше), пункт 313 (b) (2) (A) (защита от «опасности стихийных бедствий, актов терроризма и других антропогенных бедствий, включая катастрофы»); Индия, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 315 выше), статья 2 («бедствие» означает стихийные или антропогенные катастрофы или аварии либо проявления небрежности).

<sup>353</sup> См.: Вьетнам, Постановление о предотвращении наводнений и штормов и борьбе с ними и Положения об осуществлении (сноска 349 выше), статья 2; Соединенное Королевство, Закон о борьбе с наводнениями и управлении водными ресурсами (сноска 347 выше), статья 1 (где речь идет о наводнениях и эрозии побережья, включая прорывы плотин, но не наводнения, когда сильные дожди приводят к прорыву канализационной системы).

<sup>354</sup> Южная Африка, Закон о ликвидации последствий бедствий № 57 2002 года (сноска 326 выше), пункт 1 (бедствие означает «постепенное или неожиданное, широко распространенное или локальное, природное или антропогенное явление, которое является причиной или несет в себе угрозу причинения смерти, вреда или заболеваний, причинения ущерба собственности, объектам инфраструктуры или окружающей среде либо срыва функционирования общины, а также носит такие масштабы, которые превышают способность тех, кто негативно затронут бедствием, бороться с его последствиями с применением только своих собственных ресурсов»); и Колумбия, Закон, создающий Национальную систему управления рисками бедствий (сноска 338 выше), статья 4, пункт 8 (объявление того, что бедствие является результатом стихийных или непреднамеренных антропогенных явлений, которые вызывают гибель людей или наносят ущерб имуществу, экономике или окружающей среде).

<sup>355</sup> См.: Южная Африка, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 326 выше), преамбула (где предусматривается, что «политика в области управления деятельностью в случае бедствия нацелена на предотвращение или уменьшение риска бедствий, снижение масштабов ущерба в случае бедствий, обеспечение готовности на случай чрезвычайных ситуаций, быстрое и эффективное реагирование на бедствие и восстановление в период после бедствия»); Вьетнам, Постановление о предотвращении наводнений и штормов и борьбе с ними и Положения об осуществлении (сноска 349 выше), преамбула (где излагаются положения, касающиеся деятельности, проводимой в целях предотвращения, контролирования и смягчения последствий наводнений и бурь); Соединенное Королевство, Закон о борьбе с наводнениями и управлении водными ресурсами (сноска 347 выше), преамбула (где предусмотрены меры, связанные с управлением деятельностью по уменьшению рисков в случае наводнения или эрозии побережья); Соединенные Штаты, Закон о национальной

<sup>344</sup> Филиппины, Филиппинский закон о снижении риска бедствий и ликвидации их последствий 2010 года, Закон Республики № 10121.

<sup>345</sup> См. сноску 326 выше.

<sup>346</sup> Шри-Ланка, Закон о ликвидации последствий бедствий, № 13 от 2005 года, 13 мая 2005 года.

<sup>347</sup> Соединенное Королевство, Закон о борьбе с наводнениями и управлении водными ресурсами (2010 год).

<sup>348</sup> Соединенные Штаты, Закон о национальной безопасности 2002 года, раздел 6 Свода законов США, пункты 311–321 (где определяются задачи, обязательства и полномочия Федерального агентства по чрезвычайным ситуациям).

<sup>349</sup> Вьетнам, Постановление о предотвращении наводнений и штормов и борьбе с ними и Положения об осуществлении, № 09-L/CTN (1993 год).

<sup>350</sup> Шри-Ланка, Закон о ликвидации последствий бедствий, статья 25. См. также Алжир, Закон о предотвращении рисков и ликвидации последствий бедствий (сноска 306 выше), статья 2 и 10 (включая землетрясения, наводнения, пожары, промышленные и ядерные аварии и эпидемии); и Япония, Базовый закон о противодействии бедствиям (сноска 342 выше), статья 2, в котором указывается, что «бедствие» означает шторм, наводнение, землетрясение, цунами или другое необычное стихийное явление, большие пожары либо взрыв или любой иной ущерб аналогичного масштаба.

<sup>351</sup> Никарагуа, Закон о создании национальной системы предотвращения бедствий, смягчения их последствий и реагирования на них (сноска 343 выше), статья 3.

<sup>352</sup> Филиппины, Филиппинский закон о снижении риска бедствий и ликвидации их последствий (сноска 344 выше), пункт 3. См. также: Многонациональное Государство Боливия, Закон о снижении рисков и реагировании на бедствия (сноска 337 выше), статья 1 (защита от стихийных, техногенных и антропогенных

несколько других государств дополняли такие положения изложением более общих целей, таких как защита жизни<sup>356</sup>, или мотивацией закона, такой как предварительный опыт в случае бедствий<sup>357</sup>. В то же время, например, в принятом в Индии Национальном законе о ликвидации последствий бедствий конкретно требуется принятие мер для предотвращения бедствий, учет мер по смягчению последствий и созданию потенциала по обеспечению готовности в случае бедствий<sup>358</sup>. Соединенные Штаты стали применять немного более целевой подход, предполагающий,

(продолжение сноски 355)

безопасности (сноска 348 выше), пункт 313 (b) (2) (A) (руководство по «предпринимаемым на национальном уровне усилиям по подготовке к [бедствиям], защите от них, реагировании на них и восстановлению после них»); Индия, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 315 выше), преамбула (где говорится об эффективном управлении деятельностью в случае бедствий); Никарагуа, Закон о создании национальной системы предотвращения бедствий, смягчения их последствий и реагирования на них (сноска 343 выше), статья 1 (где говорится о том, что цель закона заключается в установлении принципов, норм и механизмов, необходимых для создания системы предупреждения бедствий, снижения их риска, смягчения их последствий и обеспечения готовности к ним); Многонациональное Государство Боливия, Закон о снижении рисков и реагировании на бедствия (сноска 337 выше), статья 1 (которая регулирует все виды деятельности в области уменьшения рисков и предупреждения о бедствиях и чрезвычайных ситуациях, устанавливая институциональную базу, которая уменьшает риски бедствий и чрезвычайных ситуаций); Колумбия, Закон, создающий Национальную систему управления рисками бедствий (сноска 338 выше), статья 1 (управление деятельностью в случае бедствий посредством осуществления процесса реализации политики, стратегических планов и постановлений, которые необходимы для снижения степени риска, управления рисками, а также обеспечения безопасности, благосостояния и уровня жизни людей); и Алжир, Закон о предотвращении рисков и ликвидации последствий бедствий (сноска 306 выше), статья 1 (вводящая в действие правила по предотвращению основных рисков и управлению деятельностью в случае бедствий).

<sup>356</sup> См., например, Соединенные Штаты, Закон о национальной безопасности (сноска 348 выше), пункт 313 (b) (2) (задача заключается в уменьшении человеческих потерь и ущерба имуществу, а также защите страны от всех опасностей). См. также далее: Япония, Базовый закон о противодействии бедствиям (сноска 342 выше), статья 1 («Что касается цели защиты национальной территории, благосостояния граждан и их собственности, настоящий закон имеет своей целью создание механизма... для разработки планов предотвращения бедствий... обеспечивающих эффективное и упорядоченное руководство деятельностью по всеобъемлющему и систематическому предотвращению бедствий»); Филиппины, Филиппинский закон о снижении риска бедствий и ликвидации их последствий (сноска 344 выше), пункт 2 (где определяется политика государств, направленная на поддержку права на жизнь и укрепление странового институционального потенциала в области уменьшения опасности бедствий); и Шри-Ланка, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 346 выше), преамбула (где говорится о необходимости защищать человеческую жизнь и имущество людей, а также окружающую среду Шри-Ланки от бедствий).

<sup>357</sup> См., например, Никарагуа, Закон о создании национальной системы предотвращения бедствий, смягчения их последствий и реагирования на них (сноска 343 выше), преамбула (ссылка на несколько факторов, побудивших принять этот закон, такие как Международное десятилетие Организации Объединенных Наций по уменьшению опасности стихийных бедствий, такие климатические явления, как «Эль-Нинья» и «Ла-Нинья», а также происходившие ранее в стране землетрясения, извержения вулканов, наводнения, ураганы и лесные пожары). См. также: Вьетнам, Постановление о предотвращении наводнений и штормов и борьбе с ними и Положения об осуществлении (сноска 349 выше), преамбула (указание на гибель людей и имущественные потери в результате наводнений и бурь).

<sup>358</sup> Индия, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 315 выше), статья 11.

что Федеральное агентство по чрезвычайным ситуациям «разработает руководство относительно выявления потенциальных опасностей и оценки рисков и воздействия; смягчения воздействия по широкому кругу опасностей... при обеспечении необходимой готовности в случае чрезвычайных ситуаций и обращении к мерам реагирования»<sup>359</sup>. В этих заявлениях предотвращение, смягчение последствий и обеспечение готовности определяются как конкретные задачи государств. В целях соблюдения последовательности в настоящем разделе будут рассмотрены эти три признанные компоненты базы в области уменьшения опасности бедствий и будут указаны конкретные релевантные положения законодательных актов государств.

## 1. ПРЕДОТВРАЩЕНИЕ РИСКА

123. Предотвращение риска касается мер, которые государство принимает для уменьшения вероятности бедствия. С учетом этого в обсуждаемых законодательных актах прослеживаются три главных подхода при решении этой задачи: оценка риска, обмен информацией и контроль в области землепользования.

### а) Оценка риска

124. Согласно Хиогской рамочной программе действий:

Отправным пунктом для деятельности по уменьшению риска бедствий и воспитанию культуры противодействия бедствиям является знание опасностей и физических, социальных, экономических и экологических факторов уязвимости бедствиям, с которыми сталкиваются большинство обществ, а также и моделей изменения опасностей и факторов уязвимости в краткосрочной и долгосрочной перспективе, на основе которого принимаются соответствующие меры<sup>360</sup>.

125. Вторым приоритетным направлением деятельности Рамочной программы являются «выявление, оценка и мониторинг факторов риска бедствий и улучшение раннего предупреждения» (пункт 14, подпункт 2). Ключевые мероприятия в этих рамках заключаются в следующем:

а) Подготовка, периодическое обновление и широкое распространение карт зон риска и смежной информации в надлежащем формате среди директивных органов и подверженных риску общин.

б) Разработка систем показателей риска бедствий и уязвимости к ним в национальном и субнациональном масштабах, позволяющих директивным органам оценивать воздействие бедствий на социальные, экономические и экологические условия, а также информировать о полученных результатах директивные органы, общественность и группы населения, подверженные риску.

в) Регистрация, анализ, обобщение и распространение на регулярной основе статистической информации о случаях бедствий, их воздействии и связанных с ними потерях с использованием международных, региональных, национальных и местных механизмов<sup>361</sup>.

<sup>359</sup> Соединенные Штаты, Закон о национальной безопасности (сноска 348 выше), пункт 321 l.

<sup>360</sup> A/CONF.206/6, пункт 17.

<sup>361</sup> Там же.

126. В Июгогамской стратегии в качестве ее первого принципа особо подчеркнута, что «оценка риска является необходимым шагом для принятия надлежащей и успешной политики и мер по уменьшению опасности стихийных бедствий»<sup>362</sup>, а Генеральная Ассамблея подчеркнула важность оценки риска как на национальном, так и на местном уровнях в целях уменьшения степени уязвимости по отношению к опасностям и предотвращения пагубных последствий бедствий<sup>363</sup>.

127. Оценка риска на национальном уровне разнится в зависимости от финансовых и научных ограничений, региональных и местных потребностей и подхода каждого отдельного государства. В 2011 году 12 из 15 респондентов при проведении обследования в государствах-членах, входящих в состав Группы двадцати, сообщили о проведении на национальном уровне оценок риска, в то время как остальные три сообщили о том, что оценки риска находятся на этапе подготовки и будут проведены уже в 2013 году<sup>364</sup>. Обзор национальных и местных оценок риска на основе данных об опасности и уязвимости показывает, что эта деятельность наиболее широко осуществляется в контексте каждой превентивной стратегии на базе Хиогской рамочной программы действий<sup>365</sup>.

128. Имеются данные о том, что государства запрашивают помощь для проведения своих национальных оценок риска. По меньшей мере 40 стран обратились за помощью к Программе выявления глобальных рисков при Программе развития Организации Объединенных Наций, с тем чтобы углубить свои знания относительно опасности бедствий посредством проведения национальных оценок риска и задействования соответствующих национальных информационных систем<sup>366</sup>. Двенадцать стран из Латинской Америки и Южной Азии обратились с просьбами об оказании помощи к структуре под названием «Вероятностная оценка рисков для стран Центральной Америки», оказывающей техническую помощь в оценке рисков<sup>367</sup>.

129. Было установлено, что из 14 обследованных стран в нескольких из них уделялось повышенное внимание таким вопросам, как выявление опасности бедствий, их оценка и мониторинг. Например, в

Индии требуются принимаемые на государственном и окружном уровнях планы для определения конкретных уязвимых сторон и разработка мер по уменьшению степени вреда с учетом степени уязвимости<sup>368</sup>. В целях решения этих задач законодательство предусматривает, что руководящие принципы в отношении предотвращения и уменьшения последствий должны соблюдаться и учитываться при строительстве зданий в целях подтверждения того, что они возведены с соблюдением надлежащих стандартов, касающихся предотвращения бедствий<sup>369</sup>. Мониторинг риска может осуществляться в различных формах, однако в общем он сопряжен с оценками риска и метеорологическим прогнозированием. Например, в законодательстве Японии содержится положение о том, что местные органы власти должны участвовать в метеорологическом прогнозировании, с тем чтобы содействовать предотвращению бедствий, вызываемых ураганами<sup>370</sup>. На Филиппинах законодательство предусматривает оценки рисков и накопление знаний о них<sup>371</sup>. В законодательстве Вьетнама содержится призыв проводить метеорологическое прогнозирование и предусматривается налаживание партнерских отношений между государственным и частным сектором для достижения этих целей<sup>372</sup>. Аналогичным образом законодательство Филиппин требует идентифицировать, оценивать и приоритизировать опасности и риски<sup>373</sup> в целях сведения воедино накопленной на местном уровне информации о рисках бедствий, включая опасность стихийных бедствий, об уязвимых сторонах и связанных с изменением климата рисках для составления карты рисков на местном уровне<sup>374</sup>.

130. Некоторые государства используют практику текущего отслеживания погоды в качестве средства выявления потенциальных рисков. Например, в Соединенных Штатах Национальная метеорологическая служба первоначально начала действовать как служба, помогавшая фермерам, однако ее полезность с точки зрения предотвращения бедствий повысилась<sup>375</sup>. В Соединенных Штатах метеорологическое прогнозирование осуществляется несколькими структурами, включая Национальную метеорологическую службу, Федеральное управление гражданской авиации (обеспечивает прогнозирование для авиакомпаний и авиарейсов), Национальное управление по исследованию океанов и атмосферы (использует свои системы для обеспечения функционирования национальной системы оповещения в случае стихийных бедствий), а также несколько органов власти на

<sup>362</sup> A/CONF.172/9, глава I, резолюция 1, приложение I.

<sup>363</sup> Резолюции Генеральной Ассамблеи 59/233 от 22 декабря 2004 года, пункт 3; 61/200 от 20 декабря 2006 года, пункт 7; и 63/217 от 19 декабря 2008 года, пункт 10.

<sup>364</sup> См. методологические рамки Г-20/ОЭСР для оценки риска бедствий и финансирования рисков. Имеется по адресу [www.oecd.org/gov/risk/G20disasterriskmanagement.pdf](http://www.oecd.org/gov/risk/G20disasterriskmanagement.pdf).

<sup>365</sup> См. подборку национальных докладов о ходе осуществления Хиогской рамочной программы действий (2009–2011 годы), приоритет 1 Хиогской рамочной программы действий, основной показатель 1.1, имеется по адресу [www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority1-1%282009-2011%29.pdf](http://www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority1-1%282009-2011%29.pdf).

<sup>366</sup> В числе достижений можно, в частности, указать на проведенную на национальном уровне оценку риска и существующей опасности в Лаосской Народно-Демократической Республике; завершленную оценку рисков в городских районах в таких странах, как Мексика, Мозамбик и Непал; создание национальной обсерватории по отслеживанию бедствий в Армении; и начало проведения всеобъемлющей оценки риска в Мозамбике.

<sup>367</sup> Бангладеш, Бутан, Индия, Колумбия, Коста-Рика, Непал, Пакистан, Панама, Перу, Сальвадор, Чили и Шри-Ланка.

<sup>368</sup> Индия, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 315 выше), статья 21.

<sup>369</sup> Там же, статья 30.

<sup>370</sup> Япония, Базовый закон о противодействии бедствиям (сноска 342 выше), статья 35.

<sup>371</sup> Филиппины, Филиппинский закон о снижении риска бедствий и ликвидации их последствий (сноска 344 выше), пункты 3–4 и 12.

<sup>372</sup> Вьетнам, Постановление о предотвращении наводнений и штормов и борьбе с ними и Положения об осуществлении (сноска 349 выше), статьи 10–11.

<sup>373</sup> Филиппины, Филиппинский закон о снижении риска бедствий и ликвидации их последствий (сноска 344 выше), пункт 9.

<sup>374</sup> Там же, пункт 12.

<sup>375</sup> Baum, *When Nature Strikes: Weather Disasters and the Law*, p. 3.

уровне штатов, таких как Департамент штата Юта по вопросам транспорта (обеспечивает прогнозирование, связанное с опасностью снежных обвалов)<sup>376</sup>. Кроме того, государства сотрудничают в создании международных систем метеорологического уведомления в рамках ВМО<sup>377</sup>.

b) *Сбор и распространение информации о рисках*

131. Сбор и распространение информации о рисках могут способствовать предотвращению в плане уменьшения степени уязвимости и обеспечения противодействия опасностям. В Хиогской рамочной программе действий эта цель разъясняется следующим образом:

Масштабы бедствий можно существенно сократить, если население будет хорошо информировано и заинтересовано в создании потенциала предотвращения бедствий и противодействия им, что в свою очередь диктует необходимость сбора, компиляции и распространения соответствующих знаний и информации об опасностях, уязвимости и имеющихся возможностях<sup>378</sup>.

Как далее разъясняется в одном из докладов об осуществлении этой рамочной программы,

процессы сбора и распространения данных позволяют сотрудникам директивных органов и общественности понять ту степень, в которой та или иная страна подвержена различным опасностям, и степень ее уязвимости в социальном, экономическом, экологическом и территориальном планах. Такая информация, распространенная надлежащим и своевременным образом, позволяет общинам принимать эффективные меры по уменьшению степени риска<sup>379</sup>.

132. Согласно третьему приоритетному направлению действий Хиогской рамочной программы действий, государства обязуются принимать различные меры для достижения этой цели. В их число входит предоставление информации, управление и обмен ею посредством таких видов деятельности, как распространение «понятной информации о факторах риска бедствий и о вариантах защиты»<sup>380</sup>. В Июкогамской стратегии содержится призыв заниматься сбором и распространением информации «для повышения осведомленности общественности о стихийных бедствиях и возможностях по уменьшению их воздействия»<sup>381</sup>.

133. Сбор и распространение данных – это элемент стратегий, принятых на национальном уровне. Например, Китай представил информацию об активной стратегии открытия доступа к информации в отношении рисков, в том числе в рамках общенациональной стратегии информирования общественности<sup>382</sup>. Другие страны создали базы данных о потерях в результате бедствий, с тем чтобы директивные органы

были осведомлены о рисках и степени уязвимости на местном уровне<sup>383</sup>.

134. Что касается 14 обследованных государств, то в принятом в Соединенном Королевстве законодательстве содержится требование о ведении регистра уязвимых структур и предлагается распространять информацию и карты по районам, подверженным риску наводнений и эрозии<sup>384</sup>. В Алжире закон предусматривает, что граждане имеют право на получение информации о степени уязвимости или рисках, с которыми они сталкиваются в случае бедствий, доступных для них услуг в плане предотвращения рисков и структурах, которые занимаются вопросами управления деятельностью в случае бедствий<sup>385</sup>. В Колумбии создана национальная информационная система по вопросам управления рисками в случае бедствий, конкретная задача которой заключается в сборе и обеспечении доступа к информации, касающейся стандартов, протоколов, технологических решений и процессов, могущих снизить степень риска. По существу, эта структура действует в качестве национального банка знаний по вопросам, касающимся уменьшения риска бедствий<sup>386</sup>.

135. В некоторых случаях промышленные аварии становились поводом для принятия государствами более жестких положений, которые – в качестве одного из побочных эффектов – уменьшали бы степень опасности антропогенных бедствий посредством идентификации рисков и обмена информацией. В 1984 году из-за утечки химического газа в Бхопале, Индия, погибли и пострадали тысячи людей, жившие около химзавода<sup>387</sup>. После этой аварии в Индии были приняты законы, регулирующие промышленную деятельность. Принятый в 1986 году Закон об охране окружающей среды запрещает промышленным предприятиям, фабрикам или обрабатывающим объектам сброс загрязняющих окружающую среду веществ свыше установленных стандартов<sup>388</sup>. В принятых в 1989 году Правилах о производстве, хранении и импорте опасных химических веществ предусматривается обязанность следящих за борьбой с загрязнением органов периодически проводить инспекции на промышленных предприятиях<sup>389</sup> и требовать от промышленных предприятий представления аудиторских докладов и планов управления деятельностью в случае чрезвычайных ситуаций<sup>390</sup>.

136. Из-за происшедшей в Бхопале аварии было установлено требование, которое касалось документов о проведении оценки экологического воздействия, обязательных документов, содержащих информацию

<sup>383</sup> Там же, пункт 24.

<sup>384</sup> Соединенное Королевство, Закон о борьбе с наводнениями и управлении водными ресурсами (сноска 347 выше), статья 21.

<sup>385</sup> Алжир, Закон о предотвращении рисков и ликвидации последствий бедствий (сноска 306 выше), статья 11.

<sup>386</sup> Колумбия, Закон, создающий Национальную систему управления рисками бедствий (сноска 354 выше), статья 45.

<sup>387</sup> Francis, «Legal aspects of disaster management and rehabilitation: the recent Indian experience of the tsunami disaster».

<sup>388</sup> *Ibid.*

<sup>389</sup> *Ibid.*, pp. 246–247.

<sup>390</sup> *Ibid.*

<sup>376</sup> *Ibid.*, pp. 9 and 14.

<sup>377</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>378</sup> A/CONF.206/6, пункт 18.

<sup>379</sup> UNISDR, «Implementing the Hyogo Framework for Action in Europe: Advances and Challenges», p. 36, имеется по адресу [www.unisdr.org/files/19690\\_hfa11web.pdf](http://www.unisdr.org/files/19690_hfa11web.pdf).

<sup>380</sup> A/CONF.206/6, пункт 18 i) a).

<sup>381</sup> A/CONF.172/9, глава I, резолюция 1, приложение I, пункт 12 a) i).

<sup>382</sup> A/66/301, приложение, пункт 8.

о любых потенциально неблагоприятных последствиях для окружающей среды, а также предложенных планов деятельности по управлению в случае бедствия для устранения таких неблагоприятных последствий, что является другим средством идентификации рисков и обмена информацией<sup>391</sup>. Постановления в отношении промышленности также могут включать в себя связанные с правом на информирование положения, например Закон о планировании на случай чрезвычайной ситуации и праве общин на информирование, который был принят в Соединенных Штатах в 1986 году и предусматривал создание реестра по вопросам токсичных выбросов<sup>392</sup>. Этот закон предусматривает требование о предоставлении публичной отчетности относительно выброса токсичных химических веществ<sup>393</sup>. Затем другие группы стали использовать эту информацию для того, чтобы лучше понять такие вопросы, как степень рисков, распределение рисков и снижение уровня рисков<sup>394</sup>.

### с) Механизмы контроля в сфере землепользования

137. Посредством механизмов контроля в сфере землепользования государства пытаются предотвратить либо конкретные виды деятельности в особо уязвимых районах, либо перекрыть все виды доступа в тот или иной конкретный район. Степень контроля, по всей видимости, зависит от вероятности и серьезности риска в том или ином конкретном районе. Например, Алжир определяет свои главные задачи как повышение осведомленности о рисках и совершенствование мониторинга рисков с учетом рисков в сфере строительства и разработка планов на случай управления деятельностью во время всех видов бедствий<sup>395</sup>. До указания ряда конкретных мер, которые государство может принимать в рамках своих планов управления деятельностью в случае бедствий, в этом законе приводятся пять следующих основных принципов, которые должны лежать в основе государственной политики: принцип предосторожности, принцип сосуществования, принцип превентивных действий и оперативной ликвидации последствий, принцип участия и принцип учета новых и новаторских технических методов<sup>396</sup>. Он предлагает установить запрет на строительство и проживание в зонах, подверженных опасности землетрясений или наводнений<sup>397</sup>. Аналогичным образом Коста-Рика может вводить ограничения на землепользование, с тем чтобы избегать бедствия<sup>398</sup>. Соединенное Королевство также наделило себя широкими по сфере охвата полномочиями по ограничению или санкционированию некоторых видов землепользования<sup>399</sup>.

<sup>391</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>392</sup> Fortun, «Environmental right-to-know and the transmutations of law».

<sup>393</sup> *Ibid.*

<sup>394</sup> *Ibid.*

<sup>395</sup> Алжир, Закон о предотвращении рисков и ликвидации последствий бедствий (сноска 306 выше), статья 7.

<sup>396</sup> Там же, статья 8.

<sup>397</sup> Там же, статья 19.

<sup>398</sup> Коста-Рика, Национальный закон о предотвращении чрезвычайных ситуаций и рисков (сноска 339 выше), статья 34.

<sup>399</sup> Соединенное Королевство, Закон о борьбе с наводнениями и управлении водными ресурсами (сноска 347 выше), статья 3.

138. В 1991 году Индия ввела в действие прибрежную регуляционную зональную систему уведомления для контроля за деятельностью по освоению ресурсов в пределах 500 метров от верхней точки прилива в качестве средства уменьшения потенциального ущерба, наносимого цунами<sup>400</sup>. Системы контроля за землепользованием также эффективно действуют на Кубе, где Институт территориального планирования разрабатывает положения, требующие, чтобы при реализации некоторых строительных проектов соблюдались минимальные требования техники безопасности<sup>401</sup>. Эти положения могут также полностью запрещать строительство в некоторых местностях<sup>402</sup>. Правительство Кубы также поощряет урбанизацию посредством обеспечения доступа сельского населения к основным государственным службам; посредством уменьшения численности населения, проживающего в городах, риски бедствий, степень которых повышается в связи с перенаселенностью, могут быть предотвращены<sup>403</sup>. Задействуя эти механизмы контроля за землепользованием, государства пытаются снизить степень подверженности населения потенциальным угрозам и ограничить любой ущерб, который может наступить в результате бедствия в этом районе. Однако в некоторых случаях степень эффективности механизма контроля за землепользованием является меньшей. Например, в Соединенных Штатах некоторые правительственные ограничения на землепользование могут быть запрещены<sup>404</sup>.

139. Постановления по экологическим вопросам также применялись в Соединенных Штатах и являются другим видом ограничения на землепользование. Из-за осушения болот в Луизиане во время промышленного строительства резко снизилась естественная способность региона защищаться от ураганов; однако правительство может принимать меры по контролю за деятельностью в отношении болотных угодий на основании Закона о чистоте воды<sup>405</sup>. Защищая и восстанавливая болотные угодья, государство среди прочего надеется на уменьшение вреда, вызываемого ураганами, посредством использования природного буфера, коим являются болотные угодья<sup>406</sup>.

140. Хотя в плане предотвращения риска может применяться ряд подходов, в этой связи можно изложить по меньшей мере несколько конкретных соображений, касающихся мер по уменьшению опасности бедствий.

<sup>400</sup> Francis, «Legal aspects of disaster management and rehabilitation...» (сноска 387 выше), pp. 247–248.

<sup>401</sup> Farber and Chen, *Disasters and the Law: Katrina and Beyond*, p. 218.

<sup>402</sup> *Ibid.*

<sup>403</sup> *Ibid.*

<sup>404</sup> *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) (в решении по этому делу было признано, что статут Южной Каролины, запрещающий землевладельцу возводить постоянные жилищные структуры на островах у берегов Южной Каролины, содержит положение об изъятии, предусматривающее выплату справедливой компенсации).

<sup>405</sup> Farber and Chen (сноска 401 выше), pp. 211–212.

<sup>406</sup> *Ibid.*

## 2. УМЕНЬШЕНИЕ ВРЕДА

141. Уменьшение вреда сопряжено с мерами, которые государства принимают для уменьшения объема вреда, вызванного тем или иным бедствием. Этот подход может принимать различные формы, включая требование о том, чтобы сооружения в находящихся в зоне риска районах отвечали определенным стандартам безопасности или были защищены дамбами или плотинами.

### а) Строительные стандарты

142. В законодательстве Алжира содержится предложение устанавливать строительные стандарты с учетом различных видов бедствий<sup>407</sup>. Во Вьетнаме указом разрешается как обеспечение соблюдения строительных стандартов, так и строительство таких объектов, как плотины<sup>408</sup>. В законодательстве Соединенного Королевства имеется ряд примеров предпринимаемых на государственном уровне мер во время наводнения или в рамках деятельности по управлению в случае опасности эрозии побережья, а именно снос или перестройка сооружений и использование нормотворческих государственных полномочий, с тем чтобы санкционировать, требовать, ограничивать или предотвращать некоторые виды деятельности<sup>409</sup>. Кроме того, на государстве лежит обязанность вести реестр структур, содержащий также информацию относительно владельцев и хода работ по ремонту сооружений, которые, по всей видимости, оказывают большое воздействие на район, подверженный риску наводнения<sup>410</sup>. Этот закон дополняет Закон о строительстве 1984 года и содержит требование о том, чтобы рабочие, занимающиеся возведением, монтажом или оборудованием здания, принимали меры по повышению степени стойкости этой структуры к наводнениям или в контексте противостояния бедствиям<sup>411</sup>.

### б) Страхование

143. Системы страхования – это другая форма принимаемых государствами усилий по уменьшению последствий вреда от бедствий. В 1991 году Индия приняла Государственный закон о страховании гражданской ответственности, который содержит требования о том, чтобы промышленные предприятия использовали стратегии по вопросам страхования для покрытия всех обязательств, которые могут возникнуть в связи с их деятельностью, например обязательство покрывать любой потенциальный ущерб окружающей среде<sup>412</sup>. В Соединенных Штатах была принята национальная программа страхования на случай наводнений, которая призвана уменьшить

<sup>407</sup> Алжир, Закон о предотвращении рисков и ликвидации последствий бедствий (сноска 306 выше), статья 23.

<sup>408</sup> Вьетнам, Постановление о предотвращении наводнений и штормов и борьбе с ними и Положения об осуществлении (сноска 349 выше), статьи 34–35.

<sup>409</sup> Соединенное Королевство, Закон о борьбе с наводнениями и управлении водными ресурсами (сноска 347 выше), статья 3.

<sup>410</sup> Там же, статья 21.

<sup>411</sup> Там же, статья 40.

<sup>412</sup> Francis, «Legal aspects of disaster management and rehabilitation...» (сноска 387 выше), p. 248.

вероятность того, что население будет проживать в зонах затопления, и это позволяет снизить опасность бедствия<sup>413</sup>. В рамках этой программы физическим лицам рекомендуется покидать зоны наводнения посредством установления требования о том, чтобы владельцы собственности заключали договор страхования на случай наводнений и повышения ставок страховки всякий раз, когда они обращаются с требованиями о покрытии по линии страховки ущерба от наводнения<sup>414</sup>. В Калифорнии также был введен специальный штатный режим страхования на случай землетрясений, который функционирует аналогичным образом<sup>415</sup>.

144. Хотя в довольно незначительном числе документов по вопросам уменьшения риска бедствий конкретно указываются специальные меры, которые государства должны в необязательном или обязательном порядке принимать для уменьшения степени вреда, во всех планах в той или иной форме содержится указание на необходимость его уменьшения в качестве одной из целей законодательства, а решение вопроса о конкретных методах, используемых компетентными властями, которым поручено разрабатывать и принимать новые положения и законодательные акты, оставлено на их усмотрение.

## 3. ГОТОВНОСТЬ

145. Обеспечение готовности на случай бедствий – это меры, которые государство заблаговременно и обычно принимает и которые предусматривают оказание помощи после того, как бедствие произошло. В принятом в Южной Африке в 2002 году Законе о ликвидации последствий бедствий содержится следующее подробное определение: «...готовность в случае чрезвычайной ситуации означает состояние готовности, позволяющее государственным органам и другим ведомствам, занимающимся управлением деятельностью в случае бедствия, частному сектору, общинам и физическим лицам мобилизовываться, организовываться и принимать меры по оказанию чрезвычайной помощи для борьбы с надвигающимся или текущим бедствием или последствиями бедствия»<sup>416</sup>. Одним из наиболее общих методов, с помощью которого государства решают задачу обеспечения готовности к бедствиям, является установление институциональной иерархии ведомств или структур и определение их функций и обязанностей.

### а) Институциональные рамки

146. В законах многих государств содержится подробное описание нового учреждения, специально созданного для содействия разработке стратегий по уменьшению опасности бедствий, включая

<sup>413</sup> Farber and Chen, *Disasters and the Law: Katrina and Beyond*, p. 228.

<sup>414</sup> *Ibid.*

<sup>415</sup> Moréteau, «Catastrophic harm in United States law: liability and insurance», pp. 69 and 80.

<sup>416</sup> Южная Африка, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 326 выше), статья 1.

обеспечение готовности к бедствиям<sup>417</sup>, либо указываются уже существующие политические и неправительственные структуры, наделяемые дополнительными функциями<sup>418</sup>. Зачастую эти новые иерархические отношения являются разнообразными и предусматривают участие членов из широкого круга правительственных ведомств, а в некоторых случаях неправительственных структур, таких как предпринимательские круги и профсоюзные организации. С учетом акцента на управлении деятельностью в случае бедствия в отдельных законодательных актах не вызывает удивления тот факт, что значительная часть почти каждого государственного закона посвящена таким вопросам, как определение, укомплектование штатов и идентификация функций новых правительственных учреждений, конкретно касающихся вопросов бедствий. Из всех обследованных государств только Алжир не определяет ту степень, в которой правительство несет ответственность за разработку и реализацию политики в таких областях, как уменьшение опасности бедствий или управление деятельностью в случае бедствий<sup>419</sup>. Большинство государств не только создали национальные ведомства и разработали национальный план управления деятельностью в случае бедствий, но и создали децентрализованные параллельные структуры на иных уровнях управления<sup>420</sup>. Например, в принятом в Индии Законе об управлении деятельностью в случае бедствия предусматривается создание национального управления по вопросам регулирования деятельности в случае бедствий<sup>421</sup>, на которое возлагается обязанность разработки национального плана по регулированию деятельности в случае бедствий<sup>422</sup>. В нем также предусматривается создание штатных<sup>423</sup> и окружных<sup>424</sup> ведомств, которым поручается реализовывать национальный план на местном уровне.

<sup>417</sup> См., например, Национальный орган по ликвидации последствий бедствий Индии, учрежденный в соответствии со статьей 3 Закона о ликвидации последствий бедствий (сноска 315 выше); и Национальный совет по вопросам уменьшения опасности бедствий и реагирования на них Многонационального Государства Боливия, учрежденный в соответствии со статьей 8 Закона о снижении рисков и реагировании на бедствия (сноска 337 выше).

<sup>418</sup> См., например, Вьетнам, Постановление о предотвращении наводнений и штормов и борьбе с ними и Положения об осуществлении (сноска 349 выше), статья 6.

<sup>419</sup> См. Алжир, Закон о предотвращении рисков и ликвидации последствий бедствий (сноска 306 выше), статьи 50 и 52 (в которых содержится призыв о разработке национальных, региональных и муниципальных планов по управлению деятельностью в случае бедствий, но не указываются конкретно структура, состав или ключевые компоненты плана).

<sup>420</sup> См., например, Многонациональное Государство Боливия, Закон о снижении рисков и реагировании на бедствия (сноска 337 выше), статьи 11–12; Вьетнам, Указ №. 32-СР (20 мая 1996 года), статьи 3 и 7; Филиппины, Филиппинский закон о снижении риска бедствий и ликвидации их последствий (сноска 344 выше), пункты 10–11; Южная Африка, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 326 выше), пункты 22–25 и 43–50; Япония, Базовый закон о противодействии бедствиям (сноска 342 выше), статьи 3–5; и Соединенные Штаты, Закон о национальной безопасности (сноска 348 выше), пункт 317.

<sup>421</sup> Индия, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 315 выше), статья 3.

<sup>422</sup> Там же, статья 10.

<sup>423</sup> Там же, статья 14.

<sup>424</sup> Там же, статья 25.

147. Как правило, эти структуры, особенно на национальном уровне, охватывают большой круг правительственных ведомств и поэтому обладают самым разнообразным экспертным опытом<sup>425</sup>. На Филиппинах в Национальный совет по вопросам уменьшения степени риска в случае бедствий и управления деятельностью во время бедствий, который возглавляет секретарь Департамента национальной обороны, также входят секретари Департамента внутренних дел и местного управления, Департамента по вопросам социального обеспечения и развития, Департамента по вопросам науки и техники, Национального управления по вопросам экономики и развития, Департамента здравоохранения, Департамента по вопросам окружающей среды и природных ресурсов, Департамента сельского хозяйства и 36 других членов, включая представителей иных правительственных органов, региональных и местных представителей и частный сектор, а также представителей гражданского общества<sup>426</sup>.

148. Несколько государств приняли решение о том, что глава правительства должен быть главным представителем учреждений, отвечающих за управление деятельностью в случае бедствий, что свидетельствует о той степени важности, которую они придают вопросу управления деятельностью в случае бедствия<sup>427</sup>. Шри-Ланка распространяет сферу действия этого принципа и включает в него не только президента, но и премьер-министра и лидера оппозиции в качестве руководителей Национального совета по управлению деятельностью в случае бедствий<sup>428</sup>.

149. Наконец, в законодательстве по вопросам управления деятельностью в случае бедствий также, как правило, предусматриваются функции, которые должны брать на себя ведомства и которые должны быть учтены в планах по управлению<sup>429</sup>. Например,

<sup>425</sup> См., например, Многонациональное Государство Боливия, Закон о снижении рисков и реагировании на бедствия (сноска 337 выше), статья 8; Вьетнам, Указ №. 32-СР (сноска 420 выше), статья 11; Южная Африка, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 326 выше), пункт 5; и Никарагуа, Закон о создании национальной системы предотвращения бедствий, смягчения их последствий и реагирования на них (сноска 343 выше), статья 10.

<sup>426</sup> Филиппины, Филиппинский закон о снижении риска бедствий и ликвидации их последствий (сноска 344 выше), пункт 5.

<sup>427</sup> См., например, Япония, Базовый закон о противодействии бедствиям (сноска 342 выше), статья 11; Никарагуа, Закон о создании национальной системы предотвращения бедствий, смягчения их последствий и реагирования на них (сноска 343 выше), статья 10; Колумбия, Закон, создающий Национальную систему управления рисками бедствий (сноска 354 выше), статья 9; и Многонациональное Государство Боливия, Закон о снижении рисков и реагировании на бедствия (сноска 337 выше), статья 8.

<sup>428</sup> Шри-Ланка, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 346 выше), статья 3.

<sup>429</sup> См., например, Многонациональное Государство Боливия, Закон о снижении рисков и реагировании на бедствия (сноска 337 выше), статья 5; Соединенные Штаты, Закон о национальной безопасности (сноска 348 выше), пункт 318; Индия, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 315 выше), статья 10; Япония, Базовый закон о противодействии бедствиям (сноска 342 выше),

в Колумбии требуется, чтобы в национальном плане была предусмотрена система идентификации и приоритизации рисков, отслеживания рисков, информирования затрагиваемых групп населения о наличии рисков и принятия упредительных мер для предотвращения или сокращения вреда, причиненного бедствиями<sup>430</sup>.

#### б) Финансирование

150. Законодательство предусматривает выделение финансовых средств, с тем чтобы правительство могло выполнять принятые на себя обязательства. В законы об управлении деятельностью в случае бедствий государства в большинстве случаев включают определенные положения, касающиеся финансирования. Однако большинство государств в эти законы не включают конкретные положения об ассигнованиях. В принятом в Алжире законе отсутствуют положения, касающиеся финансирования. В нескольких законах предусматривается создание фонда для использования в целях управления деятельностью в случае бедствий, включая уменьшение степени риска<sup>431</sup>. В некоторых государствах создание таких фондов разрешается, но это не является обязательным<sup>432</sup>. Наконец, в Соединенных Штатах<sup>433</sup>, Филиппинах<sup>434</sup>

(продолжение сноски 429)

статьи 3–5; Филиппины, Филиппинский закон о снижении риска бедствий и ликвидации их последствий (сноска 344 выше), пункт 6; Шри-Ланка, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 346 выше), статья 4; Южная Африка, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 326 выше), пункт 4; Никарагуа, Закон о создании национальной системы предотвращения бедствий, смягчения их последствий и реагирования на них (сноска 343 выше), статья 7; и Соединенное Королевство, Закон о борьбе с наводнениями и управлении водными ресурсами (сноска 347 выше), статья 7.

<sup>430</sup> Колумбия, Закон, создающий Национальную систему управления рисками бедствий (сноска 354 выше), статья 6.

<sup>431</sup> Многонациональное Государство Боливия, Закон о снижении рисков и реагирования на бедствия (сноска 337 выше), статья 21 (предусматривается создание фонда по уменьшению степени рисков и экологическому восстановлению); Никарагуа, Закон о создании национальной системы предотвращения бедствий, смягчения их последствий и реагирования на них (сноска 343 выше), статьи 12–13 (создание национального фонда на случай бедствий, в котором будут размещены средства из национального бюджета и по линии внутренних и международных дотаций); и Колумбия, Закон, создающий Национальную систему управления рисками бедствий (сноска 354 выше), статьи 46–54 (переименование Национального фонда для деятельности в случае бедствий в Национальный фонд по управлению рисками бедствий и разработка процедур, связанных с управлением этим фондом).

<sup>432</sup> Вьетнам, Постановление о предотвращении наводнений и штормов и борьбе с ними и Положения об осуществлении (сноска 349 выше), статья 27; Индия, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 315 выше), статьи 46–49; Япония, Базовый закон о противодействии бедствиям (сноска 342 выше), статьи 94 и 101; Южная Африка, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 326 выше), пункты 56–57; Соединенное Королевство, Закон о борьбе с наводнениями и управлении водными ресурсами (сноска 347 выше), статья 16.

<sup>433</sup> Соединенные Штаты, Закон о национальной безопасности (сноска 348 выше), пункт 321 j (санкция на выделение ассигнований в размере более 5,5 млрд. долл. США на период 2004–2013 годов).

<sup>434</sup> Филиппины, Филиппинский закон о снижении риска бедствий и ликвидации их последствий (сноска 344 выше), пункт 21 (местный фонд для уменьшения степени опасности бедствий и управления соответствующей деятельностью финансируется в размере не менее 5 процентов от прогнозируемых поступлений из регулярных источников (например, налоговые поступления) для

и Шри-Ланке<sup>435</sup> действуют законы, предусматривающие конкретные объемы финансирования на деятельность по управлению в случае бедствий. Эти связанные с финансированием положения позволяют государствам участвовать в реализации стратегий по вопросам уменьшения опасности бедствий без какой-либо необходимости разработки второго комплекса процедур в сфере составления бюджета.

#### с) Подготовка и просвещение на общинном уровне

151. Обеспечение готовности в случае бедствий сопряжено с обеспечением готовности на общинном уровне. Большинство государств решили эту задачу благодаря проведению просветительских и информационных кампаний, предусмотренных в их законах по вопросу об уменьшении опасности бедствий. Например, в Японии Общество Красного Креста Японии конкретно определено в качестве организации, наделенной специальной функцией относительно обеспечения готовности на общинном уровне<sup>436</sup>. И напротив, Филиппины призывают к тому, чтобы деятельность по управлению рисками в случае бедствия осуществлялась в средних школах и вузах, и санкционируют учебную подготовку и образование всех сотрудников государственных органов, занимающихся вопросами управления деятельностью по уменьшению степени рисков в случае бедствий<sup>437</sup>.

152. Кроме того, в принятом в Индии законе среди прочего рекомендуется выявлять здания, которые могут использоваться в качестве центров для оказания чрезвычайной помощи в случае бедствия, хранения продовольствия, предоставления информации представителям государственных органов, поощрять участие неправительственных организаций и гражданское общества и обеспечивать, чтобы коммуникационные системы действовали исправно (например, посредством периодических проверок)<sup>438</sup>. В Японии предусматривается, что местные планы на случай бедствий должны содержать положения, которые касаются обеспечения провианта в случае чрезвычайной ситуации, его хранения и распределения, а также общие положения об операциях, касающихся предотвращения бедствий<sup>439</sup>. В то же время Вьетнам уделяет особое внимание образованию, разработке просветительских программ для углубления общего

содействия осуществлению деятельности по управлению рисками в случае бедствий, при этом 30 процентов средств этого фонда проходят по разделу «Быстрое реагирование»). См. также там же, пункт 23 (выделение 1 млрд. песо Управлению гражданской обороны для осуществления деятельности по уменьшению степени риска бедствий).

<sup>435</sup> Шри-Ланка, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 346 выше), статья 16 (предоставление Национальному совету по управлению деятельностью в случае бедствия стартового капитала в размере 10 млн. рупий).

<sup>436</sup> Япония, Базовый закон о противодействии бедствиям (сноска 342 выше), статья 2.

<sup>437</sup> Филиппины, Филиппинский закон о снижении риска бедствий и ликвидации их последствий (сноска 344 выше), пункт 4.

<sup>438</sup> Индия, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 315 выше), статья 30.

<sup>439</sup> Япония, Базовый закон о противодействии бедствиям (сноска 342 выше), статья 42.



понимания таких явлений, как ураганы и наводнения<sup>440</sup>. Соединенное Королевство предлагает создавать механизмы финансовой поддержки физических лиц и обеспечивать просвещение и ориентирование по таким вопросам, как управление деятельностью в случае опасности<sup>441</sup>. Однако, как правило, эти государства вырабатывают лишь несколько конкретных рекомендаций или требований, касающихся структуры или содержания такого образования.

#### d) Раннее предупреждение

153. Фактор раннего предупреждения был признан Генеральной Ассамблеей в качестве одного из важных аспектов предотвращения бедствий еще в 1971 году<sup>442</sup>. Этот аспект был включен в почти все последующие резолюции Генеральной Ассамблеи по этому вопросу<sup>443</sup>. Экономический и Социальный Совет подчеркнул, что раннее уведомление должно быть одним из «ключевых элементов» в рамках предпринимаемых на региональном, национальном и местном уровнях усилий в области предотвращения<sup>444</sup>.

154. Как отмечается в Июкогамской стратегии: «Раннее оповещение о начале стихийных бедствий и эффективное распространение таких оповещений... являются основными факторами, определяющими успешное предупреждение стихийных бедствий»<sup>445</sup>. Раннее предупреждение рассматривалось в качестве одного из существенно важных механизмов предотвращения на национальном, региональном и международном уровнях<sup>446</sup>.

155. Хиогская рамочная программа действий является наиболее четкой, когда речь заходит о раннем предупреждении, поскольку в ней оно указывается в качестве второго приоритетного направления действий и предполагаются следующие ключевые мероприятия, которые могут осуществлять государства:

d) Создание ориентированных на интересы населения систем раннего предупреждения, включая системы, которые позволяют своевременно передавать оповещения, понятные для тех, кто подвергается риску, которые учитывают демографические, гендерные, культурные и связанные с обеспечением средств к существованию особенности целевых групп, предусматривая, в частности, предоставление руководящих указаний относительно того, каким образом надлежит действовать по получению оповещений, и которые содействуют эффективной работе органов, занимающихся управленческими аспектами борьбы с бедствиями, и других директивных органов.

<sup>440</sup> Вьетнам, Указ № 32-CP (сноска 420 выше), статья 11.

<sup>441</sup> Соединенное Королевство, Закон о борьбе с наводнениями и управлении водными ресурсами (сноска 347 выше), статья 3.

<sup>442</sup> В пункте 8 своей резолюции 2816 (XXVI) от 14 декабря 1971 года Генеральная Ассамблея предложила правительствам – потенциальным получателям помощи улучшить национальные системы предупреждения о стихийных бедствиях.

<sup>443</sup> См., например, резолюции Генеральной Ассамблеи 46/182 от 19 декабря 1991 года; 59/233 от 22 декабря 2004 года, пункт 7; 60/196 от 22 декабря 2005 года, пункт 8; 61/200 от 20 декабря 2006 года, пункт 9; и 63/217 от 19 декабря 2008 года, пункт 12.

<sup>444</sup> Резолюция 1999/63 Экономического и Социального Совета.

<sup>445</sup> A/CONF.172/9, глава I, резолюция 1, приложение I.

<sup>446</sup> См., например, резолюцию 36/225 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1981 года.

e) Создание, периодический обзор функционирования и сопровождение информационных систем, входящих в состав систем раннего предупреждения, в целях обеспечения принятия быстрых и согласованных действий в случае объявления тревоги/возникновения чрезвычайной ситуации.

[...]

g) Проведение в жизнь итоговых решений второй Международной конференции по раннему предупреждению, состоявшейся в Бонне, Германия, в 2003 году, в том числе посредством укрепления координации и сотрудничества между всеми соответствующими секторами и субъектами в контексте деятельности в области раннего предупреждения, чтобы добиться создания в полной мере эффективных систем раннего предупреждения.

h) Осуществление итоговых рекомендаций Маврикийской стратегии по дальнейшему осуществлению Барбадосской программы действий по обеспечению устойчивого развития малых островных развивающихся государств, включая создание и укрепление эффективных систем раннего предупреждения, а также других мер по смягчению и реагированию<sup>447</sup>.

156. Обзор существующих национальных систем раннего предупреждения, охватывающих общины, включает в себя следующие государства или территории: Австралия, Ангилья, Антигуа и Барбуда, Армения, Бангладеш, Боливия (Многонациональное Государство), Ботсвана, Британские Виргинские острова, бывшая югославская Республика Македония, Вануату, Венесуэла (Боливарианская Республика), Гана, Гватемала, Германия, Гондурас, Индия, Грузия, Доминиканская Республика, Замбия, Индонезия, Италия, Кабо-Верде, Каймановы Острова, Канада, Кения, Колумбия, Коста-Рика, Куба, Лаосская Народно-Демократическая Республика, Лесото, Маврикий, Мадагаскар, Малайзия, Мальдивские Острова, Марокко, Маршалловы Острова, Мексика, Мозамбик, Монголия, Нигерия, Никарагуа, Новая Зеландия, Норвегия, Острова Кука, Острова Тёркс и Кайкос, Панама, Парагвай, Перу, Польша, Сальвадор, Сенегал, Сент-Китс и Невис, Сент-Люсия, Сирийская Арабская Республика, Соединенные Штаты, Соломоновы Острова, Фиджи, Финляндия, Чешская Республика, Чили, Швейцария, Швеция, Шри-Ланка, Эквадор, Ямайка и Япония<sup>448</sup>.

157. Что касается 14 отобранных государств, то в Алжире<sup>449</sup>, Филиппинах<sup>450</sup> и Индии<sup>451</sup> конкретно предусматривается создание систем раннего предупреждения, в то время как в других государствах их наличие презюмируется посредством ссылки на обмен информацией или оперативное информирование об угрозах. В Южной Африке предусматривается, что государство должно собирать и распространять информацию о явлениях, которые вызывают или усугубляют бедствия, о факторах риска, системах раннего

<sup>447</sup> A/CONF.206/6, пункт 17 ii).

<sup>448</sup> См. подборку национальных докладов о ходе осуществления Хиогской рамочной программы действий (2009–2011 годы), приоритет 2 Хиогской рамочной программы действий, основной показатель 2.3, имеется по адресу [www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority2-3%282009-2011%29.pdf](http://www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority2-3%282009-2011%29.pdf).

<sup>449</sup> Алжир, Закон о предотвращении рисков и ликвидации последствий бедствий (сноска 306 выше), статья 17.

<sup>450</sup> Филиппины, Филиппинский закон о снижении риска бедствий и ликвидации их последствий (сноска 344 выше), пункт 4.

<sup>451</sup> Индия, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 315 выше), статья 30.

предупреждения и ресурсах для реагирования в случае чрезвычайных ситуаций<sup>452</sup>. В Никарагуа подробно оговорены элементы государственной трехаспектной системы определения уровня риска в рамках ее системы раннего предупреждения<sup>453</sup>.

158. Разумеется, что раннее предупреждение не является единственным элементом в рамках национальной политики или законодательства. Ссылки на эту меру можно найти в многосторонних и двусторонних соглашениях и в решениях судебных органов. С учетом его практической важности считается целесообразным привести некоторые примеры того, как вопрос о раннем предупреждении рассматривается в этих трех других источниках.

159. Согласно Соглашению АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций, государства должны не только создавать системы раннего предупреждения, но и поддерживать их и проводить обзор их функционирования<sup>454</sup>. В частности, обзор может охватывать определение целесообразности системы предупреждения на основе регулярной оценки риска<sup>455</sup>. Система раннего предупреждения должна располагать механизмом своевременного доведения информации до населения<sup>456</sup>. Следует предпринять усилия для уведомления и просвещения людей, находящихся на территории государства или под его контролем, о том, как реагировать на сигналы существующих систем раннего предупреждения<sup>457</sup>. Генеральная Ассамблея указывала, что системы раннего предупреждения должны быть «ориентированы на людей»<sup>458</sup>. В зависимости от обстоятельств, государствам следует также создавать механизм раннего предупреждения для уведомления других государств о трансграничных последствиях опасностей<sup>459</sup>.

160. В двусторонних соглашениях также содержатся положения о системах раннего предупреждения. Например, в соглашении между Соединенным Королевством и Соединенными Штатами, заключенном в 1958 году, содержится положение о совершенствовании систем раннего предупреждения для достижения «большой точности и своевременности прогнозов относительно ураганов и связанных с ними

сильными ветрами, приливами и наводнениями»<sup>460</sup>. На внутригосударственном уровне практика в сфере раннего предупреждения получила широкое развитие и в значительной степени адаптирована к индивидуальным потребностям и факторам риска<sup>461</sup>.

161. Европейский суд по правам человека подтвердил наличие обязательства создавать системы раннего предупреждения. В решении по делу *Будаева* Суд постановил, что непринятие «властями мер по обеспечению функционирования системы раннего предупреждения не может быть оправдано»<sup>462</sup>. Кроме того, Суд пришел к выводу о наличии «причинной связи между серьезными административными недоработками», включая отсутствие системы раннего предупреждения, гибель и травмы петиционеров<sup>463</sup>. Кроме того, Суд, хотя не используя прямо термин «раннее предупреждение», также пришел к выводу о том, что согласно статье 2 Европейской конвенции по правам человека (право на жизнь), на государствах лежит «позитивное обязательство... надлежащим образом информировать общественность о любой угрожающей жизни чрезвычайной ситуации»<sup>464</sup>.

## Е. Предложения в отношении проектов статей

162. С учетом вышеизложенного Специальный докладчик предлагает следующие два проекта статей:

### *«Проект статьи 16. Обязанность предотвращать*

1. Государства обязуются уменьшать опасность бедствий посредством принятия надлежащих мер для обеспечения того, чтобы обязанности и механизмы подотчетности были определены и институциональные процедуры были установлены, с тем чтобы предотвращать такие бедствия, смягчать их последствия и обеспечивать готовность к ним.

2. Надлежащие меры должны включать, в частности, проведение многокомпонентных оценок риска, сбор и распространение информации о потерях и риске, а также создание и обеспечение функционирования систем раннего предупреждения.

### *Проект статьи 5 ter. Сотрудничество в области уменьшения риска бедствия*

Сотрудничество должно предусматривать принятие мер, направленных на уменьшение риска бедствий».

<sup>452</sup> Южная Африка, Закон о ликвидации последствий бедствий (сноска 326 выше), пункт 17.

<sup>453</sup> Никарагуа, Закон о создании национальной системы предотвращения бедствий, смягчения их последствий и реагирования на них (сноска 343 выше), статьи 26–31.

<sup>454</sup> Статья 7, пункт 1.

<sup>455</sup> Там же.

<sup>456</sup> Там же.

<sup>457</sup> Там же.

<sup>458</sup> Резолюции Генеральной Ассамблеи 60/196 от 22 декабря 2005 года, пункт 8; 61/200 от 20 декабря 2006 года, пункт 9; и 63/217 от 19 декабря 2008 года, пункт 12.

<sup>459</sup> Соглашение АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций, статья 7, пункт 2.

<sup>460</sup> См. сноску 215 выше.

<sup>461</sup> UNISDR, *Early Warning Practices Can Save Lives: Selected Examples: Good Practices and Lessons Learned*.

<sup>462</sup> *Budayeva* (сноска 122 выше), para. 155.

<sup>463</sup> *Ibid.*, para. 158.

<sup>464</sup> *Ibid.*, para. 131.

# ИММУНИТЕТ ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ ГОСУДАРСТВА ОТ ИНОСТРАННОЙ УГОЛОВНОЙ ЮРИСДИКЦИИ

[Пункт 5 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/661

## Второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, подготовленный Специальным докладчиком г-жой Консепсьон Эскобар Эрнандес

[Подлинный текст на испанском языке]  
[4 апреля 2013 года]

### СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе .....	43
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....	44
	<i>Пункты</i>
ВВЕДЕНИЕ .....	1–12 44
<i>Глава</i>	
I. План работы и структура настоящего доклада .....	13–18 46
II. Предметный охват темы и сфера применения проекта статей .....	19–34 47
III. Понятия иммунитета и юрисдикции .....	35–46 50
А. Понятие уголовной юрисдикции .....	36–42 51
В. Понятие иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции .....	43–46 52
IV. РАЗГРАНИЧЕНИЕ МЕЖДУ ИММУНИТЕТОМ RATIONE PERSONAE И ИММУНИТЕТОМ RATIONE MATERIAE .....	47–53 53
V. ИММУНИТЕТ RATIONE PERSONAE: НОРМАТИВНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ .....	54–79 55
А. Субъектная сфера охвата иммунитета <i>ratione personae</i> .....	56–68 55
В. Материальная сфера охвата иммунитета <i>ratione personae</i> .....	69–74 59
С. Временная сфера охвата иммунитета <i>ratione personae</i> .....	75–79 60
VI. План будущей работы .....	80–81 62
ПРИЛОЖЕНИЕ: Предлагаемые проекты статей .....	63

### Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

#### *Источник*

Венская конвенция о дипломатических сношениях (Вена, 18 апреля 1961 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 500, No. 7310, p. 146.
Венская конвенция о консульских сношениях (Вена, 24 апреля 1963 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 596, No. 8638, p. 359.
Конвенция о специальных миссиях (Нью-Йорк, 8 декабря 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1400, No. 23431, p. 281.
Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (Нью-Йорк, 14 декабря 1973 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1035, No. 15410, p. 185.
Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (Нью-Йорк, 2 декабря 2004 года)	<i>Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 49 (A/59/49 и Corr.1), том I, резолюция 59/38, приложение.</i>

## Работы, цитируемые в настоящем докладе

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW

«Immunities from jurisdiction and execution of Heads of State and of Government in international law», *Yearbook*, vol. 69, Session of Vancouver, 2001, Paris, Pedone, pp. 743–755.

«Resolution on immunity from jurisdiction of the State and of persons who act on behalf of the State in case of international crimes», *Yearbook*, vol. 73, Session of Naples, 2009, Paris, Pedone, pp. 226–228.

## Введение

1. Тема «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» была включена в долгосрочную программу работы Комиссии международного права на ее пятьдесят восьмой сессии в 2006 году в соответствии с предложением, содержащимся в приложении I доклада Комиссии о работе данной сессии<sup>1</sup>. На своей пятьдесят девятой сессии в 2007 году Комиссия постановила включить данную тему в свою текущую программу работы и назначила Специальным докладчиком г-на Романа Колодкина<sup>2</sup>. На этой же сессии Секретариату было предложено подготовить справочное исследование по данной теме<sup>3</sup>.

2. Предыдущий Специальный докладчик представил три доклада, в которых он определил рамки, необходимые для обсуждения темы; проанализировал значительное количество материально-правовых вопросов, касающихся иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции; а также рассмотрел процессуальные вопросы, связанные с данной категорией иммунитета<sup>4</sup>. Комиссия рассмотрела доклады Специального докладчика на своей шестидесятой сессии в 2008 году и шестьдесят третьей сессии в 2011 году. Со своей стороны, Шестой комитет Генеральной Ассамблеи занимался данным вопросом в рамках рассмотрения докладов Комиссии, в частности в 2008 и 2011 годах.

3. На своем 3132-м заседании, состоявшемся 22 мая 2012 года, Комиссия назначила Специальным докладчиком г-жу Консепсьон Эскобар Эрнандес вместо г-на Колодкина, который вышел из состава Комиссии<sup>5</sup>. После своего назначения Специальный докладчик провела 30 мая 2012 года первый раунд неформальных консультаций с членами Комиссии, опираясь в качестве основы для дискуссии на перечень вопросов,

представленных ею в неофициальном рабочем документе, содержание которого воспроизводится в предварительном докладе<sup>6</sup>.

4. Специальный докладчик представила предварительный доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Данный предварительный доклад был рассмотрен Комиссией в ходе второй части ее шестьдесят четвертой сессии, состоявшейся в 2012 году<sup>7</sup>.

5. Предварительный доклад, по сути, является «переходным докладом», в котором Специальный докладчик стремилась «более четко определить круг уже рассматривавшихся вопросов, а также выявить основные спорные моменты на случай, если Комиссия пожелает вернуться к их рассмотрению в будущем»<sup>8</sup>. С этой целью в упомянутом предварительном докладе анализируется подход к теме иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, который имел место в пятилетний период 2007–2011 годов, причем он анализируется с трех точек зрения: *a*) работа, проделанная предыдущим докладчиком; *b*) дискуссия, имевшая место в Комиссии; и *c*) прения в Шестом комитете.

6. На основе этих элементов в предварительном докладе определяется перечень вопросов для рассмотрения, по которым в предыдущий пятилетний период был достигнут консенсус и которые затрагивают практически всю совокупность тем, вошедших в три доклада предыдущего Специального докладчика. Исходя из вышеупомянутого анализа, Специальный докладчик сгруппировала рассматриваемые вопросы в четыре тематических блока, подход к которым должен будет сформироваться в ходе текущего пятилетнего периода. Эти блоки таковы:

1. Общие вопросы методологического и концептуального характера:

1.1 Разграничение между иммунитетом *ratione materiae* и иммунитетом *ratione personae* и его последствия.

1.2 Иммунитет в системе ценностей и принципов современного международного права.

<sup>1</sup> *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 223, пункт 257, и приложение I.

<sup>2</sup> *Ежегодник... 2007 год*, том II (часть вторая), стр. 113, пункт 376.

<sup>3</sup> Там же, стр. 117, пункт 386. Меморандум Секретариата см. в документе A/CN.4/596 и Согг.1 (размещен на веб-сайте Комиссии, документы шестидесятой сессии; окончательный текст будет опубликован в качестве добавления к *Ежегоднику... 2008 год*, том II (часть первая)).

<sup>4</sup> Предварительный доклад фигурировал в *Ежегоднике... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, стр. 185; второй доклад фигурировал в *Ежегоднике... 2010 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/631, стр. 479; и третий доклад фигурировал в *Ежегоднике... 2011 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/646, стр. 267.

<sup>5</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том I, 3132-е заседание; и там же, том II (часть вторая), стр. 67, пункт 84.

<sup>6</sup> Там же, том II (часть первая), документ A/CN.4/654, стр. 62–63, пункт 73.

<sup>7</sup> Там же, том II (часть вторая), стр. 67–75, пункты 86–139.

<sup>8</sup> Там же, том II (часть первая), документ A/CN.4/654, стр. 52, пункт 5.

- 1.3 Взаимосвязь между иммунитетом, с одной стороны, и ответственностью государства и уголовной ответственностью физических лиц – с другой.
2. Иммунитет *ratione personae*:
- 2.1 Лица – бенефициары иммунитета.
- 2.2 Материальная сфера действия иммунитета: неофициальные и официальные акты.
- 2.3 Абсолютный или ограниченный характер иммунитета, в частности место, которое занимают или должны занимать международные преступления.
3. Иммунитет *ratione materiae*:
- 3.1 Лица – бенефициары иммунитета: по-прежнему вызывающие разногласия терминологические вопросы и определение понятия «должностное лицо».
- 3.2 Определение понятия «официальный акт» и его связь с ответственностью государства.
- 3.3 Абсолютный или ограниченный характер иммунитета: исключения и международные преступления.
4. Процессуальные аспекты иммунитета<sup>9</sup>.

7. Кроме того, предварительный доклад содержит определенные рассуждения методологического характера в отношении предмета настоящего доклада, которые в текущий пятилетний период работы следует учитывать Комиссии. Упомянутые соображения методологического характера, систематизированные Специальным докладчиком и представленные Комиссии, можно кратко изложить следующим образом:

а) Будущая работа по рассматриваемой теме должна строиться на основе докладов, ранее представленных предыдущим Специальным докладчиком, равно как и доклада Секретариата; однако, учитывая имеющееся широкое расхождение во взглядах между членами Комиссии и в рамках Шестого комитета Генеральной Ассамблеи, необходимо также принимать во внимание различающиеся мнения, звучащие на обоих форумах, чтобы продвигаться вперед, используя предыдущую работу и Секретариата, и Специального докладчика.

б) Подход к теме иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции должен быть одновременно сосредоточен на *lex lata* и на *lex ferenda*, или, иными словами, на кодификации и на прогрессивном развитии; в любом случае, учитывая сложный и деликатный характер рассматриваемой темы, представляется наиболее целесообразным начать с *lex lata*, чтобы впоследствии проанализировать необходимость и возможность изложить предложения *de lege ferenda*.

с) Рассмотрение темы следует всегда начинать с систематического подхода, который позволит гарантировать, что возможные нормативные предложения, исходящие от Комиссии, в конечном счете могут беспрепятственно вписаться в международно-правовую систему; поэтому необходимо принимать во внимание

все нормы, принципы и ценности международного права, имеющие отношение к рассматриваемой теме.

д) Рассмотрение вопросов, связанных с иммунитетом должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, следует осуществлять посредством структурированной и прогрессивной процедуры, последовательно рассматривая различные темы из вышеупомянутых четырех тематических блоков.

е) Рассмотрение темы Комиссией должно включать обсуждение проектов статей, представленных в ежегодных докладах Специального докладчика.

8. Комиссия провела весьма интересное обсуждение предварительного доклада, в котором рассматриваются главные темы, включенные в данный доклад, поскольку они касаются вопросов как методологии, так и существа<sup>10</sup>. В целом методологический подход, сосредоточенный на структурированном рассмотрении тем, получил общую поддержку. В свою очередь, «системный» подход, предложенный Специальным докладчиком, получил поддержку большинства, хотя некоторые члены Комиссии сделали определенные оговорки относительно включения принципов и ценностей действующего международного права в качестве аналитического инструмента. Что касается вопросов существа, то в ряде выступлений членов Комиссии проявился широкий консенсус в отношении уточнения вопросов, требующих более тщательного рассмотрения в текущем пятилетнем периоде. В то же время сохранялись различающиеся мнения относительно аспектов существа широкого ряда вопросов, включенных в предварительный доклад.

9. По итогам вышеупомянутых обсуждений Комиссия обратилась к государствам с просьбой «представить информацию о национальном законодательстве и практике в отношении следующих критериев:

а) Должно ли проведение различия между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae* приводить к разным правовым последствиям, и если да, то в чем их отличия?

б) Какие критерии используются для установления тех лиц, на которых будет распространяться иммунитет *ratione personae*?<sup>11</sup>

Со своей стороны, Генеральная Ассамблея также обратила внимание государств на необходимость представления Комиссии вышеуказанной информации<sup>12</sup>. Специальный докладчик хотела бы поблагодарить за сотрудничество государства, ответившие на вышеперечисленные вопросы в ходе прений, которые состоялись в Шестом комитете в ноябре 2012 года.

10. На шестьдесят седьмой сессии Генеральной Ассамблеи Шестой комитет рассмотрел подготовленный Специальным докладчиком предварительный

<sup>10</sup> Краткое изложение данного обсуждения см. там же, том II (часть вторая), стр. 67–75, пункты 86–139. См. также там же, том I, 3143–3147-е заседания.

<sup>11</sup> См. там же, том II (часть вторая), стр. 13, пункт 28.

<sup>12</sup> См. резолюцию 67/92 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 2012 года, пункт 4.

<sup>9</sup> Там же, стр. 62, пункт 72.

доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции при рассмотрении доклада Комиссии<sup>13</sup>. Судя по заинтересованности, проявившейся в ходе данного обсуждения, можно говорить о широкой поддержке изложенных в предварительном докладе методологических подходов, а также предложений относительно дальнейшей деятельности, включая предложение о структуризации будущей работы, связанной с представлением проектов статей. Следует также отметить, что значительное число делегаций положительно отозвались о применении двойного методологического подхода, основанного и на кодификации, и на прогрессивном развитии, включая упомянутый Специальным докладчиком в ее предварительном докладе принцип осмотрительности, согласно которому рекомендуется начать работу с проведения анализа *lex lata*, а уже потом заняться собственно подходами *de lege ferenda*.

<sup>13</sup> Шестой комитет занимался темой иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции на своих 20–23-м заседаниях в ходе той сессии. Кроме того, два государства касались данной темы на 19-м заседании (см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 19–23-е заседания (A/C.6/67/SR.19–23)*). См. также подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят седьмой сессии, A/CN.4/657, пункты 26–38.

11. Что касается вопросов существа, обозначенных в предварительном докладе, то здесь также отмечалось широкое участие в обсуждении ключевых тем, по которым сохраняются разногласия, причем в центре обсуждения – как в прямой, так и косвенной форме – были исключения из иммунитета, хотя столь же оживленными были дискуссии о том воздействии, которое могут или должны оказать на данную тему последние достижения в области международного уголовного права и консолидация этого нового сектора внутри системы современного международного права, рассматриваемой в ее совокупности. В то же время следует отметить, что по-прежнему невозможно достичь консенсуса по большинству вопросов, касающихся основных параметров рассматриваемой темы.

12. В любом случае необходимо отметить то важное значение, которое государства, участвующие в работе Шестого комитета, по-прежнему придают данной теме, что в очередной раз получило отражение в принятой без голосования Генеральной Ассамблеей 14 декабря 2012 года резолюции 67/92, в пункте 8 которой Комиссии предлагается и впредь уделять первоочередное внимание теме «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции».

## ГЛАВА I

### План работы и структура настоящего доклада

13. Настоящий доклад опирается на методологические установки и общий план работы, которые уже были включены в предварительный доклад. Кроме того, в нем учтены дискуссии, состоявшиеся в Комиссии и в Шестом комитете в 2012 году, а также необходимость предоставить Комиссии оперативный инструмент, который позволил бы уже на текущей сессии практически приступить к обсуждению. Для достижения этой цели в настоящем докладе приняты во внимание соответствующие теоретические статьи и аналитические обзоры практики, в свое время включенные в доклады предыдущего Специального докладчика, равно как и материалы проведенного Секретариатом исследования<sup>14</sup>. Кроме того, в той мере, насколько это необходимо, приняты во внимание новые документы, появившиеся в последний год, в частности в судебной практике МС и национальных судов, особо отметив решение Федерального уголовного суда Швейцарии от 25 июля 2012 года<sup>15</sup>.

14. Исходя из вышеизложенных соображений и следуя методологической установке содействовать структурированному и систематическому обсуждению данной темы, в настоящем докладе будут отдельно рассмотрены следующие вопросы:

- a) предметный охват темы и сфера применения проекта статей (глава II);
- b) понятия иммунитета и юрисдикции (глава III);
- c) разграничение между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae* (глава IV);
- d) определение основных нормативных элементов, составляющих режим иммунитета *ratione personae* (глава V).

15. Таким образом рассматриваются базовые составляющие, включенные в пункты 1.1, 2.1 и 2.2 тематических блоков, которые перечислены в предварительном докладе<sup>16</sup>. К ним добавлены три вопроса, к которым необходимо приступить в предварительном порядке, прежде чем переходить к какому-либо другому вопросу, а именно: точное определение сферы применения проекта статей, который будет разработан в ходе текущей деятельности; понятие уголовной юрисдикции; и понятие иностранной уголовной юрисдикции.

16. Каждый из вышеперечисленных вопросов сопровождается соответствующими проектами статей, которые, безусловно, различаются по своему

<sup>14</sup> A/CN.4/596 и Согг.1 (см. сноску 3 выше).

<sup>15</sup> Речь идет о решении по делу № ВВ.2011.140 относительно суда над бывшим министром обороны Алжира, ТРФ 2012, р. 97.

<sup>16</sup> См. пункт 6 и сноску 9 выше.

характеру. Так, проекты статей, касающиеся сферы применения, понятий иммунитета и юрисдикции, а также понятий иммунитета *ratione personae* и *ratione materiae*, носят вступительный и описательный характер и, следовательно, должны быть включены в первую, вступительную часть проекта статей, посвященную разграничению сферы применения и толкованию терминов. Напротив, проекты статей, касающиеся нормативных элементов иммунитета *ratione personae*, призваны внести вклад в определение материально-правового режима, примененного к указанной категории иммунитета, и, следовательно, должны быть включены в отдельную часть проекта статей, посвященную конкретно этой категории.

17. Наконец, следует отметить, что признано нецелесообразным в настоящее время включать отдельное рассмотрение пунктов 1.2 (Иммунитет в системе ценностей и принципов современного международного права) и 1.3 (Взаимосвязь между иммунитетом, с одной стороны, и ответственностью государства и уголовной ответственностью физических лиц – с другой),

которые входят в первый блок вопросов, отобранных в предварительном докладе. Хотя и понятно, что речь идет о вопросах, имеющих горизонтальное присутствие при рассмотрении, во всей ее совокупности, темы иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, подробное изучение этих вопросов требует раскрытия их основных последствий в отношении других вопросов, что еще предстоит проанализировать в будущих докладах.

18. Следует также сказать и о невключении в настоящий второй доклад пункта 2.3 (Абсолютный или ограниченный характер иммунитета, в частности место, которое занимают или должны занимать международные преступления), содержащегося во втором блоке отобранных в предварительном докладе вопросов. Упомянутый пункт и относится к иммунитету *ratione materiae*, однако очевидно, что его рассмотрение тесно взаимосвязано с общими проблемами, касающимися исключений из иммунитета, поэтому будет полезнее рассмотреть его на более продвинутой стадии работы.

## ГЛАВА II

### Предметный охват темы и сфера применения проекта статей

19. Предметный охват темы «Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции» был рассмотрен предыдущим Специальным докладчиком в его предварительном докладе<sup>17</sup>. В нем был обозначен ряд элементов, которые надлежит принять во внимание, когда наступит время определить упомянутый предметный охват, а именно: уголовный характер юрисдикции, характеристика юрисдикции как «иностранной» и национальный (а не международный) характер юрисдикции по отношению к той юрисдикции, которая применяется к иммунитету. К данным элементам прибавляется четвертый элемент, касающийся не юрисдикции, а лица, находящегося под защитой иммунитета, т. е. речь пойдет о должностном лице какого-либо государства, иного, чем государство, которое намеревается осуществлять юрисдикцию. Наконец, в вышеупомянутом докладе аналогичным образом сделана ссылка на особую ситуацию, в которой оказываются дипломатические агенты, работники консульских служб, члены специальных миссий и представители или должностные лица какой-либо международной организации, хотя такая ситуация не исследована столь же полно, как критерий для определения предметного охвата темы.

20. Обсуждение предметного охвата темы, проходившее как в Комиссии, так и в Шестом комитете, основывалось именно на упомянутых элементах, из чего можно сделать вывод, что эти элементы пользуются широкой поддержкой; с другой стороны, они представляют собой соответствующие обстоятельства, которые обычно встречаются в практике

государств, когда рассматривается тема иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. С учетом этого Специальный докладчик считает, что приведенные выше критерии должны выступать элементами, которые следует иметь в виду при определении сферы применения любого возможного проекта статей. Отсюда возникает необходимость приступить к предложениям, которые дают достаточно точное определение вышеупомянутой сферы применения.

21. С этой целью представляется целесообразным двигаться в двух направлениях, с тем чтобы должным образом учитывать как инклюзивные, так и эксклюзивные элементы, что можно было бы кратко изложить следующим образом:

a) проект статей касается только уголовной юрисдикции, исключая иммунитет от гражданской или административной юрисдикции<sup>18</sup>;

b) проект статей касается исключительно иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, т. е. юрисдикции, осуществляемой каким-либо государством, иным, чем государство гражданства того должностного лица, на которое распространяется

<sup>17</sup> См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, в частности стр. 219, пункты 103–104, и стр. 227, пункт 130.

<sup>18</sup> Итак, несмотря на то что недавно один из членов Комиссии обратил внимание на интерес к тому, чтобы поразмышлять об иммунитете от гражданской юрисдикции, а одно государство сообщило, что его практика специально ориентирована на иммунитет должностных лиц государства от иностранной гражданской юрисдикции, не представляется возможным сделать вывод о том, что такого рода комментарии и размышления, будучи, несомненно, интересными, можно было бы рассматривать как предложение расширить сферу применения проекта статей за пределы иммунитета от уголовной юрисдикции.

иммунитет; следовательно, должен быть исключен иммунитет, который можно было бы предоставить в силу национального права государства должностного лица;

с) проект статей касается только иммунитета от внутренней уголовной юрисдикции государств, исключая иммунитет от международных уголовных юрисдикций;

д) проект статей не касается тех лиц, которые подпадают под более специфический режим иммунитета, например дипломатические агенты, работники консульских служб, члены специальных миссий или представители какой-либо международной организации;

е) проект статей касается только иммунитета должностных лиц государства.

22. Доводы в пользу того, чтобы придерживаться именно такого варианта разграничения, уже в достаточной мере изложены в предыдущих докладах, тем не менее есть смысл кратко остановиться на некоторых из наиболее интересных элементов такого обоснования, чтобы не только напомнить или подкрепить аргументы, в свое время уже обозначенные предыдущим Специальным докладчиком или другими членами Комиссии, но и добавить некоторые новые элементы, которые, возможно, окажутся интересными.

23. В отношении ограничения сферы применения проекта статей исключительно иммунитетами, возникающими в сфере уголовной юрисдикции, Специальному докладчику хотелось бы обратить внимание на тот факт, что это вытекает из одного (вполне обоснованного) решения самой Комиссии, поскольку именно с этим видом юрисдикции связаны самые сложные проблемы, возникающие на практике. С другой стороны, сюда же следует добавить необходимость учитывать особенности уголовной юрисдикции, поскольку она включает элементы, которые вряд ли могут возникнуть в сфере гражданской или административной юрисдикции. Так, например, целесообразно задуматься о воздействии, которое может иметь уголовная юрисдикция на свободу передвижения лиц, затронутых ею самой; причем не только в силу возможного вынесения обвинительного приговора, по которому назначается наказание в виде лишения свободы, но и до этого – допустим, в связи с возможным задержанием подозреваемого или обвиняемого или в связи с применением предварительного заключения исключительно в качестве меры пресечения. Равным образом следует задуматься и о принятии таких предупредительных мер, как изъятие паспорта, назначение принудительного проживания в определенном месте или установление обязанности периодически являться в судебный орган, которые выступают столь же типичными примерами мер по осуществлению уголовной юрисдикции. К этому, наконец, следует добавить серьезное воздействие, которое окажет начало уголовного процесса на честь, достоинство и репутацию человека. С другой стороны, нельзя забывать и о главных договорных документах, в которых рассматривается иммунитет органов государства

перед иностранной юрисдикцией и проводится четкое различие между иммунитетом от уголовной юрисдикции и иммунитетом от гражданской или административной юрисдикции, ибо они регулируются разными нормами<sup>19</sup>.

24. С учетом вышеизложенного Специальный докладчик по-прежнему считает наиболее адекватным вариантом ограничение сферы применения рассматриваемого проекта статей иммунитетом перед уголовной юрисдикцией. Тем не менее это отнюдь не означает, что нужно полностью игнорировать существование иммунитета от гражданской юрисдикции или от административной юрисдикции. Обе категории вместе с уголовной юрисдикцией составляют единую совокупность, по отношению к которой можно заявлять об иммунитете; и, кроме того, не следует забывать, что практически существуют определенные взаимосвязи между тремя категориями юрисдикции. Так, достаточно упомянуть очевидные связи, которые в национальной и международной судебной практике проявляются между санкцией уголовной и санкцией административной. Или, если взять более широкий аспект, можно отметить тот факт, что порой гражданский иск о возмещении причиненного вреда представляет собой косвенную форму получения компенсации за грубые нарушения права, в том числе за нарушения, составляющие преступление. Наконец, следует также добавить, что, например, в сфере гражданской юрисдикции достаточно часто выносятся решения по иммунитету, которые могут быть перенесены *mutatis mutandi* на иммунитет, рассматриваемый в рамках какой-либо уголовной юрисдикции.

25. В любом случае выдвинутые аргументы представляются недостаточными, для того чтобы менять ранее обозначенный критерий в отношении ограничения проекта статей исключительно уголовной юрисдикцией. Включать некоторые специфические положения, касающиеся гражданской и/или административной юрисдикции, означало бы вводить элемент искажения, который, несомненно, может нанести вред окончательному результату работы Комиссии. В то же время ничто не мешает Комиссии принимать во внимание (в той мере, в какой это возможно и целесообразно) практику государств в вопросах иммунитета от гражданской или административной юрисдикции, если из этой практики удастся почерпнуть концептуальные или иные элементы, которые, будучи по своей сути дополнительными, могли бы содействовать работе Комиссии в области иммунитета от уголовной юрисдикции.

26. Что касается использования слова «иностранная» в отношении уголовной юрисдикции в качестве ограничения сферы применения проекта статей, то достаточно обратить внимание, во-первых, на тот факт, что иммунитеты, предоставляемые в силу государственного права и в силу международного права, не обязательно имеют аналогичный характер, функции и цели или призваны защищать одни и те же ценности

<sup>19</sup> См., в частности, Венскую конвенцию о дипломатических сношениях, статьи 31 и 37; Венскую конвенцию о консульских сношениях, статья 43, а *contrario*; и Конвенцию о специальных миссиях, статья 31.



и принципы. Следовательно, одно лишь появление элемента в виде слова «иностранная», что в конечном счете указывает на принцип суверенного равенства государств и необходимость сохранять и поддерживать ответственные и мирные международные отношения, обосновывает рассмотрение Комиссией темы иммунитета от уголовной юрисдикции. Во-вторых, не следует упускать из виду, что признание иммунитета определенных должностных лиц или представителей государства от иностранной уголовной юрисдикции нельзя автоматически переносить на признание такого же иммунитета от собственной национальной юрисдикции; вплоть до того, что, как указал МС, осуществление уголовной юрисдикции национальными судами государства должностного лица может выступать в качестве одного из допущений, позволяющих гарантировать, что процессуальный инструмент, в котором и заключается иммунитет, не переводится автоматически в инструмент, который полностью освобождает индивидуума от уголовной ответственности с материально-правовой точки зрения. Таким образом, применение критерия, ограничивающего сферу применения проекта статей, целиком оправдано, а проведение анализа национальной практики в сфере иммунитета может принести пользу целям работы Комиссии, если упомянутая практика будет иметь отношение к иммунитету иностранного должностного лица или представителя.

27. В-третьих, что касается исключения из сферы применения проекта статей иммунитета перед международными уголовными судами, то предыдущий Специальный докладчик в свое время обратил внимание на первый доказательственный подход, основанный на различающейся сущности национальной юрисдикции и международной юрисдикции. К этому следует, по нашему мнению, добавить очевидную и поэтому не менее важную причину: рассмотрение иммунитета в международных уголовных судах уже было предметом конкретного регулирования в международных документах, которыми учреждаются международные уголовные суды и регламентируется их деятельность. Именно поэтому у Комиссии нет необходимости вновь заниматься вопросом, если он уже в достаточной мере разработан и уточнен, независимо от тех различий в толковании, которые возникают на практике в процессе применения указанных норм международного права.

28. Кроме того, по данному вопросу существует общий консенсус относительно исключения при рассмотрении темы иммунитета перед международными уголовными судами. Вместе с тем нельзя не обратить внимание на тот факт, что принятие этого критерия было предметом различных толкований в зависимости от последствий, которые он может или должен иметь в будущей деятельности Комиссии. Так, достаточно вспомнить, что некоторые из членов Комиссии и ряд государств прямо или косвенно отмечали в своих выступлениях в Шестом комитете, что исключение темы иммунитета перед международными уголовными судами должно найти выражение в полном исключении любого анализа феномена международной уголовной юрисдикции в ходе работы Комиссии над темой, которой мы занимаемся.

29. И все же речь идет о позиции, которая недостаточно последовательна с точки зрения методологии. Напротив, аналогично тому как отмечалось выше в отношении гражданской и административной юрисдикции, пора провести различие между определением сферы применения проекта статей, которое исключало бы предложение о конкретных условиях, касающихся иммунитета от международной уголовной юрисдикции, с одной стороны, и принятием во внимание элементов толкования, связанных с международной уголовной юрисдикцией или вытекающих из нее, – с другой. Сейчас, конечно, не время вступать в дискуссию относительно данной темы, но следует отметить, что было бы крайне удивительно, если Комиссия допустит возможность принятия во внимание актов других международных юрисдикций (таких, как МС или региональные суды по правам человека) и не сочтет целесообразным учитывать само существование конкретно уголовной международной юрисдикции, которая наряду с национальными судами ставит своей целью преследовать в уголовном порядке определенные преступления, имеющие особое международное значение.

30. В любом случае в настоящее время достаточно обратить внимание на необходимость провести четкое различие между непосредственным рассмотрением международной уголовной юрисдикции в рамках настоящей темы (что должно быть исключено) и ее учетом в качестве дополнительного, инструментального и, когда это уместно, толковательного элемента. Это не должно и не может выражаться в подражательном включении принципов, которые касаются иммунитета и содержатся в документах, регламентирующих деятельность международных уголовных судов. Но все же следует по меньшей мере анализировать сами нормы международных уголовных юрисдикций, такие как их судебная практика, если они могут иметь какое-либо отношение к теме иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции или могут каким-либо образом уточнять эту тему. Такой подход не будет противоречить ни самим герменевтическим критериям международного права, ни практике, которой придерживается Комиссия при рассмотрении других тем.

31. Что касается третьего из вышеперечисленных ограничительных критериев, то, как представляется, нет необходимости отдельно обосновывать исключение из сферы применения проекта статей конкретных режимов, которые частным образом рассматривают иммунитет от уголовной юрисдикции, в силу особенности лиц, пользующихся этим иммунитетом, или в силу материально-правовой области, в которой они как таковые действуют. Иммунитеты как в сфере дипломатических и консульских сношений, так и в рамках международных организаций стали предметом важного (договорного и обычного) нормативного развития. Именно поэтому Комиссии, как представляется, не следует вновь заниматься ни этими иммунитетами, ни тем более вносить изменения в какие-либо режимы, уже достаточно укоренившиеся и получившие общее признание. В то же время ничто не препятствует Комиссии принимать во внимание упомянутые режимы, носящие комплементарный характер, при

рассмотрении темы иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. К тому же Комиссия играла не последнюю роль в определении понятия упомянутых режимов.

32. Наконец, в отношении субъектного предела сферы применения проекта статей следует напомнить, что само название темы отсылает к термину «должностное лицо», или «funcionario» на испанском языке, «official» на английском и «représentant» на французском. Несмотря на то что в отношении использования этих терминов можно заметить консенсус в признании того, что в конечном счете делается ссылка на лиц, действующих от имени и по поручению государства, столь же очевидно, что терминологическое расхождение породило споры о необходимости дать определение термина «должностное лицо» для целей настоящей темы, и особенно в отношении данного проекта статей. Решить такую задачу, несомненно, необходимо, однако следует, по мнению Специального докладчика, понимать, что эта задача как таковая приобретает особое значение в сфере иммунитета *ratione materiae*, поэтому именно в таких рамках она и будет рассматриваться. Вследствие этого далее в настоящем докладе будет временно использоваться термин «должностное лицо». В таком смысле он включен в проекты статей, составляющие часть настоящего доклада, при этом следует иметь в виду, что сами проекты могут быть пересмотрены в отношении упомянутого выражения, если будет принято решение по данному терминологическому вопросу.

33. Исходя из вышеизложенного, можно сформулировать два проекта статей, определяющие – с двойной (позитивной и негативной) точки зрения – сферу применения. К определению упомянутой сферы применения следует приступить, по мнению Специального докладчика, в первую очередь, с тем чтобы избежать появления пробелов, которые могли бы нарушить будущий ход работы Комиссии. Кроме того, указанные проекты статей должны располагаться в первой части проекта статей и служить (наряду с определениями) рамками для проекта как такового.

34. Итак, предлагаются следующие проекты статей:

«Проект статьи 1. Сфера применения проекта статей

Без ущерба положениям проекта статьи 2 настоящий проект статей касается иммунитета, которым обладают определенные должностные лица государства, от уголовной юрисдикции со стороны третьего государства.

Проект статьи 2. Иммунитеты, не входящие в сферу применения проекта статей

Из сферы применения настоящего проекта статей исключаются:

a) иммунитеты от уголовной юрисдикции, признаваемые в рамках дипломатических и/или консульских сношений либо в рамках специальной миссии или в связи с таковой;

b) иммунитеты от уголовной юрисдикции, предусматриваемые соглашениями о местонахождении штаб-квартиры либо договорами, регулирующими деятельность дипломатического представительства при международных организациях или устанавливающими привилегии и иммунитеты международных организаций и их служащих или агентов;

c) иммунитеты, которые могут устанавливаться в силу иных специальных международных договоров;

d) любые прочие иммунитеты, которые в одностороннем порядке одно государство может предоставить должностным лицам третьего государства, в частности если эти лица находятся на его территории».

### ГЛАВА III

#### Понятия иммунитета и юрисдикции

35. Понятия иммунитета и юрисдикции составляют две основные референтные категории, и на них должно основываться рассмотрение настоящей темы, равно как и вытекающий из нее проект статей, поскольку его цель однозначно состоит в том, чтобы установить, при каких допущениях суды того или иного государства не могут осуществлять свою юрисдикцию в области уголовного права вследствие иммунитета, под защитой которого находятся определенные должностные лица третьего государства. Таким образом, несмотря на то что, как в свое время справедливо постановил МС в деле *Ордер на арест от 11 апреля 2000 года*<sup>20</sup> и как отмечал Специальный

докладчик г-н Колодкин<sup>21</sup>, обе эти категории являются самостоятельными, не менее очевидно, что именно взаимосвязь между обеими категориями объясняет тот факт, что данной темой занимается Комиссия<sup>22</sup>. Поэтому одновременно дать определение обоим понятиям – это непереносимое условие для надлежащего развития темы и проекта статей. Упомянутые определения должны, следуя логике вещей, быть включены

<sup>21</sup> См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, стр. 205, пункт 61.

<sup>22</sup> См. там же, стр. 201, пункт 43 и сноска 88. Как верно отмечал предыдущий Специальный докладчик, МС в деле *Arrest Warrant of 11 April 2000* указал, что «об иммунитетах применительно к осуществлению юрисдикции в том или ином вопросе можно говорить только тогда, когда государство обладает по международному праву такой юрисдикцией» (*I.C.J. Reports 2002*, p. 19, para. 46).

<sup>20</sup> *Democratic Republic of the Congo v. Belgium, Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 19, para. 46.

в первую часть проекта статей, чтобы тем самым выступать референтным ориентиром для последующих частей проекта.

#### А. Понятие уголовной юрисдикции

36. Понятие иммунитета, несомненно, является частью возникшей ранее уголовной юрисдикции государства, без которой институт иммунитета как таковой не имеет ни смысла, ни значения<sup>23</sup>. Следовательно, независимо от процедуры рассмотрения темы иммунитета, необходимо прежде всего определить, что мы понимаем под юрисдикцией для целей настоящего проекта статей.

37. Определение понятия юрисдикции может, на первый взгляд, показаться ненужным занятием<sup>24</sup>, поскольку мы имеем дело с общепринятой категорией, которая встречается и безоговорочно признается в различных государственных нормативно-правовых актах, касающихся действия иммунитета. Однако, при всей ясности данного вопроса, юрисдикция все же стала предметом многократного рассмотрения с точки зрения международного права, и к тому же данный термин используется в различных значениях во внутренних нормативно-правовых актах<sup>25</sup>. В любом случае нельзя также забывать о том, что, когда в настоящем докладе мы говорим о юрисдикции, это всегда относится к иммунитету от уголовной юрисдикции, что привносит элемент различия, и это следует должным образом учитывать<sup>26</sup>. Итак, цель настоящего доклада отнюдь не в том, чтобы вдаваться в теоретический анализ вопроса, но все же необходимо отойти от указанного концептуального различия и показать, что охват термина «юрисдикция», возможно, не будет беспроблемным в рассматриваемой нами теме. И это обусловлено не только вышеупомянутым концептуальным различием, но и тем, что определение,

<sup>23</sup> В этом отношении см. меморандум Секретариата (сноска 14 выше), пункты 7 и 14. Тесная взаимосвязь, существующая между «юрисдикцией» и «иммунитетом», также признается в пункте 2 статьи I резолюции об иммунитете от юрисдикции государства и лиц, которые действуют от имени государства, в случае совершения международных преступлений, принятой Институтом международного права в 2009 году, согласно которой: «Для целей настоящей резолюции термин "юрисдикция" подразумевает уголовную, гражданскую или административную компетенцию национальных судов государства в той мере, в какой это касается иммунитетов, предоставляемых другому государству или его агентам по международному договорному или обычному праву» (Institute of International Law, «Resolution on immunity from jurisdiction of the State and of persons who act on behalf of the State in case of international crimes», *Yearbook*, vol. 73, p. 227).

<sup>24</sup> Следует отметить, что определения понятий «юрисдикция» и «иммунитет» также рассматривались Комиссией во время рассмотрения Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, хотя, несмотря на это, предложения Специального докладчика в этой связи не были поддержаны Комиссией и не были отражены в Конвенции, принятой Генеральной Ассамблеей в 2004 году.

<sup>25</sup> Предыдущий Специальный докладчик рассматривал понятие юрисдикции в широком смысле в своем предварительном докладе, и проведенный им аналитический обзор сохраняет свою актуальность. См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, стр. 201–202, пункты 43–47. Упомянутое понятие также рассматривалось в меморандуме, подготовленном Секретариатом (сноска 14 выше), пункты 7–13.

<sup>26</sup> См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, стр. 202–204, пункты 48–55.

согласно которому те или иные виды действий включаются в родовую категорию «юрисдикция», представляет собой важный предмет дискуссии, и в свое время Комиссии предстоит такую дискуссию провести, особенно когда проблематика иммунитета от международной уголовной юрисдикции будет рассматриваться с процессуальной точки зрения. В связи с этим следует подумать, например, о том, какими последствиями для иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции чреватые возможные исполнительные действия, предпринятые до осуществления судебной функции или одновременно с ним, такие как задержание лица, лишение права передвижения или заявка об объявлении в розыск и задержании в рамках какой-либо системы международного сотрудничества и международного полицейского взаимодействия. Именно поэтому для целей настоящего рассмотрения особую важность приобретает определение понятия уголовной юрисдикции.

38. В то же время на данном этапе работы нет необходимости приступать к составлению подробного перечня тех видов действий, которые входят в категорию юрисдикции, поэтому сейчас будет предпочтительнее предложить достаточно широкое определение указанной категории, что позволит нам эффективно увязывать ее с различными элементами, определяющими иммунитет, а также с различными судебными или исполнительными действиями, в отношении которых может действовать иммунитет. Такое сопоставление следует проводить, по мнению Специального докладчика, исходя из той предпосылки, что когда речь идет об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, то уголовная юрисдикция уже существует и что, следовательно, государство юрисдикции обладает компетенцией для осуществления совокупности действий (судебных и, при необходимости, исполнительных), имеющей целью не что иное, как установить или прекратить существование конкретной персональной уголовной ответственности за деяния, которые по законодательству данного государства квалифицируются как преступления или правонарушения.

39. Таким образом, само понятие компетенции тесно связано с определением уголовной юрисдикции и должно составлять ее часть. Здесь не следует забывать и о том, что само понятие компетенции и правооснования, на котором она зиждется, не идентично во всех государствах и зависит не только от норм и принципов международного права, но и от внутренних норм государства, принятых на основании первых и регулирующих компетенцию национальных судов. В связи с этим нынешний Специальный докладчик считает, что цель настоящего доклада не в том, чтобы анализировать каждое из этих правооснований компетенции или каждую из юрисдикционных связей либо начинать дискуссию о том, полностью или нет наделение упомянутыми полномочиями соответствует международному праву, а если соответствует, то насколько. Цель настоящего доклада также не в том, чтобы обсуждать, являются ли международные нормы, на которые опираются государства, когда наделяют внутренней компетенцией национальные суды, теми нормами, которые налагают обязательства, либо же они просто

уполномочивают или разрешают наделение упомянутыми компетенциями; и уж тем более не в том, чтобы рассуждать, каковы будут практические последствия такого различия. Подобная дискуссия находится вне мандата, данного Комиссии для рассмотрения конкретной темы, поэтому было бы лучше сосредоточить внимание на других вопросах, входящих в долгосрочную программу работы Комиссии (экстерриториальная юрисдикция) или стоящих на текущей повестке дня (принцип *aut dedere aut judicare*), либо на тех вопросах, которые могут вызвать дискуссию, если Генеральная Ассамблея примет такое решение (международная юрисдикция).

40. Несмотря на это, необходимо по крайней мере обратить внимание на различие правоустанавливающих положений, на основании которых государства выстраивают свою собственную систему национальной уголовной юрисдикции, поскольку в конечном счете именно вышеупомянутая национальная уголовная юрисдикция (каждая конкретная национальная уголовная юрисдикция) должна будет соотноситься с иммунитетом. Итак, здесь следует отметить юрисдикционные правооснования, вытекающие из территориальности, из правосубъектности (активная или пассивная), из принципа защиты или из универсальной юрисдикции. Все эти правооснования составляют потенциальную базу компетенции государств при осуществлении уголовной юрисдикции, понимаемой в ее точном значении, и, за исключением активной правосубъектности, все они могут привести к осуществлению уголовной юрисдикции в отношении иностранца, который может обладать статусом должностного лица и вследствие этого претендовать на статус бенефициара иммунитета. Использование того или иного правооснования зависит от воли затронутого государства и на практике выражается в наличии множества моделей национальной юрисдикции. Комиссии нельзя не принимать во внимание эту множественность юрисдикционных моделей, особенно с учетом того, что на практике достаточно много случаев сопряжены главным образом с применением правомочий, основанных на той или иной форме экстерриториальной юрисдикции<sup>27</sup>. Вместе с тем принимать во внимание эту множественность следует исключительно для того, чтобы определить наличие юрисдикции как предварительного условия иммунитета. Таким образом, Специальный докладчик считает, что, после того как будет дано определение юрисдикции для целей рассматриваемой темы и проекта статей, становится нерелевантной сущность каждого из правооснований, на которые опирается государство, намереваясь осуществить свою юрисдикцию. Итак, наличие множественности юрисдикционных правооснований и, как следствие, множества государственных юрисдикционных моделей в уголовном законодательстве представляет собой фактическое предварительное условие, которое Комиссии следует учитывать в своей работе, что не подразумевает вынесения какой-либо оценки

или высказывания мнения относительно каждого из упомянутых юрисдикционных правооснований.

41. С другой стороны, следует отметить, что понятие уголовной юрисдикции, по сути, ссылается на правомочность государства осуществлять свое право на судебное преследование преступлений или правонарушений, квалифицируемых таковыми согласно применимым нормам своего законодательства. Таким образом, этот завершающий элемент должен присутствовать в определении понятия уголовной юрисдикции. В любом случае необходимо подчеркнуть, что это ни при каких обстоятельствах не изменяет юридической сущности иммунитета, который продолжает быть исключительно процессуальным институтом. Так, включение ссылки на установление индивидуальной уголовной ответственности при определении уголовной юрисдикции не имеет и не может иметь своим результатом освобождение иностранного должностного лица, пользующегося иммунитетом, от индивидуальной уголовной ответственности; однако к этому вопросу предстоит вернуться позднее<sup>28</sup>.

42. Исходя из вышесказанного, Специальный докладчик считает целесообразным включить в проект статей определение «иностранная уголовная юрисдикция», которое будет помещено во вводной части проекта статей, озаглавленной «Определения». С этой целью предлагается следующий проект статьи:

#### «Проект статьи 3. Определения

Для целей настоящего проекта статей:

а) "уголовная юрисдикция" означает совокупность правомочий, процессов, процедур и актов, которые – в соответствии с правом государства, намеревающегося осуществить свою юрисдикцию, – необходимы для того, чтобы суд мог установить и применить индивидуальную уголовную ответственность, вытекающую из совершения актов, квалифицируемых как преступления или правонарушения в соответствии с применимым правом данного государства. Для целей определения понятия "уголовная юрисдикция" не имеет значения юрисдикционное правооснование, позволяющее государству осуществлять юрисдикцию».

#### **В. Понятие иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции**

43. Понятие «иммунитет», равно как и понятие «юрисдикция», зачастую не имеет определения в международных документах, которые тем или иным образом касаются иммунитетов государства либо его должностных лиц или агентов, например в Конвенции

<sup>27</sup> В связи с этим следует отметить недавнее решение Федерального уголовного суда Швейцарии (Апелляционная палата) от 25 июля 2012 года (дело № ВВ.2011.140), в котором суд высказал мнение относительно иммунитета бывшего министра обороны Алжира от иностранной уголовной юрисдикции в силу универсальной юрисдикции.

<sup>28</sup> В связи с этой темой имеются неоднократные и неизменные решения из практики МС. См. решение от 14 февраля 2002 года по делу *Arrest Warrant of 11 April 2000*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 25, para. 60; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2008*, p. 244, para. 196; и решение от 3 февраля 2012 года по делу *Jurisdictional Immunities of the State: Germany v. Italy: Greece intervening*, *I.C.J. Reports 2012*, p. 124, para. 58 and p. 143, para. 100.

Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, Венской конвенции о дипломатических сношениях или Конвенции о специальных миссиях. В частности, в отношении «иммунитета от уголовной юрисдикции» предшествующая нормативная практика имела явную тенденцию лишь называть «иммунитет от уголовной юрисдикции» в качестве одного из составных элементов режима привилегий и иммунитетов, регламентируемого в каждом из вышеупомянутых документов, но не давать его определение. Таким образом, мы имеем дело с юридическим понятием, которое предстоит определить путем изучения практики, в частности практики государств.

44. Несмотря на упомянутую практику, вполне очевидно, что задача заполнить пробел в этом юридическом понятии не будет слишком трудной, поскольку понятие иммунитета от юрисдикции было предметом серьезного обсуждения при подготовке вышеупомянутых документов, в частности в рамках самой Комиссии. К этому следует добавить, что упомянутое понятие, относящееся теперь к уголовной юрисдикции в контексте рассматриваемой темы, подробно анализируется в меморандуме Секретариата<sup>29</sup> и в предварительном докладе предыдущего Специального докладчика<sup>30</sup>.

45. Из всего объема ранее проведенной работы следует вывести совокупность характерных элементов понятия «иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции», которые можно кратко изложить в следующей форме:

<sup>29</sup> См. меморандум Секретариата (сноска 14 выше), пункты 14–66.

<sup>30</sup> См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, стр. 204–208, пункты 56–70.

a) иммунитет подразумевает неосуществление уголовной юрисдикции государством, несмотря на то что – в принципе – его суды были бы компетентны преследовать в уголовном порядке преступления и правонарушения;

b) иммунитет имеет юридическое действие исключительно как следствие присутствия иностранного элемента, который по общеродовому признаку классифицируется как «должностное лицо» третьего государства;

c) иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции имеет сугубо процессуальную сущность и не затрагивает ни материально-правовые уголовные нормы государства, обладающего юрисдикцией, ни индивидуальную уголовную ответственность бенефициара иммунитета<sup>31</sup>.

46. Принимая во внимание вышеизложенное, можно сформулировать определение иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, которое включало бы упомянутые выше общие характеристики. С этой целью предлагается следующая редакция:

*«Проект статьи 3. Определения*

Для целей настоящего проекта статей:

b) "иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции" означает защиту, которой обладают определенные должностные лица, перед осуществлением уголовной юрисдикции со стороны судей и судов третьего государства».

<sup>31</sup> См. сноски 15 и 27 выше.

## ГЛАВА IV

### Разграничение между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*

47. Разграничение между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae* являлось предметом рассмотрения и получило общепризнанное толкование в доктрине; при этом использовались либо эти термины, либо определения «персональный иммунитет» и «функциональный иммунитет». Кроме того, обе категории иммунитета получили достаточное освещение в предварительном докладе предыдущего Специального докладчика<sup>32</sup> и в меморандуме Секретариата<sup>33</sup>, и поэтому в данный момент нет необходимости вновь возвращаться к вопросам, рассмотренным в этих документах. Кроме того, следует обратить

<sup>32</sup> См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, стр. 209–211, пункты 78–83.

<sup>33</sup> См. меморандум Секретариата (сноска 14 выше), пункт 88 и далее.

внимание и на тот факт, что разграничение между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae* представляет собой один из тех немногих элементов, по которым в ходе обсуждения этих вопросов в Комиссии сформировался широкий консенсус.

48. В обеих категориях присутствуют важные элементы сходства, но имеются и элементы, определяющие значительные различия между ними. К числу первых относятся их основания и цель, которая состоит не в чем ином, как в обеспечении гарантий принципа суверенного равенства государств, недопущении вмешательства во внутренние дела и содействию поддержанию стабильных международных отношений, с тем чтобы должностные лица и представители государств могли беспрепятственно выполнять надлежащим образом возложенные на

них функции<sup>34</sup>. Отсюда вытекает необходимость рассмотрения иммунитета от уголовной юрисдикции со строго функциональной точки зрения или с позиций функционального подхода, поскольку та защита, право на которую, по общему признанию, имеют лица, обладающие таким иммунитетом, предоставляется им в конечном счете в силу тех функций или задач, которые каждое такое лицо исполняет в рамках своих отношений с государством, определяемых соответствующей должностью. Такие задачи неизбежно отличаются друг от друга, поскольку их содержание зависит от соответствующего статуса различных категорий лиц, подлежащих защите, чем и определяются различия в способах проявления функционального компонента иммунитета и, следовательно, в определении правового режима, применяемого в отношении каждой из упоминавшихся выше категорий иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции. Учитывая, что данный «функциональный» компонент имеет место в отношении обеих категорий, для целей настоящего доклада и проекта статей мы сочли предпочтительным использовать понятия «иммунитет *ratione personae*» и «иммунитет *ratione materiae*», чтобы избежать терминологических неясностей, которые могут иметь те или иные нежелательные последствия в концептуальном плане.

49. Общим элементом для иммунитета *ratione personae* и иммунитета *ratione materiae* является то, что и тот, и другой представляют собой иммунитет, защищающий физических лиц и признаваемый в их отношении, независимо от того, что такое признание осуществляется в конечном счете с целью защиты прав и интересов государства и что, соответственно, возникает необходимость признания той или иной позиции государства в отношении таких иммунитетов, особенно в случае оспаривания или снятия иммунитета. При этом нельзя забывать о том, что иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции применяется в отношении уголовной юрисдикции и что он, соответственно, действует в отношении определенных категорий лиц, против которых при отсутствии иммунитета может быть возбуждено уголовное судопроизводство в целях установления их возможной личной уголовной ответственности. Следовательно, хотя это не подходящий момент для углубленного рассмотрения данного вопроса, следует отметить необходимость проведения разграничений между иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции (как *ratione personae*, так и *ratione materiae*) и иммунитетом государства – эти два

понятия не следует смешивать, хотя между ними и существуют точки соприкосновения<sup>35</sup>.

50. Вместе с тем, наряду с общими элементами, о которых только что было сказано, между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae* существуют также важные различия, которые необходимо выделить. Так, практика показывает, что иммунитет *ratione personae* имеет следующие отличительные признаки:

a) он признается автоматически и в соответствии с нормами международного права в отношении только некоторых органов государственной власти, занимающих важное место в его системе и, в соответствии со своими обязанностями, представляющих государство в международных отношениях;

b) он применяется в отношении всех действий (как частного, так и официального характера), совершенных представителями государства;

c) он имеет четко ограниченное по времени действие, лимитируемое тем сроком, в течение которого органы, пользующиеся иммунитетом, выполняют свои обязанности<sup>36</sup>.

Со своей стороны, иммунитет *ratione materiae* имеет следующие отличительные признаки:

a) он признается в целом в отношении должностных лиц государства;

b) этот иммунитет охватывает только те действия, которые могут быть определены как «официальные действия» или «действия, совершенные в порядке выполнения официальных функций»; а также

c) иммунитет *ratione materiae* не имеет никаких временных ограничений, поскольку он продолжает действовать и после того, как лицо, на которое распространяется данный иммунитет, утратит свой статус должностного лица.

51. Несмотря на то что разграничение между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae* пользуется широким признанием в доктрине и находит отражение в судебной практике, следует обратить внимание на то, что такое разграничение не нашло параллельного отражения в законодательстве государств. Так, большинство государств, ответивших на первый из предложенных Комиссией на предыдущей сессии вопросов, указали, что в их внутреннем законодательстве отсутствуют конкретные нормы, предусматривающие подобное разграничение. Вместе с тем некоторые государства привели примеры того, как такое разграничение косвенным

<sup>34</sup> По данному вопросу Институт международного права указал в своей резолюции 2009 года об иммунитете от юрисдикции государства и лиц, которые действуют от имени государства, в случае совершения международных преступлений (см. сноску 23 выше), что «иммунитет предоставляется в целях обеспечения, в соответствии с международным правом, распределения и осуществления юрисдикции в тяжбах с участием государств для обеспечения суверенного равенства таких государств и с целью предоставления лицам, действующим от имени государств, возможности эффективно выполнять свои функции» (*Yearbook*, vol. 73, art. II, para. 1). МС особо подчеркнул такой функциональный и окончательный характер иммунитета в своем постановлении от 14 февраля 2002 года по делу *Arrest Warrant of 11 April 2000, Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 21, para. 53.

<sup>35</sup> В отношении разграничения между иммунитетом государства и иммунитетом должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции следует отметить, что МС указал на него прямо в деле *Jurisdictional Immunities of the State, I.C.J. Reports 2012*, pp. 137–138, para. 87, и косвенно в этом же деле, *ibid.*, p. 139, para. 91.

<sup>36</sup> Подробнее об этих отличительных признаках см. в главе V настоящего доклада.

образом отражается в некоторых нормах внутреннего права или как оно, что случается чаще, учитывается в судебной практике. На деле такие ответы не вызывают большого удивления, поскольку они исходят из двух аспектов практики, о которых нельзя забывать, а именно: *a)* из не слишком обширной практики применения государствами принципов иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, а также *b)* из того, что в национальном законодательстве, как правило, отсутствуют нормы в отношении иммунитета с иностранным компонентом, за исключением общих ссылок на применимость норм международного права.

52. Несмотря на это, провести адекватное разграничение между иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции *ratione personae* и иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции *ratione materiae* важно и нужно с учетом обсуждаемой темы и проекта статей, который может быть разработан на основе этого обсуждения. Это важно не только для проведения анализа или подготовки описания, но и прежде всего потому, что определение нормативных элементов иммунитета каждой категории имеет значение для определения правового порядка, применимого в ее отношении, в том числе с точки зрения процедур, которые необходимо разработать для практического обеспечения иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Наконец, следует отметить, что такое разграничение имеет отношение и к общей проблематике исключений, которые могут применяться в связи с иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции; это, без сомнения, один из вопросов, по которым существуют

наибольшая неопределенность и расхождение во мнениях.

53. С учетом всего вышесказанного мы считаем необходимым дать определение обеих категорий иммунитета в общем виде и в качестве отправного пункта для последующей работы с этими категориями. Данное определение подлежит включению в проект статьи 3, в котором даются «определения», и с этой целью предлагается следующая редакция этой статьи:

#### *«Проект статьи 3. Определения»*

Для целей настоящего проекта статей:

*c)* Под "иммунитетом *ratione personae*" понимается иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, действующий в отношении определенных должностных лиц государства в силу того статуса, который данные лица имеют в государстве, гражданами которого они являются, и который прямо и непосредственно наделяет их функцией представительства государства в сфере международных отношений;

*d)* Под "иммунитетом *ratione materiae*" понимается иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, действующий в отношении должностного лица государства в связи с действиями, которые данное лицо осуществляет в рамках исполнения своего мандата, и которые подпадают под определение "официальные действия"».

## ГЛАВА V

### **Иммунитет *ratione personae*: нормативные элементы**

54. Под «нормативными элементами» в настоящем докладе понимаются те отличительные характеристики иммунитета *ratione personae*, которые важны с точки зрения определения правового режима, применимого к данной категории иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции. Исходя из определения иммунитета *ratione personae*, данного в главе IV выше и содержащегося в пункте *c)* проекта статьи 3, можно выделить в данном случае следующие нормативные элементы:

*a)* Субъектная сфера охвата иммунитета *ratione personae*: какие лица обладают таким иммунитетом?

*b)* Материальная сфера охвата иммунитета *ratione personae*: какие именно действия, осуществляемые данными лицами, подпадают под защиту данного иммунитета?

*c)* Временные рамки действия иммунитета *ratione personae*: в течение какого периода времени этот иммунитет может приводиться в действие и применяться?

Каждый из этих элементов далее будет рассмотрен отдельно.

55. В данной главе не рассматриваются ни вопросы возможных исключений из иммунитета *ratione personae*, ни его процессуальные аспекты – они станут предметом рассмотрения на следующей стадии исследования.

#### **A. Субъектная сфера охвата иммунитета *ratione personae***

56. Определение лиц, в отношении которых может применяться данный иммунитет, является, несомненно, обязательным условием осуществления иммунитета. Этот вопрос приобретает особое значение в тех случаях, когда мы имеем дело с иммунитетом от уголовной юрисдикции – вопросом, при рассмотрении которого, независимо от прочих соображений, обсуждается возможность осуществления либо неосуществления юрисдикции государства, чтобы на этом основании сделать вывод о необходимости применения личной уголовной ответственности, а не ответственности государства. При рассмотрении данной проблемы интерес представляет и вопрос определения данных лиц, поскольку в названии темы, избранной для рассмотрения Комиссией, в общем виде упоминаются «должностные лица государства»

(«officials» на английском языке; «funcionarios» на испанском языке; «représentants» на французском языке). В связи с этим возникла озабоченность по поводу определения понятия «должностное лицо».

57. Эта озабоченность становится еще более отчетливой по мере того, как мы начинаем более внимательно изучать проблему иммунитета *ratione personae*, который, как уже отмечалось выше, по необходимости применяется в отношении ограниченного круга лиц, отличительной особенностью которых является то, что они занимают самые высокие государственные должности, и что в силу этого в их функций входит представительство государства на международном уровне<sup>37</sup>. Соответственно, определение понятия «должностное лицо» может и не представлять интереса в отношении данной категории иммунитета, если будет выбран узкий подход, связывающий иммунитет *ratione personae* исключительно с должностями главы государства, главы правительства и министра иностранных дел. Напротив, это понятие может стать и более значимым в том случае, если предпочтение будет отдано широкому подходу, предполагающему включение в число бенефициаров этого иммунитета и других высших должностных лиц государства, в числе которых достаточно часто упоминались и другие члены правительства, например министр обороны, министр торговли и прочие министры, которые в силу своей должности обязаны в той или иной форме участвовать в поддержании международных отношений вообще или в проведении конкретных международных форумов и которые вследствие этого для выполнения своих функций должны выезжать за пределы своих стран. Если исходить из второго предположения, то определение понятия «должностное лицо» для целей иммунитета *ratione personae* оказывается необходимым, хотя следует оговорить при этом, что такое определение должно быть конкретным и иметь четкие отличия от общего определения «должностное лицо», которое следует применять в отношении иммунитета *ratione materiae*, поскольку правовой режим, применимый к этим двум категориям должностных лиц, также будет по необходимости различным.

58. Рассматривая вначале узкий подход, можно отметить, что в целом на практике утвердилось признание иммунитета *ratione personae* в отношении главы государства, главы правительства и министра иностранных дел. Поэтому, хотя и очевидно, что первоначально такой иммунитет признавался за главой государства, а затем был распространен на главу правительства<sup>38</sup>, после принятия МС решения по делу

<sup>37</sup> См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, стр. 221–225, пункты 109–121; и меморандум Секретариата (сноска 14 выше), пункты 96–136.

<sup>38</sup> В данном случае следует учитывать происхождение данного вида иммунитета, связанного с фигурой суверена. И хотя этот подход остался в прошлом, не менее очевидно и то, что различные международные договоры до недавних пор при определении специальных норм персонального иммунитета имели в виду исключительно фигуру главы государства; см., например, пункт 2 статьи 3 Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Кроме того, в Конвенции о специальных миссиях отдельно говорится об иммунитете главы государства (статья 21, пункт 1) и об

*Ордер на арест от 11 апреля 2000 года* не вызывает сомнения и то, что этот иммунитет распространяется и на министра иностранных дел, поскольку, согласно этому решению: «В международном праве твердо установлено, что, как и дипломатические и консульские агенты, некоторые высшие должностные лица, такие как глава государства, глава правительства и министр иностранных дел, пользуются иммунитетом от гражданской и уголовной юрисдикции иностранных государств»<sup>39</sup>. Таким образом, хотя в Комиссии и в Шестом комитете и высказывались мнения против распространения данного иммунитета на министра иностранных дел<sup>40</sup>, нельзя не отметить, что такое мнение в отношении министра иностранных дел высказывалось крайне редко и что оно, кроме того, плохо соотносится с упомянутым выше постановлением МС, что дает основания для вывода о том, что данное решение базируется на применяемых в настоящее время принципах общего права.

59. Основой для выделения главы государства, главы правительства и министра иностранных дел в качестве бенефициариев иммунитета *ratione personae* является тот факт, что все они выполняют функцию представительства государства в сфере международных отношений. Не следует забывать, что данная функция закреплена в международном праве как таковая, что эти лица выполняют ее автоматически и что при этом не возникает необходимости в каком-либо официальном акте вручения им полномочий со стороны государства, которое они представляют<sup>41</sup>. В конечном счете речь идет о функции государственного представительства, независимо от политической и административной модели государства и независимо

---

иммунитете «главы правительства, министра иностранных дел и других лиц высокого ранга, участвующих в специальной миссии» (статья 21, пункт 2). В отношении работы в области кодификации, проводимой частными организациями, следует отметить, что Институт международного права в своей резолюции, принятой на сессии в Ванкувере в 2001 году, говорит в первую очередь о главе государства, а затем распространяет режим иммунитета и неприкосновенности на главу правительства, но не упоминает при этом министра иностранных дел (Institute of International Law, «Immunities from jurisdiction and execution of Heads of State and of Government in international law», *Yearbook*, vol. 69).

<sup>39</sup> *I.C.J. Reports 2002*, pp. 20–21, para. 51.

<sup>40</sup> В ряде случаев против распространения иммунитета *ratione personae* на министра иностранных дел высказывалась Южная Африка.

<sup>41</sup> Особенно четко данный вопрос поясняет следующее заявление МС по делу *Arrest Warrant of 11 April 2000*, и хотя в данном случае речь идет о министре иностранных дел, основные положения могут быть в равной степени применимы в отношении и главы государства, и главы правительства:

«Он или она несет ответственность за дипломатическую деятельность своего правительства и обычно действует в качестве его представителя на международных переговорах и межправительственных встречах... Его или ее действия могут связать представляемое им или ею государство обязательством... Суд далее отмечает, что министр иностранных дел, ответственный за развитие отношений его или ее государства со всеми другими государствами, занимает такое положение, что, как и глава государства или глава правительства, признается согласно международному праву в качестве представителя государства исключительно в силу своей должности. Он или она не должны вручать верительные грамоты: напротив, как правило, именно министр определяет полномочия, которые должны быть предоставлены дипломатическим агентам, и визирует их верительные грамоты» (*ibid.*, pp. 21–22, para. 53).



от внутреннего законодательства, определяющего в соответствующих странах порядок занятия должностей главы государства, главы правительства и министра иностранных дел. В целом международное право, независимо от внутреннего законодательства государств, признает за этими должностями представительскую функцию исключительно с целью создания целостной и единой для всего международного сообщества модели государственного представительства, которая содействовала бы поддержанию международных отношений и создавала для этого благоприятные условия<sup>42</sup>. Именно такой принцип автоматического представительства на основе международного права и объясняет, почему в рамках международного права этим трем государственным должностям отводится именно такое место (вспомним, например, о договорном праве или о праве международной ответственности), а также почему они подпадают под действие иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции и почему в их отношении действует особый режим (иммунитет *ratione personae*), отличный от режима, применяемого в отношении других должностных лиц государства.

60. Исходя из этого и учитывая, что основой такого особого режима является крайне специфический характер представительства, осуществляемого главой государства, главой правительства и министром иностранных дел, – характер, берущий свое начало в принципах международного права и признаваемый им, – невозможно отрицать тот факт, что мы имеем дело с особой ситуацией, которая вряд ли может иметь место в отношении других лиц, даже если они занимают высокие должности в своем государстве и даже входят в состав его правительства<sup>43</sup>. Очевидно, что исключением здесь является то, что существует возможность обнаружить в международном праве нормы, аналогичные применяемым в отношении членов «тройки» и признающие за ними функции в области представительства, схожие с теми, которые выполняют глава государства, глава правительства и министр иностранных дел. В отсутствие таких норм не представляется возможным применить иммунитет

<sup>42</sup> На тех же основаниях устанавливается и режим дипломатических и консульских сношений и даже режим, применяемый к специальным миссиям, – в этих случаях также применяются правила в отношении иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, соответствующие категории иммунитета *ratione personae*.

<sup>43</sup> В связи с этим следует также отметить, что в различных международных договорах и документах также проводится разграничение между главой государства, главой правительства и министром иностранных дел, с одной стороны, и другими высокопоставленными должностными лицами государства, в том числе в ранге министров, – с другой; см., например, статью 21 вышеупомянутой Конвенции о специальных миссиях. Аналогичным образом в Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, хотя и под другим углом, при определении лиц, пользующихся защитой, проводится четкое разграничение между главой государства, главой правительства и министром иностранных дел, с одной стороны (статья 1, пункт 1 а)), и «любым представителем или должностным лицом государства» – с другой (статья 1, пункт 1 б)). В то же время Институт международного права в своей резолюции, принятой в 2001 году, проводит четкое разграничение между иммунитетом, которым пользуются глава государства и глава правительства, и «иммунитетами, на которые могут иметь право другие члены правительства в силу своих официальных функций» (статья 15, пункт 2) (*Yearbook*, vol. 69, см. сноску 38 выше).

*ratione personae* в отношении других должностных лиц государства помимо главы государства, главы правительства и министра иностранных дел, причем независимо от того, что другие высокопоставленные должностные лица государства также принимают участие в поддержании международных отношений<sup>44</sup>.

61. В отличие от этого узкого подхода, широкий подход к иммунитету *ratione personae* позволяет включить в субъектную сферу его охвата определенных высших должностных лиц государства, не входящих в «тройку», прежде всего в тех случаях, когда эти лица – в силу тех функций, которые они выполняют в соответствии с национальным законодательством соответствующих стран, – обязаны участвовать в международных обменах и часто выезжать за границу, в том числе и представляя государства, хотя бы в одной определенной сфере. Такое толкование имеет целью укрепление надежности и устойчивости международных отношений и суверенного равенства государств в свете новых моделей дипломатии и международных отношений путем предоставления таким лицам такого же иммунитета *ratione personae*, какой уже признается в отношении главы государства, главы правительства и министра иностранных дел, тем самым уравнивая их в отношении их функций<sup>45</sup>. Сторонники такого широкого толкования пытаются обосновать его, исходя из буквального толкования положения, содержащегося в упоминавшемся выше постановлении МС по делу *Ордер на арест от 11 апреля 2000 года*, ссылаясь, в частности, на употребление выражения «such as» («например»), которое рассматривается как вводное. Кроме этого, приводятся также примеры из судебной практики отдельных государств, согласно которым суды некоторых государств признавали иммунитет *ratione personae* в отношении высших должностных лиц государства, не входящих в «тройку». Соответственно, данный вопрос заслуживает рассмотрения.

62. В отношении «тенденции к расширительному толкованию», о которой говорилось выше, прежде всего следует отметить, что при толковании фразы из упоминавшегося выше постановления Суда следует использовать правильную терминологию. Поэтому, несмотря на буквальное значение этих слов, вряд ли можно делать вывод о том, что Суд имел в виду существование открытого перечня лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*. Напротив, когда у Суда была возможность расширить список лиц, защищаемых такого рода иммунитетом, в связи с делом *Некоторые вопросы взаимной помощи по уголовным делам (Джибути против Франции)*, он этого не сделал, и в результате его постановление относится

<sup>44</sup> На последней сессии Генеральной Ассамблеи в Шестом комитете за применение иммунитета *ratione personae* в отношении только членов «тройки» высказались следующие государства: Австрия, Бельгия, Греция, Ирландия, Испания, Конго, Малайзия, Нидерланды, Новая Зеландия, Португалия, Словения, Соединенные Штаты Америки, Ямайка.

<sup>45</sup> Соответственно, следующие государства выразили, с теми или иными оговорками, готовность рассмотреть вариант более широкого толкования: Алжир, Беларусь, Вьетнам, Израиль, Китай, Норвегия, Перу, Португалия, Российская Федерация, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Франция, Чили, Швейцария.

только к главе государства. Что же касается прокурора Республики и главы Службы национальной безопасности, то очевидно, что не было сделано прямого заявления относительно того, имеют ли они право на общий иммунитет *ratione personae*, хотя и можно сделать вывод о том, что эти высшие должностные лица не пользуются персональным иммунитетом, поскольку не являются дипломатическими работниками и поскольку в их отношении неприменима и Конвенция о специальных миссиях<sup>46</sup>.

63. Кроме того, следует отметить, что примеры государственной практики по этому вопросу немногочисленны и, кроме того, непоследовательны и несогласованны ни в том, что касается решений по конкретным делам, ни с точки зрения доводов, приводившихся в судах разных стран. Таким образом, имея дело с постановлениями в пользу расширительного применения иммунитета *ratione personae*, нелишне вспомнить о других делах, окончательное решение по которым было прямо противоположным<sup>47</sup>, или же о делах, по которым не было принято какого-либо решения о виде иммунитета, который подтверждался или применялся, однако четко разграничивалось отношение к членам «тройки» и к другим высшим должностным лицам государства. Соответственно, в отсутствие единообразной государственной практики не представляется возможным найти доводы в пользу распространения иммунитета *ratione personae* на других высших должностных лиц государства, не являющихся членами «тройки», поскольку это означало бы наделение их функциями прямого и автоматического представительства государства в сфере международных отношений на основе нормы международного права, подтвердить существование которой не представляется возможным<sup>48</sup>.

64. Наконец, не стоит упускать из виду и тот факт, что даже сторонники распространения иммунитета *ratione personae* на высших должностных лиц, не входящих в «тройку», сходятся во мнениях относительно невозможности составить конкретный перечень должностных лиц, поскольку высказывались весьма отличные друг от друга точки зрения на характер и круг высших должностных лиц, которые пользовались бы таким иммунитетом<sup>49</sup>. Напротив, среди приверженцев концепции расширительного толкования наблюдается стремление предложить в качестве наиболее

подходящего метода определение критериев, которые обосновывали бы предоставление иммунитета *ratione personae* таким «иным высшим должностным лицам» государства<sup>50</sup>.

65. Вместе с тем очевидно, что на практике не столь редко встречаются примеры того, что международное право признает иммунитет *ratione personae* общего характера в отношении других должностных лиц государства, помимо главы государства, главы правительства или министра иностранных дел. Несомненно, наиболее показательным является здесь пример иммунитета от уголовной юрисдикции, которым пользуются дипломатические работники. Сюда же можно отнести и признание иммунитета *ratione personae* в соответствии с нормами, применяемыми в отношении специальных миссий, или даже ряд случаев, когда на основании принятых в одностороннем порядке решений такая же защита предоставлялась некоторым высшим должностным лицам при их официальных визитах в ту или иную страну. Речь здесь идет, однако, о случаях применения особого режима, вопрос о котором выходит за рамки рассматриваемой темы и который, соответственно, должен быть исключен из сферы действия проекта статей, который может быть в свое время принят Комиссией. Именно в рамках подобного специального режима, в частности режима, примененного в отношении специальных миссий в самом широком понимании этого термина, следует искать наиболее адекватные пути обеспечения иммунитета тех высших должностных лиц государства, которые более или менее постоянно либо более или менее эпизодически вынуждены выезжать за пределы страны и которые поэтому могут сталкиваться с иностранной уголовной юрисдикцией, что явно препятствует выполнению ими их функций и вместе с тем явно ущемляет принцип суверенного равенства государств, от имени которых они осуществляют эти функции.

66. Наконец, нельзя не отметить, что следствием признания такого же иммунитета *ratione personae*, каким наделены члены «тройки», за иными высшими должностными лицами государства, в том числе правительственного уровня, станет воспрепятствование соответствующим судебным органам третьих государств в осуществлении их юрисдикции, поскольку такие суды будут лишены властных полномочий, являющихся частью их суверенитета. Такая ситуация может возникнуть только в случае применения соответствующей нормы обычного международного права. Как представляется, на нынешней стадии развития международного права продемонстрировать существование нормы, подобной той, которая принята в отношении членов «тройки», и действующей в отношении других высших должностных лиц государства, вряд ли возможно.

<sup>46</sup> *I.C.J. Reports 2008*, p. 244, para. 194. Вместе с тем не следует забывать и о том, что данное постановление МС, как представляется, приравнивает друг к другу, хотя и лишь частично, иммунитет этих двух высших должностных лиц и иммунитет государства (см. *ibid.*, p. 242, paras. 187–188, and p. 244, para. 196).

<sup>47</sup> В этой связи см. недавнее постановление Федерального уголовного суда Швейцарии от 25 июля 2012 года (сноска 15 выше).

<sup>48</sup> Ряд государств предупреждали о необходимости проявлять осторожность в попытках расширительного толкования, поскольку уровни представительства, на которые уполномочены разные категории высших должностных лиц, существенно отличаются друг от друга (Малайзия, Норвегия и Словения).

<sup>49</sup> Некоторые государства считают необходимым предоставить иммунитет *ratione personae* министрам обороны и торговли (Норвегия и Швейцария), министру, отвечающему за состояние финансовой системы, учитывая нынешнюю ситуацию в мире (Норвегия), вице-преьерам, членам правительства как таковым и главам органов законодательной власти (Ирландия, Китай и Соединенное Королевство).

<sup>50</sup> О необходимости определить такие критерии заявляли, в частности, Израиль, Индия, Ирландия, Китай, Португалия, Республика Корея, Российская Федерация, Франция, Чили и Япония. Некоторые государства особо подчеркивали, что в качестве основных критериев они предлагают учитывать ранг лица, о котором идет речь, его участие в международном сотрудничестве и в международных отношениях, а также необходимость совершать поездки (см., например, заявление Соединенного Королевства).

67. Основываясь на всем вышесказанном, Специальный докладчик считает, что субъектная сфера охвата иммунитета *ratione personae* от иностранной уголовной юрисдикции должна действовать только в отношении главы государства, главы правительства и министра иностранных дел, и поэтому предлагает следующий проект статьи:

*«Проект статьи 4. Субъектная сфера охвата иммунитета *ratione personae*»*

Глава государства, глава правительства и министр иностранных дел пользуются иммунитетом от уголовной юрисдикции государства, гражданами которого они не являются».

68. Вместе с тем очевидно, что на практике можно найти отдельные примеры точечного признания иммунитета *ratione personae* в отношении высших должностных лиц, не входящих в «тройку». Сюда же следует отнести и выраженную некоторыми членами Комиссии и отдельными государствами поддержку идеи о необходимости включить в число тех, кто пользуется такого рода иммунитетом, и высокопоставленных должностных лиц государства. В этом случае если Комиссия сочтет необходимым обсудить вопрос о подобном расширении сферы действия иммунитета *ratione personae*, Специальный докладчик считает необходимым отметить, что такое расширение будет, по ее мнению, подпадать под понятие прогрессивного развития и что в любом случае, для того чтобы найти правильный подход к такому расширению, следует рассматривать этот иммунитет автономно и отдельно от иммунитета, которым пользуются глава государства, глава правительства и министр иностранных дел, чтобы учесть, в частности, в ходе этой работы те элементы, которые отличают такой иммунитет от иммунитета *ratione personae*, традиционно признаваемого за членами «тройки». В процессе этой работы следует особо учитывать новый территориальный элемент, присущий такой особой форме иммунитета *ratione personae* и вытекающий из понятия «официальный визит», и этот элемент, по поводу которого одно из государств выразило недавно особую озабоченность<sup>51</sup>, должен стать центральным при рассмотрении этого вопроса.

## **В. Материальная сфера охвата иммунитета *ratione personae***

69. Второй из нормативных элементов, определяющий иммунитет *ratione personae*, составляют виды деяний, подпадающие под действие этого иммунитета. В связи с этим следует отметить, что, в противоположность ситуации, имеющей место в отношении

<sup>51</sup> В ходе прошлой сессии Генеральной Ассамблеи Швейцария заявила в Шестом комитете, что факт нахождения должностного лица государства на территории третьего государства в рамках официального визита или вне таких рамок должен стать соответствующим методологическим критерием при рассмотрении вопроса об иммунитете *ratione personae*. О необходимости учитывать факт совершения представителем государства официального визита заявила и Норвегия, представитель которой выступал от имени стран Северной Европы.

субъектной сферы охвата иммунитета *ratione personae*, отвлеченное определение сферы его материального охвата не вызвало практических затруднений. Так, не вызвало возражений распространение действия этого иммунитета на любые деяния, осуществляемые как в частном, так и в официальном порядке главой государства, главой правительства или министром иностранных дел. В значительной степени это объясняется особой мотивировкой данной категории иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, о чем говорилось выше.

70. Такое решение согласуется с тем, которое содержится в различных международных конвенциях, определяющих особый режим или предусматривающих также иммунитет, который по своей природе является иммунитетом *ratione personae*, например в Венской конвенции о дипломатических сношениях и в Конвенции о специальных миссиях<sup>52</sup>. Поскольку меры защиты от иностранной уголовной юрисдикции, предусматриваемые указанными Конвенциями, исходят из тех же оснований, что и защита, предоставляемая главам государств, главам правительств или министрам иностранных дел, логично предположить, что решение вопроса о материальной сфере ее охвата также одинаково. С другой стороны, при различных попытках кодификации, предпринимавшихся в частном порядке, например Институтом международного права, под действие иммунитета *ratione materiae* подпадали деяния и частного, и официального характера<sup>53</sup>.

71. С другой стороны, следует также учитывать, что аналогичной позиции придерживается и международная судебная практика, которая рассматривает такой иммунитет как «полный», «всеобъемлющий», «совершенный», «целостный» или «абсолютный» именно с целью указать, что он применяется в отношении любого действия, осуществленного лицами, которые являются носителями иммунитета. Параллельно с этим в том же ключе традиционно

<sup>52</sup> См. статью 31 и, а contrario, статью 39, пункт 2, Венской конвенции о дипломатических сношениях; см. также статью 31 и, а contrario, статью 43, пункт 2, Конвенции о специальных миссиях. В обоих случаях следует обратить внимание на различную трактовку иммунитета от уголовной юрисдикции и иммунитета от гражданской и административной юрисдикции: в отношении последнего предусматриваются исключения, напрямую связанные с действиями частного характера. Равным образом при регулировании порядка прекращения действия иммунитета эти Конвенции проводят разграничение между официальными деяниями и прочими деяниями, что означает имплицитное признание того, что неофициальные (частные) деяния подпадают под действие иммунитета в течение всего периода применения иммунитета *ratione personae* в отношении дипломатического агента или в отношении членов специальной миссии.

<sup>53</sup> См., в частности, резолюцию об иммунитетах от юрисдикции и исполнения судебных решений в отношении глав государств и правительств в международном праве, принятую Институтом международного права в Ванкувере на его сессии 2001 года (*Yearbook*, vol. 69, p. 743). Особого внимания заслуживает статья 2, которую, исходя из интересующего нас вопроса, следует рассматривать в сопоставлении со статьями 3 и статьями 13, пункт 2 (*ibid.*, pp. 745 and 753, respectively).

строится и практика национальных судебных органов<sup>54</sup>.

72. Соответственно, можно, используя выражение, примененное МС, сделать вывод о том, что иммунитет *ratione personae* от иностранной уголовной юрисдикции является полным иммунитетом, и, соответственно, в связи с этим нет необходимости в аналитическом изучении того, какие именно деяния должны рассматриваться как «частные» или как «официальные», равно как и нет необходимости в принципе разбираться в том, когда и при каких обстоятельствах эти деяния были совершены или где находились бенефициары иммунитета *ratione personae*, совершая деяния, подпадающие под действие иммунитета, либо где они находятся на момент попытки осуществления юрисдикции в отношении них<sup>55</sup>. Таким образом, «полнота» иммунитета *ratione personae* означает его применимость в отношении любых действий, совершенных главой государства, главой правительства или министром иностранных дел, независимо от характера такого действия, места его совершения, равно как и независимо от фактического характера зарубежной поездки (официального или частного визита), совершаемой данным лицом в момент попытки осуществления иностранной уголовной юрисдикции со стороны того или иного государства. В любом случае с учетом этих обстоятельств, по мнению Специального докладчика, выражению «полный иммунитет» следует отдать предпочтение перед выражением «абсолютный иммунитет», поскольку последнее может иметь иные толкования в свете тех изменений, которые претерпевает в последние десятилетия в международном праве институт иммунитета.

73. Тем не менее следует отметить, что такое определение иммунитета *ratione personae* как полного не предполагает какого-либо вывода по поводу возможной применимости исключений из сферы действия такого иммунитета. Такие исключения, если они существуют, предполагают – в силу своего характера – исключение из общего правила, которое предусматривает именно «полный» иммунитет. В любом случае вопрос о возможных исключениях из сферы действия иммунитета не является предметом рассмотрения в настоящем докладе и поэтому не нуждается в отражении в проекте статьи, который будет предложен ниже. Этот вопрос, как уже было сказано выше в главе I, будет рассмотрен позже.

74. С учетом всего вышесказанного предлагается следующий проект статьи относительно материальной сферы охвата иммунитета *ratione personae*:

<sup>54</sup> См. в связи с этим интересный анализ, представленный в меморандуме Секретариата (сноска 14 выше), пункты 137–140. Недавнее постановление Федерального уголовного суда Швейцарии (см. сноски 15 и 27 выше), которое неоднократно цитировалось в настоящем докладе, также исходит из общепринятой доктрины, согласно которой иммунитет распространяется на все действия, совершенные в данном случае главой государства (пункт 5.3.1).

<sup>55</sup> См. решение от 14 февраля 2002 года по делу *Arrest Warrant of 11 April 2000, Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 22, para. 55.

#### «Проект статьи 5. Материальная сфера охвата иммунитета *ratione personae*»

1. Иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, которым пользуются глава государства, глава правительства и министр иностранных дел, распространяется на все действия, совершенные этими лицами перед их вступлением в должность или во время осуществления своих полномочий.

2. Глава государства, глава правительства или министр иностранных дел не пользуются иммунитетом *ratione personae* в отношении действий частного или официального характера, которые они могут совершить по окончании своих полномочий. Эта норма применяется без ущерба для иных форм иммунитета, которым могут пользоваться данные лица по окончании их полномочий, в отношении действий официального характера, совершенных ими в ином качестве».

#### С. Временная сфера охвата иммунитета *ratione personae*

75. Равно как и материальная сфера охвата иммунитета *ratione personae*, временная сфера охвата этой категории иммунитета также не является предметом спора. Напротив, можно говорить о широком консенсусе по поводу утверждения о том, что иммунитет *ratione personae* от уголовной юрисдикции применяется только в течение того периода, когда глава государства, глава правительства или министр иностранных дел находятся при исполнении своих полномочий. Соответственно, иммунитет *ratione personae* возникает в момент вступления лица, пользующегося таким иммунитетом, в свою должность и заканчивается в момент прекращения действия его мандата<sup>56</sup>. Иными словами, иммунитет *ratione personae* в силу особенностей его природы имеет, несомненно, временный характер, связанный с пребыванием лица, пользующегося таким иммунитетом, в своей должности<sup>57</sup>.

76. Эта отличительная черта иммунитета *ratione personae* постоянно проявляется в практике государств, а также в международной и национальной судебной практике. Вместе с тем не менее очевидно и то, что – в некоторых ситуациях – наблюдается определенная неоднозначность и/или терминологическая путаница, которая может определенным образом повлиять на юридическую природу той категории иммунитета, о которой идет речь. Так, в ряде случаев говорилось о том, что по окончании мандата лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*, сохраняется

<sup>56</sup> См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, стр. 210, пункт 79; и меморандум Секретариата (сноска 14 выше), пункт 90.

<sup>57</sup> МС прямо указал на это в своем постановлении от 14 февраля 2002 года по делу *Arrest Warrant of 11 April 2000, I.C.J. Reports 2002*, p. 22, para. 54; см. также пункт 61 того же постановления. О таком же временном измерении иммунитета *ratione personae* говорил Институт международного права в своей резолюции 2009 года об иммунитете от юрисдикции государства и лиц, которые действуют от имени государства, в случае совершения международных преступлений: «Персональный иммунитет прекращается с прекращением полномочий или миссии лица, им пользующегося» (статья III, пункт 2) (*Yearbook*, vol. 73, p. 227).

определенный «остаточный иммунитет»<sup>58</sup> в отношении действий официального характера, совершенных ими в период пребывания на постах главы государства, главы правительства или министра иностранных дел. С другой стороны, в некоторых случаях утверждается, что иммунитет *ratione personae* в отношении действий официального характера, совершенных его бенефициарами в период пребывания в соответствующей должности, распространяется не только на срок полномочий таких лиц. Цель, которую преследуют подобные заявления, очевидна: обеспечить вышеперечисленным лицам определенный иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции в отношении действий официального характера не только на срок их полномочий. Тем не менее имеет смысл прояснить и уточнить природу такого иммунитета, применимого в отношении подобных действий официального характера, поскольку это может иметь последствия, в данном случае, для правового режима этого иммунитета.

77. В связи с этим следует прежде всего отметить, что основанием для существования иммунитета *ratione personae* является особое положение лиц, пользующихся таким иммунитетом, а именно то, что они являются высшими представителями государства, по умолчанию (а не на основании какого-либо особого акта) представляют государство в сфере международных отношений и по умолчанию полномочны как выражать волю государства, так и принимать обязательства от его имени. Именно этим и объясняется особый правовой режим, который применяется в отношении иммунитета *ratione personae* и который позволяет применять его в отношении любого действия, совершенного главой государства, главой правительства или министром иностранных дел; при этом, для того чтобы предоставить им иммунитет, не важно и не нужно, вообще говоря, разбираться в природе совершенных ими деяний. Иными словами, природа деяния, совершенного бенефициаром иммунитета, не имеет значения для вступления в действие этого правового института. Наряду с этим такой иммунитет имеет очевидные временные ограничения, определяемые временем пребывания в должности, после чего природа совершенного деяния вновь становится значимой, т. е. деяния частного порядка, совершенные главой государства, главой правительства или министром иностранных дел, больше не защищаются иммунитетом, а деяния официального характера могут подпадать под действие иммунитета, однако для этого необходимо квалифицировать их как деяния такого рода<sup>59</sup>. При этом для процедуры признания

<sup>58</sup> Как представляется, таких позиций придерживался Федеральный уголовный суд Швейцарии в своем постановлении от 25 июля 2012 года (сноска 15 выше), в котором указывается, что определенный иммунитет продолжает действовать и после сложения ими своих полномочий, несмотря на то что в постановлении прямо заявляется о временном характере иммунитета *ratione personae* (пункты 5.3.1 и 5.3.2).

<sup>59</sup> Соответственно Институт международного права указал в своей резолюции 2001 года об иммунитетах от юрисдикции и исполнения судебных решений в отношении глав государств и правительств в международном праве, что глава государства, сложивший с себя эти полномочия, не «пользуется иммунитетом от юрисдикции в уголовном... разбирательстве, за исключением действий в порядке выполнения официальных функций и в связи с их выполнением» (статья 13, пункт 2) (*Yearbook*, vol. 69, p. 753).

иммунитета возникает необходимость в проведении «квалификации деяний официального характера», что чуждо самой природе иммунитета *ratione personae* и, наоборот, является одной из отличительных особенностей иммунитета *ratione materiae*.

78. Соответственно, в случае возможного применения иммунитета в отношении действий официального характера, совершенных прежним главой государства, прежним главой правительства или прежним министром иностранных дел, мы имеем дело с предполагаемой отличительной чертой иммунитета *ratione materiae*, который защищает их в отношении действий, совершенных государственным должностным лицом в рамках осуществления его функций, независимо от того, обладало ли данное должностное лицо на момент осуществления этих действий полномочиями высшего государственного представительства, а также независимо от того, что на момент, когда речь идет о применении данного иммунитета, это лицо уже не выполняет свои прежние функции. Поэтому речь не идет ни о продлении действия иммунитета *ratione personae*, ни о сохранении действия некоторых его элементов, но о применении общих норм, действующих в отношении иммунитета *ratione materiae*. Исходя из признания в общем виде различий между этими двумя категориями иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции и с учетом того, что обе эти категории признаются подпадающими частично под действие различных правовых режимов, возникает необходимость четко обозначить в настоящем проекте статей то разграничение, о котором говорилось выше, в контексте иммунитета, которым могут пользоваться бывшие главы государства, главы правительства и министры иностранных дел в отношении действий официального характера, которые они могли совершить в период своего пребывания в соответствующих должностях.

79. С учетом всего вышесказанного предлагается следующий проект статьи, учитывающий те два аспекта, о которых шла речь выше:

*«Проект статьи 6. Временная сфера охвата иммунитета ratione personae»*

1. Иммунитет *ratione personae* действует исключительно на протяжении срока полномочий главы государства, главы правительства или министра иностранных дел, и его действие автоматически прекращается в момент истечения указанного срока полномочий.

2. Прекращение действия иммунитета *ratione personae* не ущемляет возможности прежнего главы государства, прежнего главы правительства и прежнего министра иностранных дел пользоваться по истечении срока их полномочий иммунитетом *ratione materiae* в отношении действий, совершенных этими лицами в своем официальном качестве в период их пребывания в соответствующих должностях».

## ГЛАВА VI

**План будущей работы**

80. В соответствии с планом работы, предложенным в предварительном докладе, Специальный докладчик предлагает сделать предметом обсуждения в ее третьем докладе нормативные элементы иммунитета *ratione materiae*, сосредоточив при этом внимание на изучении двух особенно сложных аспектов, а именно концепции должностного лица и концепции официального действия. В этот доклад, который будет

представлен Комиссии на ее шестьдесят шестой сессии в 2014 году, будут включены также проекты статей по вышеуказанным вопросам.

81. Далее Специальный докладчик приступит к анализу проблем, связанных с темой исключений из сферы действия иммунитета, рассчитывая представить некоторые предварительные выводы в ходе шестьдесят шестой сессии Комиссии.

## ПРИЛОЖЕНИЕ

## ПРЕДЛАГАЕМЫЕ ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ

## ЧАСТЬ ПЕРВАЯ

## ВВЕДЕНИЕ

*Проект статьи 1. Сфера применения проекта статей*

Без ущерба положениям проекта статьи 2 настоящий проект статей касается иммунитета, которым обладают определенные должностные лица государства, от уголовной юрисдикции со стороны третьего государства.

*Проект статьи 2. Иммунитеты, не входящие в сферу применения проекта статей*

Из сферы применения настоящего проекта статей исключаются:

a) иммунитеты от уголовной юрисдикции, признаваемые в рамках дипломатических и/или консульских сношений либо в рамках специальной миссии или в связи с таковой;

b) иммунитеты от уголовной юрисдикции, предусматриваемые соглашениями о местонахождении штаб-квартиры либо договорами, регулирующими деятельность дипломатического представительства при международных организациях или устанавливающими привилегии и иммунитеты международных организаций и их служащих или агентов;

c) иммунитеты, которые могут устанавливаться в силу иных специальных международных договоров;

d) любые прочие иммунитеты, которые в одностороннем порядке одно государство может предоставить должностным лицам третьего государства, в частности если эти лица находятся на его территории.

*Проект статьи 3. Определения*

Для целей настоящего проекта статей:

a) «уголовная юрисдикция» означает совокупность правомочий, процессов, процедур и актов, которые – в соответствии с правом государства, намеревающегося осуществить свою юрисдикцию, – необходимы для того, чтобы суд мог установить и применить индивидуальную уголовную ответственность, вытекающую из совершения актов, квалифицируемых как преступления или правонарушения в соответствии с применимым правом данного государства. Для целей определения понятия «уголовная юрисдикция» не имеет значения юрисдикционное правовое основание, позволяющее государству осуществлять юрисдикцию;

b) «иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции» означает защиту, которой обладают определенные должностные лица, перед осуществлением уголовной юрисдикции со стороны судей и судов третьего государства;

c) под «иммунитетом *ratione personae*» понимается иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, действующий в отношении определенных должностных лиц государства в силу того статуса, который данные лица имеют в государстве, гражданами которого они являются, и который прямо и непосредственно наделяет их функцией представительства государства в сфере международных отношений;

d) под «иммунитетом *ratione materiae*» понимается иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, действующий в отношении должностного лица государства в связи с действиями, которые данное лицо осуществляет в рамках исполнения своего мандата и которые подпадают под определение «официальных действий».

## ЧАСТЬ ВТОРАЯ

ИММУНИТЕТ *RATIONE PERSONAE**Проект статьи 4. Субъектная сфера охвата иммунитета ratione personae*

Глава государства, глава правительства и министр иностранных дел пользуются иммунитетом от уголовной юрисдикции государства, гражданами которого они не являются.

*Проект статьи 5. Материальная сфера охвата иммунитета ratione personae*

1. Иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, которым пользуются глава государства, глава правительства и министр иностранных дел, распространяется на все действия, совершенные этими лицами перед их вступлением в должность или во время осуществления своих полномочий.

2. Глава государства, глава правительства или министр иностранных дел не пользуются иммунитетом *ratione personae* в отношении действий частного или официального характера, которые они могут совершить по окончании своих полномочий. Эта норма применяется без ущерба для иных форм иммунитета, которым могут пользоваться данные лица по окончании их полномочий, в отношении действий официального характера, совершенных ими в ином качестве.

*Проект статьи 6. Временная сфера охвата  
иммунитета ratione personae*

1. Иммуниет *ratione personae* действует исключительно на протяжении срока полномочий главы государства, главы правительства или министра иностранных дел, и его действие автоматически прекращается в момент истечения указанного срока полномочий.

2. Прекращение действия иммунитета *ratione personae* не ущемляет возможности прежнего главы государства, прежнего главы правительства и прежнего министра иностранных дел пользоваться по истечении срока их полномочий иммунитетом *ratione materiae* в отношении действий, совершенных этими лицами в официальном качестве в период их пребывания в соответствующих должностях.



# ПОСЛЕДУЮЩИЕ СОГЛАШЕНИЯ И ПОСЛЕДУЮЩАЯ ПРАКТИКА В ОТНОШЕНИИ ТОЛКОВАНИЯ ДОГОВОРОВ

[Пункт 6 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/660

## Первый доклад по вопросу о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Георгом Нольте

[Подлинный текст на английском языке]  
[19 марта 2013 года]

### СОДЕРЖАНИЕ

		<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе .....		66
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....		67
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ И ИНФОРМАЦИЯ О ПРЕДЫДУЩЕЙ РАБОТЕ КОМИССИИ .....	1–3	69
<i>Глава</i>		
I. СФЕРА ОХВАТА, ЦЕЛЬ И ВОЗМОЖНЫЕ РЕЗУЛЬТАТЫ РАБОТЫ .....	4–7	70
II. ОБЩЕЕ ПРАВИЛО И СРЕДСТВА ТОЛКОВАНИЯ ДОГОВОРОВ .....	8–28	71
A. Международный Суд .....	10	72
B. Судебные органы, действующие в рамках международных экономических режимов .....	11–14	72
C. Суды по правам человека и Комитет по правам человека .....	15–21	73
D. Другие международные судебные органы .....	22–27	74
E. Вывод: проект вывода 1 .....	28	75
III. ПОСЛЕДУЮЩИЕ СОГЛАШЕНИЯ И ПОСЛЕДУЮЩАЯ ПРАКТИКА В КАЧЕСТВЕ СРЕДСТВ ТОЛКОВАНИЯ .....	29–64	75
A. Признание международными судебными органами .....	31–41	76
B. Последующие соглашения и последующая практика в числе различных средств толкования .....	42–53	78
C. Совпадающее по времени и эволютивное толкование .....	54–63	80
D. Вывод: проект вывода 2 .....	64	83
IV. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПОСЛЕДУЮЩЕГО СОГЛАШЕНИЯ И ПОСЛЕДУЮЩЕЙ ПРАКТИКИ В КАЧЕСТВЕ СРЕДСТВА ТОЛКОВАНИЯ ДОГОВОРА .....	65–118	83
A. Последующее соглашение .....	66–90	83
B. Последующая практика .....	91–117	88
C. Вывод: проект вывода 3 .....	118	93
V. ПРИСВОЕНИЕ СВЯЗАННОЙ С ДОГОВОРАМИ ПРАКТИКИ ГОСУДАРСТВУ .....	119–144	93
A. Сфера охвата соответствующей государственной практики .....	120–124	93
B. Присвоение государствам последующего поведения частных сторон и общественных событий .....	125–134	94
C. Практика других субъектов как доказательство существования государственной практики .....	135–143	96
D. Вывод: проект вывода 4 .....	144	99
VI. БУДУЩАЯ ПРОГРАММА РАБОТЫ .....	145	99

## Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

	<i>Источник</i>
Конвенция об улучшении участи раненых в действующих армиях (Женева, 22 августа 1864 года)	ICRC/League of Red Cross Societies, <i>International Red Cross Handbook</i> , 12th ed., Geneva, July 1983, p. 19.
Генеральный акт Альхесирасской конференции (Альхесирас, 7 апреля 1906 года)	Spain, <i>Gaceta de Madrid</i> , 2 January 1907, vol. 1, p. 25.
Статут Лиги Наций (Версаль, 28 июня 1919 года)	League of Nations, <i>Official Journal</i> , No. 1, February 1920, p. 3; Версальский мирный договор, полный перевод с французского под редакцией Ю. В. Ключникова и А. Сабанина, М., Литиздат НКВД, 1925, стр. 7.
Конвенция о международной гражданской авиации (Чикаго, 7 декабря 1944 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 15, No. 102, p. 295; ИКАО, Doc 7300/9, издание девятое, 2006, и исправления.
Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Париж, 9 декабря 1948 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 78, No. 1021, pp. 292.
Женевские конвенции о защите жертв войны (Женева, 12 августа 1949 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 75, Nos. 970–973, pp. 31 <i>et seq.</i> ; МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 71 и далее.
Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Конвенция I)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , No. 970, p. 31; МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 71.
Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (Конвенция II)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , No. 971, p. 85; МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 101.
Женевская конвенция об обращении с военнопленными (Конвенция III)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , No. 972, p. 135; МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 125.
Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (Конвенция IV)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , No. 973, p. 287; МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 204.
Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) (Женева, 8 июня 1977 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1125, No. 17512, p. 330.
Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) (Женева, 8 июня 1977 года)	<i>Ibid.</i> , No. 17513, p. 658.
Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) (Рим, 4 ноября 1950 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 213, No. 2889, p. 221; <i>Бюллетень международных договоров</i> , М., Юридическая литература, 2001, № 3, стр. 29.

## Источник

Конвенция о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 189, No. 2545, p. 137; <i>Бюллетень международных договоров</i> , М., Юридическая литература, 1993, № 9, стр. 6.
Протокол, касающийся статуса беженцев (Нью-Йорк, 31 января 1967 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 606, No. 8791, p. 283.
Договор об учреждении Европейского экономического сообщества (Рим, 25 марта 1957 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 298, No. 4300, p. 3. См. также консолидированный текст Договора об учреждении Европейского сообщества, <i>Official Journal of the European Communities</i> , No. C 340, 10 November 1997, p. 173.
Конвенция об учреждении Европейской ассоциации свободной торговли (Стокгольм, 4 января 1960 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 370, No. 5266, p. 3.
Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, округ Колумбия, 18 марта 1965 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 575, No. 8359, p. 159; <i>Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли</i> , том II (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.73.V.3), стр. 54.
Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 999, No. 14668, p. 225.
Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, No. 18232, p. 417.
Американская конвенция о правах человека: «Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика» (Сан-Хосе, 22 ноября 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1144, No. 17955, p. 123.
Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении (Вашингтон, округ Колумбия, Лондон и Москва, 10 апреля 1972 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1015, No. 14860, p. 170.
Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1834, No. 31363, p. 179.
Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вена, 21 марта 1986 года)	A/CONF.129/15.
Североамериканское соглашение о свободной торговле (Вашингтон, округ Колумбия, Мехико и Оттава, 17 декабря 1992 года)	Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1993.
Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении (Париж, 13 января 1993 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1975, No. 33757, p. 142.
Конвенция о сохранении южного синего тунца (Канберра, 10 мая 1993 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1819, No. 31155, p. 359.
Марракешское соглашение о создании Всемирной торговой организации (Марракеш, 15 апреля 1994 года)	<i>Ibid.</i> , vols. 1867–1869, No. 31874, p. 3.
Конвенция о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении (Осло, 18 сентября 1997 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2056, No. 35597, p. 266.
Римский статут Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2187, No. 38544, p. 230.
Конвенция по кассетным боеприпасам (Дублин, 30 мая 2008 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2688, No. 47713, p. 142.

## Работы, цитируемые в настоящем докладе

AVI-SAAV, Georges

«The appellate body and treaty interpretation», в Malgosia Fitzmaurice and others (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 99–109.

ALDRICH, George

*The Jurisprudence of the Iran–United States Claims Tribunal*. Oxford, Clarendon Press, 1996.

AUST, Anthony

«The theory and practice of informal international instruments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, No. 4 (October 1986), pp.787–812.

*Modern Treaty Law and Practice*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

BARRIGA, Stefan and Leena GROOVER

«A historic breakthrough on the crime of aggression», *AJIL*, vol. 105 (July 2011), No. 3, pp. 517–533.

- BENVENISTI, Eyal and George W. DOWNS  
«The empire's new clothes: Political economy and the fragmentation of international law», *Stanford Law Review*, vol. 60 (November 2007), pp. 595–631.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz  
«Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch das Iran–United States Claims Tribunal», в Kay Hailbronner and others, eds., *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doehring*. Berlin, Springer, 1989, pp. 119–131.
- BOWEN, Harry A.  
«The Chicago International Civil Aviation Conference (1944–1945)», *George Washington Law Review*, vol. 13 (1944–1945), pp. 308–327.
- BOYLE, Alan and Christine CHINKIN  
*The Making of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRAUCH, Jeffrey A.  
«The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the rule of law», *Columbia Journal of International Law*, vol. 11, No. 1 (Winter 2004/05), pp. 113–150.
- BROWER, Charles H.  
«Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA article 1105», *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, No. 2 (2006), pp. 347–363.
- BROWER, Charles and Jason BRUESCHKE  
*The Iran–United States Claims Tribunal*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1998.
- CUMMINS, Sally J., ed.  
*Digest of United States Practice in International Law 2006*. Washington, D.C., Oxford University Press and International Law Institute, 2007.
- DISTEFANO, Giovanni  
«La pratique subséquente des États parties à un traité», *AFDI*, vol. 40 (1994), pp. 41–71.
- ELIAS, T.O.  
«The doctrine of intertemporal law», *AJIL*, vol. 74 (1980), pp. 285–307.
- FAUCHALD, Ole Kristian  
«The legal reasoning of ICSID Tribunals—An empirical analysis», *European Journal of International Law*, vol. 19, No. 2 (2008), pp. 301–364.
- FITZMAURICE, Gerald  
«The law and procedure of the International Court of Justice 1951–4: Treaty interpretation and certain other treaty points», *BYBIL* 1957, pp. 203–293.
- FITZMAURICE, Malgosia  
«Dynamic (evolutive) interpretation of treaties, Part I», *Hague Yearbook of International Law*, vol. 21 (2008), pp. 101–153.
- FITZMAURICE, Malgosia and Panos MERKOURIS  
«Canons of treaty interpretation: Selected case studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement», в Malgosia Fitzmaurice and others (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 153–237.
- FOX, Hazel  
«Articles 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case», в Malgosia Fitzmaurice and others, eds., *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 59–74.
- GARDINER, Richard K.  
*Treaty Interpretation*. Oxford, Oxford University Press, 2010.
- GASSER, Hans-Peter  
«International Committee of the Red Cross (ICRC)», в *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.
- GAUTIER, Philippe  
«Article 2», в Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 33–56.
- GREIG, D.W.  
*Intertemporality and the Law of Treaties*. London, British Institute of International and Comparative Law, 2001.
- HAVEL, Brian F.  
*Beyond Open Skies: A New Regime for International Aviation*. Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009.
- HIGGINS, Rosalyn  
«Some observations on the inter-temporal rule in international law», в Jerzy Makarczyk, ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*. The Hague, Kluwer, 1996, pp. 173–181.
- INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW  
«The intertemporal problem in public international law», *Yearbook, Session of Wiesbaden, 1975*, vol. 56, Basil, Karger, 1975, pp. 537–541.
- JENNINGS, Robert and Arthur WATTS, eds.  
*Oppenheim's International Law, vol. I, Peace*, 9th ed. Harlow, Longman, 1992.
- KAMTO, Maurice  
«La volonté de l'État en droit international», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 2004*, vol. 310, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 9–428.
- KLABBERS, Jan  
*The Concept of Treaty in International Law*. The Hague, Kluwer, 1996.
- KOLB, Robert  
*Interprétation et création du droit international: Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*. Brussels, Bruylant, 2006.
- KOTZUR, Markus  
«Intertemporal Law», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.
- KUIJPER, P.J.  
«The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 25, No. 1, pp. 1–23.
- LETSAS, George  
«Strasbourg's interpretative ethic: Lessons for the international lawyer», *European Journal of International Law*, vol. 21, No. 3 (2010), pp. 509–541.
- LINDERFALK, Ulf  
*On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Dordrecht, Springer, 2007.
- «Doing the right thing for the right reason: Why dynamic or static approaches should be taken in the interpretation of treaties», *International Community Law Review*, vol. 10, No. (2008), pp. 109–141.

- LIXINSKI, Lucas  
«Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the service of the unity of international law», *European Journal of International Law*, vol. 21, No. 3 (2010), pp. 585–604.
- MCRAE, Donald  
«Approaches to the interpretation of treaties: The European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body», в Stephan Breitenmoser and others, eds., *Human Rights, Democracy and the Rule of Law*. Zurich, Dike, 2007, pp. 1407–1422.
- NOLTE, Georg, ed.  
*Treaties and Subsequent Practice*. Oxford, Oxford University Press, 2013.
- ROBERTS, Anthea  
«Power and persuasion in investment treaty interpretation: The dual role of States», *AJIL*, vol. 104, No. 2 (April 2010), pp. 179–225.
- ROSENNE, Shabtai  
«Treaties, conclusion and entry into force», в Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, Amsterdam, North Holland, 2000, pp. 464–467.
- SANDS, Philippe  
«Article 39», в Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 963–976.
- SCHREUER, Christoph  
«Diversity and harmonization of treaty interpretation in investment arbitration», в Malgosia Fitzmaurice and others, eds., *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 129–151.
- SINCLAIR, Sir Ian  
*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SOREL, Jean-Marc and Valerie BORE EVENO  
«Article 31», в Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties—A Commentary*. Brussels, Bruylant, 2006, pp. 804–837.
- TORRES-BERNÁRDEZ, Santiago  
«Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties», в Gerhard Hafner and others, eds., *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday*. The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 721–748.
- VAN DAMME, Isabelle  
*Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- VERDROSS Alfred and Bruno SIMMA  
*Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3rd ed. Berlin, Duncker & Humblot, 1984.
- VILLIGER, Mark E.  
*Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009.
- WEERAMANTRY, Romesh J.  
*Treaty Interpretation in Investment Arbitration*. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- WOLFRAM, Karl  
*Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*. Berlin, Springer, 1983.
- YASSEEN, Mustafa Kamil  
«L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1976-III*, vol. 151, Leiden, Sijthoff, 1978, pp. 1–114.

## Введение и информация о предыдущей работе Комиссии\*

1. Во время своей шестьдесят четвертой сессии в 2012 году Комиссия международного права решила изменить формат работы над темой «Договоры сквозь призму времени» и назначить Георга Нольте Специальным докладчиком<sup>1</sup> по теме «Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров»<sup>2</sup>. Настоящий доклад основан на предыдущей работе Комиссии по теме «Договоры сквозь призму времени» и продолжает ее.

2. Тема «Договоры сквозь призму времени» была включена в программу работы Комиссии на ее шестидесятой сессии в 2008 году<sup>3</sup>. На своей шестьдесят первой сессии в 2009 году Комиссия учредила

Исследовательскую группу по теме «Договоры сквозь призму времени», возглавляемую г-ном Нольте<sup>4</sup>. На шестьдесят второй сессии в 2010 году Исследовательская группа приступила к работе над аспектами темы, связанными с последующими соглашениями и практикой, на основе подготовленного Председателем вводного доклада о соответствующей практике МС и арбитражных судов специальной юрисдикции<sup>5</sup>. На шестьдесят третьей сессии в 2011 году Исследовательская группа начала рассматривать второй доклад Председателя о судебной практике в соответствии со специальными режимами, касающимися последующих соглашений и последующей практики, с акцентом на содержащиеся в нем 12 общих выводов<sup>6</sup>. С учетом обсуждений в Исследовательской группе Председатель переработал текст предложенных им выводов, которые

\* Специальный докладчик выражает признательность за научно-исследовательскую помощь при подготовке настоящего доклада, оказанную Катариной Бернер, Стефаном Раффейнером и Алехандро Родилисем Бретонем, а также за техническую помощь Приски Фейхле и Морица фон Рокоу (которые работают в Университете им. Гумбольдта, Берлин).

<sup>1</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том I, 3136-е заседание.

<sup>2</sup> Там же, том II (часть вторая), стр. 97, пункт 269.

<sup>3</sup> *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 180, пункт 353. План изучения темы см. там же, приложение I. Генеральная Ассамблея в пункте 6 своей резолюции 63/123 от 11 декабря 2008 года приняла к сведению это решение.

<sup>4</sup> *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), стр. 178–179, пункты 220–226.

<sup>5</sup> *Ежегодник... 2010 год*, том II (часть вторая), стр. 227–228, пункты 344–354. Вводный, второй и третий доклады, первоначально издаваемые в форме неофициальных рабочих документов, будут включены в Nolte, *Treaties and Subsequent Practice*.

<sup>6</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 203–204, пункты 336–341.

были облечены в форму девяти предварительных выводов<sup>7</sup>.

3. На шестьдесят четвертой сессии в 2012 году Исследовательская группа завершила рассмотрение второго доклада Председателя<sup>8</sup>. В ходе рассмотрения Исследовательская группа изучила шесть дополнительных общих выводов, предложенных во втором докладе. С учетом итогов обсуждений в Исследовательской группе Председатель переформулировал текст, который принял форму

<sup>7</sup> Текст девяти предварительных выводов Председателя Исследовательской группы см. там же, стр. 204–206, пункт 344.

<sup>8</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 203–204, пункты 88–90.

шести дополнительных предварительных выводов<sup>9</sup>. Исследовательская группа достигла согласия о том, что предварительные выводы ее Председателя должны быть вновь рассмотрены и расширены с учетом будущих докладов нового назначенного Специального докладчика<sup>10</sup>. Помимо рассмотрения остальной части второго доклада, Исследовательская группа также рассмотрела части третьего доклада, подготовленного ее Председателем и посвященного последующим соглашениям и последующей практике государств, которые не связаны с судебными и квазисудебными процедурами<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Там же, стр. 90–91, пункт 240.

<sup>10</sup> Там же, стр. 89, пункт 231.

<sup>11</sup> Там же, стр. 89–90, пункты 232–234.

## ГЛАВА I

### Сфера охвата, цель и возможные результаты работы

4. Первоначальная цель Комиссии в работе над темой «Договоры сквозь призму времени» в формате Исследовательской группы заключалась в том, чтобы дать членам возможность рассмотреть вопрос о том, следует ли рассматривать эту тему в широком разрезе, что также было бы, в частности, сопряжено с углубленным рассмотрением вопроса о прекращении действия договоров и официальной процедуре внесения в них поправок или же вопроса о том, следует ли эту тему ограничить и в более узком плане нацелиться на аспект, связанный с последующими соглашениями и последующей практикой. В ходе обсуждений в рамках Исследовательской группы было достигнуто согласие, с учетом первоначально выраженного Председателем мнения, относительно предпочтительности ограничения этой темы более узким аспектом юридической значимости последующих соглашений и практики. В конечном счете Исследовательская группа согласилась с тем, что основная направленность будущей работы – это юридическая значимость последующих соглашений и последующей практики при толковании (Венская конвенция о праве международных договоров (далее «Венская конвенция 1969 года»), статья 31) и смежных аспектов<sup>12</sup>, как это разъяснялось в первоначальном предложении в отношении этой темы<sup>13</sup>. Согласно первоначальному предложению, эти средства толкования играют важную роль с учетом их отношения к толкованию договоров по прошествии определенного времени:

Сегодня, когда важные международные договоры достигают почтенного возраста, что особенно касается нормоустанавливающих договоров послевоенного времени, контекст, в котором они действуют, отличается от того, в котором они задумывались. В результате этого возникает большая вероятность того, что некоторые из положений таких договоров станут объектом усилий по их реинтерпретации, а возможно, даже неформальной модификации. Это может касаться не только общих субстантивных правил, но и технических норм. По мере изменения контекста

<sup>12</sup> Там же, стр. 90, пункт 238.

<sup>13</sup> *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), приложение I, стр. 186 и далее, пункт 11 и далее.

над договорами нависает угроза того, что они либо будут «заморожены» в том состоянии, в котором они будут менее способны соответствовать своему объекту и цели, либо потеряют свою опору в форме соглашения сторон. Стороны договора обычно желают сохранить свое соглашение, хотя и в форме, которая соответствует требованиям сегодняшнего дня. Последнее [последующее] соглашение и последующая практика преследуют цель отыскания гибкого подхода к применению и толкованию договора, который одновременно является рациональным и предсказуемым<sup>14</sup>.

5. В настоящем докладе с учетом обсуждений в Исследовательской группе по теме «Договоры сквозь призму времени» на шестьдесят четвертой сессии Комиссии в 2012 году синтезируются части трех докладов Исследовательской группы<sup>15</sup> и учитываются итоги обсуждений в рамках этой группы. В нем содержатся четыре предлагаемых проекта выводов с комментариями, охватывающих некоторые основные аспекты темы. Из-за некоторых ограничений, особенно ограничений по объему, не представилось возможным проработать полностью три доклада Исследовательской группы и отразить соответствующие итоги в настоящем докладе. Однако Специальный докладчик уверен, что итоги анализа оставшихся частей этих докладов будут отражены в новом докладе, в котором будут рассмотрены другие и более конкретные аспекты этой темы. Он предполагает, что работа над этой темой будет завершена, как и предусматривалось, в течение нынешнего пятилетнего периода (см. будущую программу работы в главе VI ниже).

6. Цель обсуждения настоящей темы заключается в изучении роли, которую играют последующие соглашения и последующая практика при толковании договоров, а также в том, чтобы дать определенные ориентиры тем, кто толкует или применяет договоры. В эту группу входят судьи (на международном и национальном уровнях), должностные лица государств и международных организаций, ученые и другие

<sup>14</sup> Там же, стр. 187–188, пункт 14.

<sup>15</sup> См. сноски 5, 6 и 11 выше.

частные действующие лица. Материалы и итоги анализа, которые отражены в настоящем докладе и будут отражены в будущих докладах, а также выводы Комиссии должны стать общей справочной основой и тем самым способствовать, насколько это в разумной степени возможно, формированию общего и единообразного подхода к толкованию и применению конкретного договора. Настоящий доклад главным образом основан на практике, надо надеяться, представительной группы международных судов, трибуналов и других арбитражных органов<sup>16</sup>, а также документально зафиксированных случаях из государственной практики. В общем, эта подборка является частью, хотя и не полной, справочника по практике. В первоначальном предложении, касающемся темы «Договоры сквозь призму времени», предусматривается, что

цель рассмотрения данной темы заключалась бы в подготовке некоторых общих выводов или руководящих указаний на основе каталога практики. Такие выводы или руководящие указания не следует оформлять в виде проекта конвенции, хотя бы по той причине, что руководящие указания по толкованию едва ли когда-либо кодифицировались даже в рамках внутринациональных правовых систем. Однако такие общие заключения или руководящие указания могли бы послужить ориентиром для тех, кто занимается толкованием или применением договоров по

<sup>16</sup> Термин «судебная практика» употребляется как означающий юридические оценки в отдельных делах компетентных судебных органов, в состав которых входят независимые члены. Такие юридические оценки не ограничиваются имеющими обязательную силу решениями международных судов или трибуналов и включают в себя «мнения» Комитета по правам человека согласно Международному пакту о гражданских и политических правах и доклады судов и Апелляционного органа, действующих в рамках механизма ВТО по урегулированию споров. В докладе только освещаются заключения судебных органов с акцентом на юридические (не фактологические) оценки, которые являются в достаточной степени доступными и на основе которых уже было вынесено значительное число решений.

поводу возможностей и пределов этих все более важных средств толкования, характерных для международного права. Такие выводы или руководящие указания, с одной стороны, не должны ставить в жесткие рамки толкователей, а с другой стороны, не должны оставлять их без всяких ориентиров. Они послужат пунктом отчета для тех, кто толкует и применяет договоры, и тем самым будут способствовать достижению общего понимания, сводя к минимуму возможные коллизии и повышая эффективность процесса истолкования<sup>17</sup>.

7. Причина отделения настоящей темы от других тем с точки зрения разума понятна. Одной из тем, в связи с которой могут быть подняты некоторые вопросы в этом отношении, является тема под названием «Формирование и доказательство существования обычного международного права». В этом отношении Специальный докладчик согласен с мнением сэра Майкла Вуда, Специального докладчика по теме «Формирование и доказательство существования обычного международного права», о том, что, хотя вопрос о воздействии договоров на формирование обычного международного права – это часть этой темы, вопрос о роли обычного международного права в толковании договоров является частью настоящей темы. Нет необходимости говорить о том, что эта тема касается не определения содержания конкретных договорных норм, а скорее освещения роли и возможных последствий последующих соглашений и последующей практики в отношении толкования договоров. Другая тема, которая имеет точки соприкосновения, – это тема «Временное применение договоров». Однако, как представляется, эта тема не нацелена на вопрос о воздействии временного применения на толкование того или иного договора<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), приложение I, стр. 190, пункт 22.

<sup>18</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 76–77, пункты 144–155.

## ГЛАВА II

### Общее правило и средства толкования договоров

8. Юридическая значимость последующих соглашений и последующей практики для толкования договоров зависит – в качестве отправной точки – от общего правила толкования договоров. Это общее правило, состоящее из различных субсидиарных норм или элементов, кодифицировано в статье 31 Венской конвенции 1969 года, которая вступила в силу 27 января 1980 года. МС признал, что это общее правило толкования договоров отражает обычное международное право<sup>19</sup>. Наряду со статьей 32 в статье 31 Конвенции перечисляются несколько соответствующих «средств толкования»<sup>20</sup> (в их число входят «последующие соглашения» и «последующая практика» в качестве

«аутентичных средств толкования»<sup>21</sup>), которые должны приниматься во внимание в процессе толкования.

9. Общеизвестно, что статья 31 Венской конвенции 1969 года не должна «восприниматься как устанавливающая иерархическую структуру» различных указаний в ней средств толкования и что они должны применяться «единым и совокупным образом»<sup>22</sup>. Таким образом, применение общего правила толкования по отношению к различным договорам или договорным положениям в том или ином конкретном случае может привести к смещению акцента с предусмотренных им различных средств толкования, в частности к большему или меньшему акценту на текст договора или на его объект и цель. Это подтверждено судебной практикой следующих различных представительных международных судебных и арбитражных органов.

<sup>19</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, p. 237, para. 47; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007*, p. 109, para. 160.

<sup>20</sup> Статья 32. См. также *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, стр. 218–223 англ. текста, пункты 2), 5), 8), 10), 15), 18) и 19) комментарий к разделу 3: Толкование договоров.

<sup>21</sup> Там же, стр. 222 англ. текста, пункт 15); см. также пункты 30 и 64 (проект вывода 2) ниже.

<sup>22</sup> Там же, стр. 219 англ. текста, пункт 8).

## А. Международный Суд

10. Сначала МС воздерживался от ссылки на статьи 31 и 32 Венской конвенции 1969 года<sup>23</sup>, но в 1990-х годах начал ссылаться на них<sup>24</sup>. С этого времени Суд обычно основывает свое договорное толкование на общем правиле и других средствах толкования согласно статьям 31 и 32 Венской конвенции 1969 года<sup>25</sup>. Кроме того, Суд, как правило, подтверждает их обычно-правовой характер, что позволяет Суду применять содержащиеся в этих статьях правила в делах, когда одна или несколько сторон спора не являются участниками Венской конвенции 1969 года, а также в тех случаях, когда речь идет о договорах, заключенных до ее вступления в силу в 1980 году<sup>26</sup>.

### В. Судебные органы, действующие в рамках международных экономических режимов

11. Апелляционный орган ВТО основывает свою практику в области толкования договоров на статьях 31 и 32 Венской конвенции 1969 года<sup>27</sup>. Суды и Апелляционный орган, как правило, концентрируются на тексте соответствующего соглашения<sup>28</sup>. До настоящего времени Апелляционный орган не делал особого акцента на объекте и цели в качестве одного из средств толкования<sup>29</sup>. Только время от

<sup>23</sup> Что касается различных периодов рецепции венских норм МС, то см. Torres Bernárdez, «Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties», p. 721; см. также Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 12 *et seq.*

<sup>24</sup> *Arbitral Award of 31 July 1989*, Judgment, *I.C.J. Reports 1991*, p. 69, para. 48; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras, Nicaragua intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1992*, p. 582, para. 373 and p. 584, para. 376.

<sup>25</sup> Что касается одного из недавних случаев, то см. *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment of 5 December 2011, *I.C.J. Reports 2011*, p. 673, para. 91.

<sup>26</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (сноска 19 выше); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (сноска 19 выше); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 2004*, p. 174, para. 94; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004*, p. 48, para. 83; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 645, para. 37; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2001*, p. 501, para. 99; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2010*, p. 46, para. 65 (Vienna Convention, art. 31); *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1999*, p. 1059, para. 18 (Vienna Convention, art. 31); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1994*, p. 21, para. 41, при этом без ясно выраженной ссылки на статью 32, но с упоминанием дополнительных средств толкования.

<sup>27</sup> *Abi-Saab*, «The appellate body and treaty interpretation», pp. 99–109.

<sup>28</sup> WTO, *Brazil: Export Financing Programme for Aircraft*, recourse by Canada to article 21.5 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), Report of the Appellate Body (21 July 2000), WT/DS46/AB/RW, para. 45.

<sup>29</sup> McRae, «Approaches to the interpretation of treaties: The European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body».

времени он прибегал к эволютивному толкованию<sup>30</sup> или применял принцип эффективности, с тем чтобы избежать «полного исключения клаузул или положений того или иного договора в силу излишности или бесполезности»<sup>31</sup>.

12. Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов также признавал правила толкования, как они изложены в статьях 31 и 32 Венской конвенции 1969 года<sup>32</sup>. В своей практике он главным образом полагался на обычное значение рассматриваемых терминов и на их объект и цель<sup>33</sup>. Таким образом, Трибунал применяет скорее сбалансированный подход к толкованию и не делает особого акцента на одном конкретном средстве толкования<sup>34</sup>.

13. Суды, учреждаемые Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, также признавали, что они должны применять статьи 31 и 32 Венской конвенции 1969 года на основе либо конвенционного права, либо обычного права<sup>35</sup>. Они регулярно ссылаются на практику МС, ПМП и арбитражных трибуналов, и, таким образом, их аргументация основывается на общем международном праве<sup>36</sup>. Хотя их практика далека от применения единообразного подхода, суды МЦУИС до настоящего времени не делали заметного акцента на объекте и цели в качестве средства толкования и не отражали презюмированные намерения сторон при заключении Конвенции<sup>37</sup>.

14. Общий подход к толкованию судами, учрежденными согласно Североамериканскому соглашению о свободной торговле (НАФТА), можно охарактеризовать как подход, предусматривающий использование содержащихся в Венской конвенции 1969 года правил толкования с акцентом на либерализацию торговли в качестве главных объекта и цели Соглашения<sup>38</sup>.

<sup>30</sup> WTO, *United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Report of the Appellate Body (12 October 1998), WT/DS58/AB/R, para. 130.

<sup>31</sup> WTO, *Japan: Alcoholic Beverages II*, Report of the Appellate Body (4 October 1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, sect. D.

<sup>32</sup> Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran–United States Claims Tribunal*, pp. 361–362, со ссылкой на Decision No. DEC 12-A1-FT (1982), *Iran–United States Claims Tribunal Reports* (далее «Iran-USCTR») (Cambridge, Grotius, 1983), vol. 1, p. 189, paras. 190–192.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 362–365.

<sup>34</sup> Böckstiegel, «Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch das Iran–United States Claims Tribunal», pp. 119–131; Aldrich (см. сноску 32 выше), pp. 360 *et seq.*; Brower and Brueschke, *The Iran–United States Claims Tribunal*, p. 263 *et seq.*

<sup>35</sup> Schreuer, «Diversity and harmonization of treaty interpretation in investment arbitration», pp. 129 *et seq.*; Fauchald, «The legal reasoning of ICSID Tribunals – An empirical analysis», p. 314; Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*.

<sup>36</sup> Fauchald (см. предыдущую сноску), pp. 311, 313 and 341.

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 315–319.

<sup>38</sup> *Tariffs Applied by Canada to Certain US-Origin Agricultural Products* (Final Report of the Panel) Arbitral Panel Established Pursuant to article 2008, Secretariat File No. CDA-95-2008-01 (2 December 1996), paras. 118 and 119; Chapter 11 Panels см. также в *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (Award



### С. Суды по правам человека и Комитет по правам человека

15. В старом деле *Golder v. the United Kingdom*<sup>39</sup> Европейский суд по правам человека выразил мнение о том, что «ему следует руководствоваться статьями 31–33 Венской конвенции»<sup>40</sup>, и подтвердил разъяснение, данное МС относительно порядка толкования согласно Конвенции:

В том виде, в котором он определен в «общем правиле» в статье 31 Венской конвенции, процесс толкования договора является единым и действующим на комплексной основе механизмом; это тесно взаимосвязанное правило уравнивает статус различных элементов, перечисленных в четырех пунктах этой статьи<sup>41</sup>.

16. С того времени Европейский суд по правам человека регулярно подтверждал свою принципиальную приверженность статьям 31–33 Венской конвенции 1969 года в качестве основы для толкования Европейской конвенции по правам человека<sup>42</sup>. Однако Суд проводит различие между Европейской конвенцией и «международными договорами в классическом смысле»<sup>43</sup>. По мнению Суда:

Конвенция – это не только двусторонние договоренности в отношениях между договаривающимися государствами. Прежде всего она вводит в действие систему взаимных, двусторонних обязательств, объективных обязательств, соблюдение которых обеспечивается благодаря «коллективным усилиям»<sup>44</sup>.

17. Поэтому при толковании Конвенции необходимо было бы учитывать «эффективность Конвенции в качестве одного из учредительных инструментов европейского публичного порядка (*ordre public*)»<sup>45</sup>. Определение этих характеристик Конвенции способствовало признанию Европейским судом по правам человека «того, что Конвенция является "живым" документом, который... следует толковать в свете современных условий»<sup>46</sup>. Однако подход, связанный с «живым документом», не исключает общий

метод толкования на базе статей 31–33 Венской конвенции 1969 года. Так, Суд регулярно подтверждал, «что Конвенция должна толковаться в свете норм, изложенных в Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года» и что она «должна определять ответственность государств в соответствии с принципами международного права, регулируемыми эту сферу, при учете особого характера Конвенции в качестве инструмента защиты прав человека»<sup>47</sup>.

18. В аналогичном ключе Межамериканский суд по правам человека признает, что согласно Венской конвенции 1969 года «процесс толкования должен восприниматься как целостный»<sup>48</sup>.

19. Хотя Межамериканский суд по правам человека обычно начинает при изложении своей аргументации изучать текст<sup>49</sup>, он, в общем, не полагается на первичный текстуальный подход, а скорее прибегает к другим средствам толкования<sup>50</sup>. То нежелание, с которым Суд в большей степени использует обычное значение того или иного положения, в конечном счете связано с тем, что Суд делает акцент на объекте и цели<sup>51</sup>. Так, Суд подчеркнул, что «"обычное значение" терминов само по себе не может стать единственным правилом, поскольку оно всегда должно рассматриваться в его контексте, в частности в свете объекта и цели договора»<sup>52</sup>.

20. Как представляется, в практике Межамериканского суда по правам человека «объект и цель» играют наиболее важную роль среди различных средств толкования. Характерная черта используемого этим судом подхода, основанного на объекте и цели, – это акцент на преобладающей цели Конвенции в целом, заключающейся в эффективной защите прав человека. По мнению Суда, «при толковании Конвенции Суд должен делать это таким образом,

on Jurisdiction), UNCITRAL Arbitration under the North American Free Trade Agreement, chapter 11 (28 January 2008), paras. 45–48 and 122.

<sup>39</sup> 21 February 1975, Series A, No. 18.

<sup>40</sup> *Ibid.*, para. 29.

<sup>41</sup> *Ibid.*, para. 30; формулировку Комиссии см. в *Ежегоднике... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, стр. 219–220 англ. текста, пункт 8) комментарий к разделу 3: Толкование договоров.

<sup>42</sup> *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], Nos. 46827/99 and 46951/99, paras. 111 and 123, ECHR 2005-I; *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], No. 52207/99, paras. 55–58, ECHR 2001-XII; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], No. 35763/97, para. 55, ECHR 2001-XI; *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, para. 73, Series A, No. 310; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20 March 1991, para. 100, Series A, No. 201; *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, para. 51, Series A, No. 112; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, No. 61498/08, para. 126, ECHR 2010; *Rantssev v. Cyprus and Russia*, No. 25965/04, paras. 273–274, ECHR 2010; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], No. 34503/97, ECHR 2008, para. 65.

<sup>43</sup> *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, para. 239, Series A, No. 25; *Al-Saadoon and Mufdhi* (см. предыдущую сноску), para. 127; *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, para. 87, Series A, No. 161.

<sup>44</sup> *Ireland* (см. предыдущую сноску), para. 239.

<sup>45</sup> *Loizidou* (сноска 42 выше), para. 75.

<sup>46</sup> *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, para. 31, Series A, No. 26; *Al-Saadoon and Mufdhi* (сноска 42 выше), para. 119, со ссылкой на *Öcalan v. Turkey* [GC], No. 46221/99,

para. 163, ECHR 2005-IV; *Selmouni v. France* [GC], No. 25803/94, para. 101, ECHR 1999-V.

<sup>47</sup> *Mamatkulov and Askarov* (сноска 42 выше), para. 111; см. также *Al-Saadoon and Mufdhi* (сноска 42 выше), para. 119; *Al-Adsani* (сноска 42 выше), para. 55, *Loizidou* (сноска 42 выше), para. 73; и *Bayatyan v. Armenia* [GC], No. 23459/03, paras. 98–108, ECHR 2011.

<sup>48</sup> «*White Van*» (*Paniagua-Morales and others v. Guatemala*) (Preliminary objections), judgment, 25 January 1996, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 23, para. 40.

<sup>49</sup> *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Articles 74 and 75)*, Advisory Opinion OC-2/82, 24 September 1982, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 2, para. 19; *Enforceability of the Right to Reply or Correction (Articles 14(1) 1(1) and 2, American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC-7/85, 29 August 1986, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 7.

<sup>50</sup> *The Effect of Reservations* (см. сноску 49 выше), para. 19; *González and others («Cotton Field») v. Mexico* (Preliminary objection, Merits, Reparations and Costs), Judgment, 16 November 2009, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 205, para. 29.

<sup>51</sup> Lixinski, «Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights», pp. 587–588.

<sup>52</sup> *Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC-4/84, 19 January 1984, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 4, para. 23; *Article 55 of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion OC-20/09, 29 September 2009, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 20, para. 26.

чтобы система защиты прав человека оказывала свое соответствующее воздействие в полном объеме (effet utile)»<sup>53</sup>.

21. Комитет по правам человека признал закрепленные в Венской конвенции 1969 года правила толкования<sup>54</sup>, но в большинстве случаев применяет их косвенным образом. Что касается его судебной практики, то критерий «объект и цель» Международного пакта о гражданских и политических правах играет наиболее важную роль среди различных средств толкования, о которых идет речь в статьях 31 и 32 Венской конвенции<sup>55</sup>. Одним из важных аспектов применяемого Комитетом по правам человека подхода к толкованию является эволютивное понимание прав, предусмотренных в Пакте. Например, в деле *Юн и Чхе против Республики Корея* Комитет подчеркнул, что любое право, зафиксированное в Пакте, со временем эволюционирует<sup>56</sup>, и в силу подобной аргументации оправдывал определенный отход от своей собственной предыдущей практики<sup>57</sup>. Однако в деле *Атасой и Саркут против Турции* Комитет подчеркнул, что эволютивное толкование «не может выходить за рамки буквы и духа договора или первоначального явно выраженного намерения государств-участников»<sup>58</sup>.

#### Д. Другие международные судебные органы

22. Другие международные судебные органы также признали, что в Венской конвенции 1969 года излагаются основные правила толкования договоров.

23. Камера по спорам, касающимся морского дна, подчеркнула важность Венской конвенции 1969 года для МТМП в своем консультативном заключении относительно *Обязанностей и обязательств государств применительно к деятельности в Районе*, заявив следующее:

Нормы международного права, которые Камера должна изменять, нормы, касающиеся толкования договоров, играют особую важную роль. Применимые нормы излагаются в Части III, раздел 3, под названием «Толкование договоров» и содержатся в статьях 31–33 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года... Эти нормы должны рассматриваться как нормы,

отражающие обычное международное право. Хотя Трибунал никогда не излагал в ясно выраженной форме это мнение, он делал это имплицитно, используя терминологию и подход, применяемые в Венской конвенции и касающиеся толкования (см. решение Трибунала от 23 декабря 2002 года по делу «Волга...»)<sup>59</sup>.

24. Порой МТМП демонстрировал готовность использовать динамичный и эволютивный подход к толкованию. Так, Камера по спорам, касающимся морского дна, квалифицировала некоторые «обязательства обеспечения»<sup>60</sup> в качестве обязательств проявлять должную осмотрительность<sup>61</sup>, которые являются «варьируемыми концепциями» и которые «могут с течением времени меняться, так как меры, сочтенные достаточно осмотрительными в некоторый момент времени, могут стать недостаточно осмотрительными с учетом, например, новых научных или технологических знаний»<sup>62</sup>. Поэтому в соответствующих случаях, как представляется, Трибунал готов толковать Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву эволютивным и динамичным образом на основе Венской конвенции 1969 года, предположительно используя положение об объекте и цели.

25. Международный уголовный суд неоднократно заявлял о том, что при толковании Статута и других применимых договоров он следует правилам, изложенным в Венской конвенции 1969 года<sup>63</sup>. Международный трибунал по бывшей Югославии также несколько раз заявлял о том, что содержащиеся в Венской конвенции правила применимы к толкованию договоров<sup>64</sup>.

26. Европейский суд рассматривает нормы в учредительных договорах («первичное право Союза») в качестве норм, на которых основывается «самостоятельный правовой режим», и, соответственно, не ссылается на Венскую конвенцию 1969 года, когда речь идет о толковании этих договоров. В отличие от этого, когда Европейский суд толкует соглашения Европейского союза с третьими государствами, он считает обязанным соблюдать нормы обычного международного права, которые отражены в положениях

<sup>53</sup> *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99, 1 October 1999, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 16, para. 58.

<sup>54</sup> Сообщение № 118/1982, *Ж.Б. и другие против Канады*, сообщения, принятые 18 июля 1986 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок первая сессия, Дополнение № 40 (A/41/40)*, приложение IX, стр. 168, пункт 6.3.

<sup>55</sup> Сообщение № 63/1979[R.14/63], *Сетелич против Уругвая*, сообщения, принятые 28 октября 1981 года, там же, *тридцать седьмая сессия, Дополнение № 40 (A/37/40)*, приложение VIII, стр. 142, пункты 11, 14 и 18.

<sup>56</sup> Сообщения № 1321/2004 и 1322/2004, *Юн и Чхе против Республики Корея*, сообщения, принятые 3 ноября 2006 года, там же, *шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 40 (A/62/40)*, том II, приложение VII, стр. 256, пункт 8.2.

<sup>57</sup> Сообщение № 185/1984, *Л.Т.К. против Финляндии*, сообщения, принятые 9 июля 1985 года, там же, *сороковая сессия, Дополнение № 40 (A/40/40)*, приложение XXI, стр. 251, пункт 5.2.

<sup>58</sup> Сообщения № 1853/2008 и 1854/2008, *Атасой и Саркут против Турции*, сообщения, принятые 29 марта 2012 года, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 40 (A/67/40)*, том II, приложение IX, стр. 291, пункт 7.13.

<sup>59</sup> *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion, 1 February 2011, *ITLOS Reports 2011*, para. 57. См. также para. 58.

<sup>60</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, статья 153, пункт 4, и статья 4, пункт 4, приложения III.

<sup>61</sup> *Responsibilities and obligations of States* (сноска 59 выше), para. 110.

<sup>62</sup> *Ibid.*, para. 117; см. также para. 211.

<sup>63</sup> *Thomas Lubanga Dyilo* (Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable), ICC (Pre-Trial Chamber) (15 May 2006), annex I, para. 1; *Situation in the Democratic Republic of the Congo* (Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal), International Criminal Court (Appeals Chamber) (13 July 2006), paras. 6 and 33; *Thomas Lubanga Dyilo* (Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing), ICC (Pre-Trial Chamber) (8 November 2006), para. 8.

<sup>64</sup> См. *Prosecutor v. Jelisić*, Case No. IT-95-10-T, Judgment, 14 December 1999, *Judicial Supplement*, No. 10, para. 61; *Prosecutor v. Delalić et al.* («Čelebići»), Case No. IT-96-21-A, Judgment, 20 February 2001, *Judicial Supplement*, No. 23, paras. 67 et seq.; *Krstić*, IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, *Judicial Supplement*, No. 27, para. 541; *Stakić*, IT-97-24-T, Judgment, 31 July 2003, *Judicial Supplement*, No. 43, para. 501; *Galić*, IT-98-29-T, Judgment and Opinion, 5 December 2003, *Judicial Supplement*, No. 46, para. 91.

о толковании в Венской конвенции<sup>65</sup>. В решении по делу *Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*<sup>66</sup> Европейский суд отметил следующее:

Даже если Венская конвенция необязательна к исполнению Сообществом или всеми его государствами-членами, несколько положений в этой конвенции отражают нормы обычного международного права, которые как таковые обязательны для учреждений Сообщества и являются частью правового режима Сообщества<sup>67</sup>.

Суд сделал следующий вывод:

Нормы, изложенные в Венской конвенции, применяются к соглашению, заключенному между государством и международной организацией, например Соглашению об ассоциации между [Европейским сообществом] и Израилем, поскольку соответствующие нормы отражают общее обычное международное право<sup>68</sup>.

27. Цитируя статью 31 Венской конвенции 1969 года, Европейский суд отметил, что договоры должны не только толковаться с учетом их текстуального значения, но и в свете их объекта и цели. Например, в деле, касающемся проекта соглашения, связанного с созданием Европейского экономического пространства между Сообществом и странами Европейской ассоциации свободной торговли<sup>69</sup>, Суд подчеркнул, что «тот факт, что положения соглашения и соответствующее положение Сообщества являются идентичными по формулировке, не означает, что они должны толковаться идентично»<sup>70</sup>. Суд определил, что значение идентично сформулированных положений соглашения

<sup>65</sup> См. Kuisper, «The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969»; Case C-344/04, *The Queen on the application of: International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v. Department for Transport* (Preliminary Ruling) (2006), *European Court Reports 2006*, p. I-403, para. 40.

<sup>66</sup> Case C-386/08, *European Court Reports 2010*, p. I-01289.

<sup>67</sup> *Ibid.*, para. 42.

<sup>68</sup> *Ibid.*, para. 41; см. также Case C-6/60, *Jean-E. Humblet v. Belgian State* (1960), *European Court Reports 1960*, p. 559, at p. 574.

<sup>69</sup> European Court of Justice, Opinion 1/91 (1991), *European Court Reports 1991*, p. I-6079.

<sup>70</sup> *Ibid.*, para. 14.

и Договора об учреждении Европейского экономического сообщества является различным<sup>71</sup>.

## Е. Вывод: проект вывода 1

28. В совокупности эти источники позволяют сформулировать следующий проект вывода<sup>72</sup>:

«Проект вывода 1. Общее правило и средства толкования договоров

В статье 31 Венской конвенции о праве международных договоров, воспринимаемой как применимое договорное обязательство или как отражение обычного международного права, излагается общее правило толкования договоров.

Толкование договоров в том или ином конкретном случае может привести к различному акценту на разных средствах толкования, предусмотренных в статьях 31 и 32 Венской конвенции, особенно на тексте договора или на его объекте и цели, в зависимости от соответствующего договора или соответствующих договорных положений».

<sup>71</sup> *Ibid.*, para. 35.

<sup>72</sup> См. *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 204–205, пункт 344, предварительные выводы 1–3 Председателя Исследовательской группы по теме «Договоры сквозь призму времени», в частности предварительный вывод 1) и предварительный вывод 2) (первый пункт):

«1) Общее правило толкования договоров

Положения статьи 31 Венской конвенции 1969 года, воспринимаемые как применимое договорное положение или как отражение нормы обычного международного права, признаются различными охваченными обзорными судебными органами как общая норма толкования договоров, которые они применяют.

2) Подходы к толкованию

Независимо от признания различными судебными органами общей нормы, установленной в статье 31 Венской конвенции 1969 года в качестве основы толкования договоров, в различных контекстах они делают больший или меньший акцент на содержащихся в ней различных средствах толкования».

## ГЛАВА III

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

29. Общее правило толкования договоров предусматривает, что последующие соглашения и последующая практика сторон при определенных условиях могут входить в число различных средств толкования (Венская конвенция 1969 года, статья 31, пункт 3 а) и b)). В своем комментарии по проекту статей о праве международных договоров Комиссия подчеркнула:

Важность такой последующей практики при применении договора, в качестве одного из элементов толкования, является очевидной, поскольку она является объективным доказательством понимания сторонами смысла договора<sup>73</sup>.

30. Считая, что последующее соглашение и последующая практика согласно статье 31, пункт 3 а) и b), Венской конвенции 1969 года являются «объективным доказательством понимания сторон», Комиссия

воспринимает их «аутентичным»<sup>74</sup> средством толкования. Это понимание в качестве аутентичного средства толкования предполагает, что такие последующие соглашения и последующая практика сторон зачастую, но не всегда<sup>75</sup> являются особо важными факторами при толковании договоров<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Там же.

<sup>75</sup> Было высказано предположение о том, что толкование договоров, предусматривающих права других государств или действующих субъектов, менее подвержено «аутентичному» толкованию их сторонами, например в контексте инвестиционных договоров: *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16 (28 September 2007), para. 386; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3 (22 May 2007), para. 337.

<sup>76</sup> См. Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 1268, para. 630; G. Fitzmaurice, «The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty interpretation and certain other treaty points», pp. 223–225; WTO, *United States: Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, Report of the Panel (31 March 2011) (WT/DS353/R, para. 7.953).

<sup>73</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, стр. 221 англ. текста, пункт 15) комментария к статье 27 раздела 3: Толкование договоров.

## А. Признание международными судебными органами

31. Последующие соглашения и последующая практика сторон были признаны в качестве средства толкования международными судебными органами и применялись ими, хотя и с разной степенью акцентирования.

### 1. Международный Суд

32. МС «часто анализировал последующую практику сторон при применении... [того или иного] договора»<sup>77</sup>. Его судебная практика – это общий ориентир и значимые примеры в отношении возможных юридических последствий последующих соглашений и последующей практики в качестве средства толкования, а также их взаимодействия с другими средствами толкования (более подробные данные см. в пунктах 58–63 ниже).

### 2. СУДЕБНЫЕ ОРГАНЫ, ДЕЙСТВУЮЩИЕ В РАМКАХ РЕЖИМОВ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ДОГОВОРОВ

33. Международные судебные органы, действующие в рамках режимов экономических договоров, часто рассматривали последующие соглашения и последующую практику в качестве средства толкования. Так, Апелляционный орган ВТО признавал последующую практику в качестве средства толкования и применял ее в ряде случаев<sup>78</sup>, а также принимал во внимание последующее соглашение<sup>79</sup>. Это же справедливо в отношении Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов<sup>80</sup>, который заявил следующее:

<sup>77</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)* (см. сноски 26 выше), р. 1076, пара. 50; см. также *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)* (сноска 25 выше), р. 675, пара. 99.

<sup>78</sup> WTO, *Japan: Alcoholic Beverages II* (см. сноску 31 выше), Report of the Appellate Body (4 October 1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, at sect. E; Report of the Panel (11 July 1996), WT/DS8/R, WT/DS10/R and WT/DS11/R; *European Communities: Chicken Cuts*, Report of the Appellate Body (12 September 2005), WT/DS269/AB/R and WT/DS286/AB/R, para. 259, and Report of the Panel (30 May 2005), WT/DS269/R and WT/DS286/R; *European Communities: Computer Equipment*, Report of the Appellate Body (5 June 1998), WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R and WT/DS68/AB/R, paras. 92 and 93, and Report of the Panel (5 February 1998), WT/DS62/R, WT/DS67/R and WT/DS68/R; *United States: Upland Cotton*, Report of the Appellate Body (3 March 2005), WT/DS267/AB/R; Report of the Panel (8 September 2004), WT/DS267/R; см. также *European Communities and its Member States: Information Technology Products*, Report of the Panel (16 August 2010), WT/DS375/R, WT/DS376/R and WT/DS377/R, para. 7.558.

<sup>79</sup> WTO, *United States: Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products («Tuna II (Mexico)»)*, Report of the Appellate Body (16 May 2012), WT/DS381/AB/R, para. 372.

<sup>80</sup> *The United States of America (and others) v. The Islamic Republic of Iran (and others)*, Award No. 108-A-16/582/591-FT (1984), 5 Iran-USCTR 57; *International Schools Services, Inc. (ISS) v. National Iranian Copper Industries Company*, Interlocutory Award No. ITL 37-111-FT (1984), 5 Iran-USCTR 338; *United States–Iran*, Case No. A17, Decision No. DEC 37-A17-FT (1985), 8 Iran-USCTR 189; *Burton Marks (and others) v. The Islamic Republic of Iran*, Interlocutory Award No. ITL 53-458-3 (1985), 8 Iran-USCTR 290; *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, Interlocutory Award No. ITL 63-A15-FT (1986), 12 Iran-USCTR 40;

Поскольку последующая практика играет далеко не вторичную роль при толковании договоров, последующая практика сторон представляет собой один из важных элементов при толковании. Толкуя договорные положения, международные трибуналы часто анализируют последующую практику сторон. Трибунал также признал важность последующей практики сторон и ссылаясь на нее в решениях по нескольким делам<sup>81</sup>.

34. Трибуналы МЦУИС часто признавали последующие соглашения и последующую практику в качестве средства толкования<sup>82</sup>. В некоторых решениях эти трибуналы особо подчеркивали, что последующая практика является особо важным средством толкования тех положений, которые стороны договора намеревались развить с учетом последующей договорной практики. Например, в деле *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* Трибунал постановил следующее:

Ни одна из сторон не утверждает о том, что Конвенция МЦУИС содержит сколько-либо точное априорное определение понятия «инвестиции». Скорее, определение разрабатывалось в ходе последующей практики государств, сохраняя при этом ее целостность и гибкость и возможность будущего прогрессивного развития международного права по теме об инвестициях<sup>83</sup>.

35. Третейские группы НАФТА несколько раз признавали последующие соглашения и последующую практику в качестве средства толкования<sup>84</sup>. В то время как третейские группы НАФТА, как представляется, часто не обсуждали вопрос о последующей практике<sup>85</sup>, они активно обсуждали вопрос о правовых последствиях того или иного документа, признанного в качестве последующего соглашения<sup>86</sup>.

### 3. СУДЫ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА И КОМИТЕТ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

36. Суды по правам человека и договорные органы применяют несколько отличный подход к последующим соглашениям и последующей практике по

*The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, Award No. 382-B1-FT (1988), 19 Iran-USCTR 273.

<sup>81</sup> *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim) (9 September 2004), 38 Iran-USCTR 77, p. 117, para. 111.

<sup>82</sup> См. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award (7 October 2008), para. 70; *Siemens AG v. Argentine Republic (Germany/Argentina bilateral investment treaty)* (Decision on Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/02/8 (3 August 2004), para. 105; *National Grid PLC v. The Argentine Republic (United Kingdom/Argentina bilateral investment treaty)* (Decision on Jurisdiction), UNCITRAL Arbitral Tribunal (20 June 2006), paras. 84–85.

<sup>83</sup> *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/Sri Lanka bilateral investment treaty) (Award and Concurring Opinion), ICSID Case No. ARB/00/2 (15 March 2002) [2004], *ICSID Reports*, vol. 6, p. 310, at para. 33; аналогичным образом *Autopista Concesionada de Venezuela, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Decision on Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/00/5 (27 September 2001) [2004], *ICSID Reports*, vol. 6, p. 419, at para. 97.

<sup>84</sup> *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (сноска 38 выше), paras. 181–183.

<sup>85</sup> *In the Matter of Cross-Border Trucking Services* (Final Report of the Panel), Arbitral Panel Established Pursuant to article 2008, Secretariat File No. USA-MEX-98-2008-01 (6 February 2001), paras. 220, 221 and 235; *Tariffs Applied by Canada to Certain US-Origin Agricultural Products* (сноска 38 выше), paras. 119, 141 and 142.

<sup>86</sup> См. пункты 88–90 ниже.

сравнению с судебными органами, действующими в рамках режимов, предусмотренных международными экономическими договорами. Так, как представляется, суды по правам человека и договорные органы по правам человека не рассматривают последующие соглашения сторон при толковании ими материально-правовых положений, посвященных правам человека. Однако в том, что касается последующей практики сторон, сложилась иная ситуация.

37. Время от времени Европейский суд по правам человека ссылался на статью 31, пункт 3 *b*), Венской конвенции 1969 года, главным образом в делах, которые касались отношений Суда с государствами-членами, и в случаях, когда возникали вопросы, связанные с общим международным правом<sup>87</sup>. Вместе с тем более часто Суд ссылался на практику государств-членов в законодательной области, не ссылаясь прямо на статью 31, пункт 3 *b*), Венской конвенции<sup>88</sup>. В таких случаях Суд подтверждал, что единообразное или в значительной степени единообразное национальное законодательство и даже внутригосударственная административная практика могут в принципе отражать последующую практику<sup>89</sup> и могут оказывать воздействие, которое может выходить за рамки того, что можно было бы просто назвать средством толкования согласно статье 31, пункт 3 *b*), Венской конвенции<sup>90</sup>. Таким образом, решения, в которых Суд полагался на последующую практику государств, не ссылаясь в явно выраженной форме на статью 31, пункт 3 *b*), являются более характерными, чем решения, в которых он опирался на положения этой статьи. В период после рассмотрения дела *Tyrer v. the United Kingdom* Суд обычно полагался на последующую государственную (и иную) практику в качестве ориентиров при его «динамичном» или «эволютивном» толковании. Суд определяет характер и степень своего эволютивного толкования, обращаясь к более или менее конкретным «современным условиям»<sup>91</sup> и «развитию событий в области международного права», которые Суд признает в качестве основы для

комплекса норм и принципов, признанных подавляющим большинством государств, общих международных или внутригосударственных правовых стандартов европейских государств [которые] отражают реальное состояние дел, которое Суд не может проигнорировать, когда к нему обращается призыв разъяснить сферу охвата того или иного положения Конвенции и когда более конвенционные средства толкования не позволяют установить ее с достаточной степенью определенности<sup>92</sup>.

38. Действительно, всякий раз, когда Суд признавал, что он занимается «эволютивным толкованием», он, как правило, ссылался на государственную,

<sup>87</sup> *Cruz Varas*, para. 100; *Loizidou*, para. 73; *Banković*, para. 56 (см. сноску 42 выше).

<sup>88</sup> См., например, *Lautsi and Others v. Italy* [GC], No. 30814/06, judgment of 18 March 2011 (extracts), para. 61, ECHR 2011-III; и *Herrmann v. Germany* [GC], No. 9300/07, para. 78, judgment of 26 June 2012.

<sup>89</sup> См., например, *Mamatkulov and Askarov*, paras. 111 and 123; *Johnston*, para. 51; *Al-Saadoon and Mufdhi*, para. 126; *Rantsev*, paras. 273 and 274; *Demir and Baykara* (см. сноску 42 выше), para. 65.

<sup>90</sup> *Soering* (сноска 43 выше), para. 103; *Al-Saadoon and Mufdhi* (см. сноску 42 выше), para. 119, со ссылкой на *Ocalan* (сноска 46 выше), para. 163.

<sup>91</sup> *Tyrer* (сноска 46 выше), para. 31.

<sup>92</sup> *Demir and Baykara* (сноска 42 выше), para. 76.

общественную или международно-правовую практику в качестве ориентира<sup>93</sup>.

39. Как представляется, Межамериканский суд по правам человека в отличие от Европейского суда по правам человека до настоящего времени не ссылался на статью 31, пункт 3 *a*) или *b*), Венской конвенции 1969 года, и количество решений, в которых Суд ссылался на последующую практику, является довольно ограниченным<sup>94</sup>. Однако, несмотря на редкие упоминания о последующей практике *stricto sensu*, Межамериканский суд очень часто ссылался в более широком смысле на международные события, которые некоторым образом укладываются в категорию между последующей практикой по смыслу статьи 31, пункт 3 *b*), и другими «соответствующими нормами» в связи со статьей 31, пункт 3 *c*), Венской конвенции<sup>95</sup>. В свою очередь, Комитет по правам человека время от времени рассматривал последующую государственную практику более тщательно<sup>96</sup>. Причина, по которой Межамериканский суд по правам человека и Комитет по правам человека менее часто, чем Европейский суд по правам человека, ссылаются на последующую практику, может, в частности, быть связана с нехваткой ресурсов для достоверной проверки достаточно представительной составляющей соответствующей практики.

#### 4. ИНЫЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ СУДЕБНЫЕ ОРГАНЫ

40. Порою МТМП учитывал последующую практику сторон в качестве средства толкования<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> См., например, *Ocalan* (сноска 46 выше), paras. 163 and 191; *Vo v. France* [GC], No. 53924/00, ECHR 2004-VIII; *Johnston* (сноска 42 выше), para. 53; *Bayatyan* (сноска 47 выше), para. 63; *Soering* (сноска 43 выше), para. 103; *Al-Saadoon and Mufdhi* (сноска 42 выше), para. 119.

<sup>94</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Gelman v. Uruguay*, Merits and Reparations, Judgment of 24 February 2011, Series C, No. 221, paras. 215–224; и совпадающее мнение судьи Вио Гросси в *López Mendoza v. Venezuela* (Merits, Reparations and Costs), Judgment, 1 September 2011, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 233, para. 3; см. также *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago* (Merits, Reparations and Costs), Judgment, 21 June 2002, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 94, para. 12; см. также «*White Van*» (*Paniagua-Morales and others v. Guatemala*) (сноска 48 выше).

<sup>95</sup> См., например, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras* (Merits), Judgment, 29 July 1988, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 4, para. 151; *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (сноска 53 выше), paras. 130–133 and 137.

<sup>96</sup> Сообщение № 470/1991, *Киндлер против Канады*, сообщения, принятые 30 июля 1993 года (Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок восьмая сессия, Дополнение № 40 (A/48/40) (часть II), приложение XII), пункт 14.2; сообщение № 829/1998, *Джадж против Канады*, сообщения, принятые 5 августа 2003 года (там же, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 40 (A/58/40), том II, приложение V), пункт 10.3; сообщения № 270/1988 и 271/1988, *Бэрретт и Сатклифф против Ямайки*, сообщения, принятые 30 марта 1992 года (там же, сорок седьмая сессия, Дополнение № 40 (A/47/40), приложение IX), пункт 8.4; сообщение № 541/1993, *Симмс против Ямайки*, сообщения, принятые 3 апреля 1995 года (там же, пятидесятая сессия, Дополнение № 40 (A/50/40), том II, приложение XI), пункт 6.5.

<sup>97</sup> *M/V «SAIGA» (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment, 1 July 1999, ITLOS Reports 1999, p. 10, at paras. 155–156; см. также *M/V «SAIGA» (No. 1) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Prompt Release, Judgment, 4 December 1997, ITLOS Reports 1997, p. 16, at para. 57.

Международный трибунал по бывшей Югославии и Международный трибунал по Руанде признавали, что при толковании материально-правовых норм международного уголовного права, включая договоры, следует учитывать последующую практику национальных судов в сфере толкования<sup>98</sup>. Оба трибунала не ограничивались рассмотрением последующей практики внутригосударственных судов, а также ссылались на последующую практику исполнительных или военных государственных структур<sup>99</sup>. Международный трибунал по бывшей Югославии стал учитывать даже еще общие формы государственной практики, включая тенденции в законодательстве государств-членов, что, в свою очередь, может привести к изменению толкования состава преступлений или их элементов. Например, в деле *Фурунджия* Камера Международного трибунала по бывшей Югославии, пытаясь определить состав преступления изнасилования, запрещаемого статьей 27 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны (Конвенция IV), статьей 76, пункт 1, первого Дополнительного протокола и статьей 4, пункт 2 е), второго Дополнительного протокола<sup>100</sup>, проанализировала принципы уголовного права, которые являются общими для главных правовых систем мира, и признала,

что в национальном законодательстве нескольких государств может быть прослежена тенденция к расширению сферы охвата определения изнасилования, с тем чтобы на данный момент оно охватывало деяния, которые ранее квалифицировались как сравнительно менее серьезные преступления, чем сексуальное или непристойное нападение. Эта тенденция свидетельствует о том, что на национальном уровне государства, как правило, занимают более жесткую позицию по отношению к серьезным формам нападений на сексуальной почве: пятно позора в случае изнасилования в настоящее время учитывается в составе все большего числа сексуальных преступлений при определенных требованиях, главным образом установлении факта насильственного физического проникновения<sup>101</sup>.

41. Европейский суд, в отличие от других международных судебных органов, воздерживался от учета последующей практики государств-членов при толковании учредительных договоров Европейского союза (первичное право Союза). Это согласуется с общим подходом к рассмотрению учредительных договоров в качестве «самостоятельного правового режима» и в связи с этим отказу от ссылки на Венскую конвенцию 1969 года и ее применения при толковании этих договоров<sup>102</sup>. Однако Суд учитывает последующую практику при толковании соглашений, которые Союз заключил с третьими государствами, и

признавал релевантность «установившейся практики сторон Соглашения» для цели их толкования<sup>103</sup>.

## В. Последующие соглашения и последующая практика в числе различных средств толкования

42. В результате признания международными судебными органами последующих соглашений и последующей практики в качестве средства толкования они стали применяться в широком круге различных ситуаций. Для настоящей цели достаточно указать на несколько дел из практики МС, которые являются свидетельством той роли, которую последующие соглашения и последующая практика могут играть применительно к другим средствам толкования. Наиболее важными из таких иных средств толкования являются «обычное значение» терминов договора, их «контекст» и «объект и цель» договора (статья 31, пункт 1, Венской конвенции 1969 года).

### 1. ОБЫЧНОЕ ЗНАЧЕНИЕ

43. Что касается «обычного значения» терминов договора, то Суд, например<sup>104</sup>, в консультативном заключении по вопросу о *Ядерном оружии* определил, что «боевые яды или отравляющие вещества»,

как они понимаются в практике государств в их «обычном значении», – это виды оружия, главная или даже исключительная цель применения которых заключается в отравлении или удущении. Эта практика является ясной, и стороны этих документов не затрагивают эти виды оружия как относящиеся к ядерному оружию<sup>105</sup>.

44. В *Деле, касающемся прав граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко* МС заявил следующее:

По итогам анализа соответствующих материалов складывается общее впечатление о том, что те, кто отвечают за управление таможенной службой... использовали все различные имеющиеся в их распоряжении процедуры проверки, хотя, по-видимому, не всегда последовательным образом. С учетом этих обстоятельств Суд считает, что в статье 95 не излагается строго действующая норма по спорному вопросу<sup>106</sup>.

45. И в деле *Применимость раздела 22 статьи VI Конвенции о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций* МС постановил:

В практике, согласно информации, представленной Генеральным секретарем, Организация Объединенных Наций иногда возлагала во все большей степени разнообразные по своему характеру задачи на лиц, не имеющих статуса должностных

<sup>98</sup> *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, IT-95-16-T, Trial Chamber, Judgment, 14 January 2000, *Judicial Supplement*, No. 11, para. 541; см. также *Akayesu (Judgment)*, ICTR-96-4-T, T Ch I (2 September 1998), paras. 503 and 542 *et seq.*

<sup>99</sup> *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, 15 July 1999, *Judicial Reports 1999*, para. 94; *Jelišić* (см. сноски 64 выше), para. 61 (сноски опущены).

<sup>100</sup> *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgment, 10 December 1998, *Judicial Reports 1998*, vol. I, paras. 165 *et seq.*

<sup>101</sup> *Ibid.*, para. 179; аналогичным образом International Tribunal for Rwanda, *Musema (Judgment)*, ICTR-96-13-A, Trial Chamber I (27 January 2000), paras. 220 *et seq.*, в частности para. 228.

<sup>102</sup> См. пункты 26 и 27 выше.

<sup>103</sup> См. *Case C-52/77, Leonce Cayrol v. Giovanni Rivoira & Figli* [1977], *European Court Reports 1977*, p. 2261, para. 18, at p. 2277; см. также *Case C-432/92, The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltd. and others* [1994], *European Court Reports 1994*, p. I-3087, paras. 43 and 50.

<sup>104</sup> См. также *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 306, para. 67; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment*, *I.C.J. Reports 1996*, p. 815, para. 30; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1950*, p. 9.

<sup>105</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1996*, p. 248, para. 55.

<sup>106</sup> *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952, *I.C.J. Reports 1952*, p. 211.

лиц Организации Объединенных Наций... Во всех таких случаях практика Организации Объединенных Наций свидетельствует о том, что назначенные в таком порядке лица, особенно члены этих комитетов и комиссий, рассматриваются в качестве экспертов в командировках по делам Организации Объединенных Наций по смыслу раздела 22<sup>107</sup>.

46. В большинстве дел МС считал, что установление «обычного значения» того или иного договорного термина, как он был конкретно определен последующей практикой сторон, является определяющим, независимо от того, предполагает ли эта практика более широкое или более ограничительное толкование термина «обычное значение»<sup>108</sup>. Одним хорошо известным примером является толкование МС в консультативном заключении относительно *Некоторых расходов* терминов «расходы» (широкое толкование) и «меры» (ограничительное толкование) в свете последующей практики организации<sup>109</sup>.

47. Таким образом, последующая практика сторон склоняется в направлении сужения различных возможных текстуальных значений. Однако также возможно то, что последующая практика указывает на наличие различных нюансов значения или предполагает широкое толкование терминов того или иного договора<sup>110</sup>.

## 2. Контекст

48. Толкование того или иного договора не ограничивается толкованием текста с точки зрения его конкретных терминов, но и охватывает «термины договора в их контексте» (статья 31, пункт 1, Венской конвенции 1969 года) в целом. Последующие соглашения и последующая практика могут также влиять на толкование той или иной конкретной нормы, когда практика касается договора в целом или других соответствующих норм договора<sup>111</sup>. Соответственно, МС в решении по делу *Образование Комитета по безопасности на море Межправительственной морской консультативной организации* заявил следующее:

Использование критерия регистрового тоннажа для придания силы различным положениям Конвенции... убедило Суд в том, что маловероятно, что, когда последняя статья [28 а] разрабатывалась и инкорпорировалась в текст Конвенции, предусматривалось, что какой-либо иной критерий, помимо регистрового тоннажа,

<sup>107</sup> Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1989*, p. 177, at p. 194, para. 48.

<sup>108</sup> См. исключение в *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras: Nicaragua intervening)* (см. сноски 24 выше), p. 586, para. 380.

<sup>109</sup> *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, *I.C.J. Reports 1962*, p. 151, at pp. 158 *et seq.* («expenses») and pp. 164 *et seq.* («action»).

<sup>110</sup> В частности, Европейский суд по правам человека признает, что разнообразная или неединообразная практика может указывать на то, что договаривающиеся стороны располагают большой свободой в плане соблюдения своих обязательств по Европейской конвенции по правам человека; см., например, *Lautsi* (сноска 88 выше), para. 61; и *Van der Heijden v. the Netherlands* [GC], No. 42857/05, 3 April 2012, paras. 31 and 61.

<sup>111</sup> См., например, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 1988*, p. 87, para. 40.

должен определять страны, располагающие наиболее крупными флотами<sup>112</sup>.

49. В то время как последующие соглашения и последующая практика в большей степени используются для прояснения неопределенных или общих терминов<sup>113</sup>, было бы необоснованно предполагать, что значение явно четких терминов в значительной степени не может быть подвергнуто сомнению в силу последующих соглашений и последующей практики сторон<sup>114</sup>. Действительно, МС время от времени признавал, что последующая практика явно придает четко выраженному договорному положению более открытый характер. Одним из примеров является консультативное заключение по вопросу о *Стене*, в котором МС признал, что «признанная практика Генеральной Ассамблеи, по мере ее развития, согласуется с пунктом 1 статьи 12 Устава»<sup>115</sup>.

50. Статья 12 Устава Организации Объединенных Наций является положением, которое четко не отражает, что представляет собой последующая практика Генеральной Ассамблеи.

## 3. ОБЪЕКТ И ЦЕЛЬ

51. В статье 31, пункт 1, Венской конвенции 1969 года предусматривается, что договор должен также толковаться «в свете объекта и цели». Последующие соглашения и последующая практика, с одной стороны, и объект и цель договора – с другой, могут быть тесно связаны. Таким образом, последующее поведение сторон порой в первую очередь учитывается при конкретном определении объекта и цели договора<sup>116</sup>. Например, в деле *Делимитация морских пространств в районе между Гренландией и Ян-Майеном (Дания против Норвегии)* МС разъяснил объект и цель двустороннего соглашения о делимитации континентального шельфа, сославшись на последующую практику, а также порядок осуществления сторонами<sup>117</sup>. В деле *Сухопутная и морская граница между Камеруном*

<sup>112</sup> *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, Advisory Opinion of 8 June 1960, *I.C.J. Reports 1960*, p. 169; и в аналогичном ключе *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)* (2003), UNRIAA, vol. XXIII (Part II), p. 99, para. 141.

<sup>113</sup> *Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906*, Judgment of 18 November 1960, *I.C.J. Reports 1960*, pp. 208 *et seq.*; *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (см. сноску 19 выше), Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume, p. 290.

<sup>114</sup> *Certain expenses of the United Nations*, Advisory Opinion (см. сноску 109 выше), Separate Opinion of Judge Spender, p. 189.

<sup>115</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion (см. сноску 26 выше), *I.C.J. Reports 2004*, p. 150, para. 28.

<sup>116</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, separate opinion of Judge De Castro at p. 179; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion (см. сноску 26 выше), p. 179, para. 109; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment (см. сноску 104 выше), p. 815, para. 30; Higgins, «Some observations on the inter-temporal rule in international law», p. 180; Distefano, «La pratique subséquente des États Parties à un traité», pp. 52–54.

<sup>117</sup> Judgment, *I.C.J. Reports 1993*, p. 50, para. 27

и *Нигерией (Камерун против Нигерии)* МС заявил следующее:

Из текстов договоров и практики, проанализированных в пунктах 64 и 65 выше, явствует, что Комиссия по освоению бассейна озера Чад – это международная организация, осуществляющая свои полномочия в пределах конкретного географического района; однако ее задача не заключается в урегулировании на региональном уровне вопросов, связанных с поддержанием международного мира и безопасности, и, таким образом, на нее не распространяется действие положений главы VIII Устава<sup>118</sup>.

52. Было высказано предположение о том, что характер документа (например, многосторонний/двусторонний/односторонний; нормоустановительный/договорной) и природа предмета (например, технический/рентабельно ориентированный; ориентированный на экономические вопросы/права человека) в качестве элементов объекта и цели договора способствовали бы определению степени возможности того, чтобы последующие соглашения и последующая практика являлись средством толкования<sup>119</sup>. Однако такие предположения не могут получить четкого подтверждения в практике МС. Последующие соглашения и последующая практика использовались в качестве важного средства толкования Устава Организации Объединенных Наций<sup>120</sup>, а также двусторонних пограничных договоров<sup>121</sup> и односторонних заявлений, касавшихся юрисдикции того или иного суда или трибунала<sup>122</sup>. Кроме того, как представляется, отсутствует заметное различие в плане относительной важности последующих соглашений или последующей практики, когда речь идет о «нормоустановительных» и «предусматривающих обязательства» договорах, если такое различие вообще можно провести. Это же справедливо применительно к различию между более техническими и более ориентированными на стоимостные показатели договорами или положениями.

53. Однако это соображение, основанное на практике МС, не может приниматься во внимание в общем плане. Судебные органы, действующие в рамках международных экономических, правозащитных и иных договоров, порой акцентированы на «объекте и цели» договора или на «обычном значении» того или иного термина договора в зависимости от рассматриваемого режима<sup>123</sup>. Поэтому было бы преждевременно делать вывод из практики МС о том, что характер документа и природа предмета – в качестве элементов объекта и цели договора – не влияют на относительную важность последующих соглашений или последующей практики при толковании того или иного договора. Возможно, что относительно небольшое число дел и отсутствие специализации МС до настоящего времени

<sup>118</sup> Preliminary Objections (см. сноску 104 выше), p. 306, para. 67.

<sup>119</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)...* (сноска 116 выше), Separate Opinion of Judge Dillard, p. 154, footnote 1.

<sup>120</sup> См., например, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory...* (сноска 26 выше), p. 149, para. 27.

<sup>121</sup> См., например, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)* (сноска 26 выше), p. 1087, para. 63.

<sup>122</sup> См., например, *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, Preliminary Objection, Judgment of 22 July 1952, *I.C.J. Reports 1952*, p. 106.

<sup>123</sup> См. пункты 11–27 выше.

не позволили сформировать более дифференцированную картину на базе его судебной практики. Поэтому, по-видимому, было бы целесообразным более тщательно рассмотреть этот вопрос на более позднем этапе работы.

### С. Совпадающее по времени и эволютивное толкование

54. Возможная юридическая значимость последующих соглашений и последующей практики в качестве средства толкования также зависит от так называемого «интертемпорального права»<sup>124</sup>. Это касается вопроса о том, должен ли договор толковаться в свете обстоятельств на момент его заключения («совпадающее по времени толкование») или же в свете обстоятельств на момент его применения («эволютивное толкование») <sup>125</sup>. Первоначально мнение судьи Макса Губера, не имеющее нормоустановительного характера, в решении по делу *Остров Пальмас* о том, что «установленный в ходе судебного разбирательства факт должен приниматься во внимание в свете норм международного права в том виде, как они существовали в соответствующее время»<sup>126</sup>, побудило многих в целом склоняться к «совпадающему по времени толкованию»<sup>127</sup>.

#### 1. ПРЕДЫДУЩАЯ РАБОТА КОМИССИИ

55. Комиссия рассматривала вопрос об интертемпоральном праве главным образом в ходе своей работы над темой о праве международных договоров и фрагментации международного права. Работая над проектами статей о праве международных договоров, Комиссия обсуждала вопрос о договорном толковании понятия «с течением времени» в контексте положений, которые позднее обрели форму статьи 31, пункт 3 с), Венской конвенции 1969 года. Тогда Комиссия сделала вывод о том, что «попытка сформулировать норму, охватывающую в полном объеме темпоральный элемент, столкнется с трудностями», и поэтому она «пришла к выводу о том, что темпоральный элемент следует исключить»<sup>128</sup>.

56. Этот вопрос вновь рассматривался в рамках Исследовательской группы по вопросу о фрагментации<sup>129</sup>. По итогам обсуждений в Исследовательской

<sup>124</sup> M. Fitzmaurice, «Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties», pp. 101 *et seq.*; Elias, «The doctrine of intertemporal law», pp. 285 *et seq.*; Greig, *Intertemporal Law and the Law of Treaties*; Kotzur, «Intertemporal Law»; Linderfalk, «Doing the right thing for the right reason: why dynamic or static approaches should be taken in the interpretation of treaties»; Verdross and Simma, *Universelles Völkerrecht*, pp. 496 *et seq.*, paras. 782 *et seq.*

<sup>125</sup> M. Fitzmaurice, «Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties», p. 102.

<sup>126</sup> *Island of Palmas case (Netherlands v. USA)* (1928), UNRIAA, Vol. II, p. 845.

<sup>127</sup> Higgins, «Some observations on the inter-temporal rule in international law», p. 174.

<sup>128</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, стр. 222 англ. текста, пункт 16) комментария к статье 27; Higgins, «Some observations on the inter-temporal rule in international law», p. 178.

<sup>129</sup> Документ A/CN.4/L.682 и Add. 1 (размещен на веб-сайте Комиссии, документы пятьдесят восьмой сессии; окончательный



группе был сделан вывод о сложности формулирования и согласования общей нормы, которая отдавала бы предпочтение либо принципу совпадающего по времени толкования, либо принципу эволютивного толкования. В своем заключительном докладе Председатель Исследовательской группы г-н Мартти Коскенниemi в этой связи сделал вывод о том, что было бы «наиболее целесообразным... просто выделить определенные соображения», которые надлежит принимать во внимание при толковании того или иного конкретного договора:

Здесь необходимо... исходить из того факта, что определение этого вопроса является делом толкования самого договора. Дают ли на это указание использованные формулировки? Вероятно, в качестве отправной точки аргументации оправданно применить «принцип одновременности» в отношении нормативной среды, которая существовала в момент вступления обязательства в силу для соответствующей стороны. Когда могли бы сами договорные формулировки в его контексте предусматривать учет будущих изменений? Примеры того, когда это могло бы разумно допускаться, включают, по меньшей мере, следующее:

a) использование в договоре термина, являющегося «не статичным, а эволюционирующим»...

b) описание обязательств в весьма общих терминах, позволяющее задействовать своего рода обратную ссылку на состояние права в момент применения правовых норм<sup>130</sup>.

57. Таким образом, предыдущая работа Комиссии оставляет открытой возможность того, чтобы последующие соглашения и последующая практика играли роль в определении того, является ли надлежащим в том или ином конкретном случае более совпадающее по времени или более эволютивное толкование.

## 2. СВЯЗЬ МЕЖДУ ЭВОЛЮТИВНЫМ ТОЛКОВАНИЕМ И ТОЛКОВАНИЕМ В СВЕТЕ ПОСЛЕДУЮЩЕЙ ПРАКТИКИ

58. МС рассмотрел вопрос о связи между эволютивным толкованием и последующей практикой сторон в деле *Спор относительно судоходных и смежных прав (Коста-Рика против Никарагуа)*<sup>131</sup>. Это дело касалось договора между Коста-Рикой и Никарагуа 1858 года, который предоставлял Коста-Рике свободу судоходства по реке Сан-Хуан для «торговых целей» («objetos de comercio»). Никарагуа утверждала, что во время заключения договора и в течение длительного времени после этого термин «comercio» толковался государствами-участниками как касающийся только товаров, а не услуг, в частности перевозки людей в туристических целях. Однако Суд не считал, что этот аргумент является убедительным, заявив следующее:

С одной стороны, последующая практика сторон по смыслу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции может привести к отклонению от первоначального намерения на основе молчаливого согласия сторон. С другой стороны, имеют место ситуации, когда намерение сторон при заключении договора заключалось в том, чтобы... придать используемым терминам... значение или содержание, которое может эволюционировать и не быть статичным навсегда, с тем чтобы открыть возможность среди прочего для учета развития норм международного права<sup>132</sup>.

текст будет опубликован в качестве добавления к *Ежегоднику... 2006 год*, том II (часть первая), пункт 475.

<sup>130</sup> Там же, пункт 478.

<sup>131</sup> Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, p. 213.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 242, para. 64.

59. Тогда МС признал, что термин «comercio» является «общим термином», о чем «стороны обязательно знали, что его значение... по всей видимости, претерпит с течением времени эволюцию» и что «договор заключался на очень длительный период», а также сделал вывод о том, что «необходимо презюмировать, что стороны... намеревались», чтобы «термин носил эволюционный характер»<sup>133</sup>. И поскольку термин «торговля» сегодня в общем воспринимался как охватывающий как товары и услуги, Суд сделал вывод о том, что Коста-Рика имеет право, согласно договору, перевозить не только товары, но и людей по реке Сан-Хуан<sup>134</sup>. Судья Скотников, выразив мнение о неуместности эволютивного договорного толкования, пришел к этому же выводу, признав, что последующая практика Коста-Рики в области туризма по реке Сан-Хуан «в течение по меньшей мере десятилетия», против которой Никарагуа «никогда не протестовала» и которая, скорее, «относилась к последовательной практике, разрешающей туристическое судоходство», привела к различному толкованию договора, в результате чего такие услуги были включены в сферу охвата термина «objetos de comercio»<sup>135</sup>. Судья ad hoc Гийом также пришел к выводу о том, что «практика согласуется с этим, как об этом свидетельствуют Меморандум о взаимопонимании от 5 июня 1994 года, подписанный министрами туризма обоих государств, а также активизация туристической круизной навигации по реке Сан-Хуан в недавние годы»<sup>136</sup>.

60. Решение в деле *Спор относительно судоходных и смежных прав* свидетельствует о том, что последующие соглашения и последующая практика сторон могут играть вспомогательную и ограничительную роль в плане возможности эволютивного толкования. Вспомогательное воздействие состоит в подтверждении того, что эволюционирующее понимание договора может основываться на последующей практике в качестве аутентичного средства толкования. Ограничительное воздействие последующей практики<sup>137</sup> проявляется, когда оно вступает в контраст с эволютивным толкованием, базирующимся на других основаниях, в частности на объекте и цели договора. Таким образом, судьи, которые особо подчеркнули необходимость обеспечения стабильности договорных отношений (Скотников, Гийом), высказались в поддержку признания неформально сформулированного толкования по итогам последующей практики, в то время как в заключении Суда отражен более динамичный подход, предусматривающий использование более абстрактной формы эволютивного толкования. В любом случае судьи в деле *Спор относительно судоходных и смежных прав* поддержали вывод о том, что эволютивное толкование возможно, если оно сопровождается общей последующей практикой сторон.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 243, para. 66.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 244, para. 71.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 285, para. 9, separate opinion of Judge Skotnikov.

<sup>136</sup> *Ibid.*, Declaration of Judge ad hoc Guillaume, p. 299, para. 16.

<sup>137</sup> См., например, Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, p. 246.

61. Учитывающий нюансы подход, который отражен в докладе Исследовательской группы Комиссии о фрагментации международного права и в решении по делу *Спор относительно судоходных и смежных прав*, прочно закрепился в судебной практике МС. Однако это не исключает повторного использования в конкретных делах альтернативы более совпадающего по времени или более эволютивного толкования. В частности, судья *ad hoc* Гийом высказал идею о том, что в юриспруденции существуют две следующие различные позиции: одна склоняется к более совпадающему по времени толкованию, а другая — к более эволютивному толкованию<sup>138</sup>. Однако следует отметить, что, по его мнению, дела, в которых отдавалось предпочтение более совпадающему по времени подходу, в большинстве случаев касались скорее конкретных терминов в договорах о границах («водораздел»<sup>139</sup>, «основное русло/талвег»<sup>140</sup>, названия мест<sup>141</sup>, «устье» реки<sup>142</sup>). В таких случаях возможно, что изменения значения (общей или конкретной) терминологии обычно не затрагивают суть конкретного соглашения, которое разрабатывалось с тем, чтобы по возможности быть стабильным и транспарентным, независимо от контекстуальных элементов. С другой стороны, те дела, которые могли бы поддерживать легитимность эволютивного толкования, касаются терминов, значение которых в большей степени имманентно зависит от контекста. В частности, это справедливо по отношению к таким терминам, как «особо трудные условия современного мира» или «благополучие и развитие этих народов» в статье 22 Статута Лиги Наций, которые в своем заключении по делу *Юридические последствия для государств, вызываемые продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка) вопреки резолюции 276 (1970) Совета Безопасности* МС подверг прогрессивному толкованию, сославшись на эволюцию права народов на самоопределение после Второй мировой войны<sup>143</sup>. Другие признавали основания, касающиеся возможности эволютивного толкования, которые носят «общий» характер того или иного конкретного термина в договоре<sup>144</sup>, и тот факт, что при разработке договора предусматривалось, что

он не будет «ограничен во времени»<sup>145</sup>. Могут существовать даже более конкретные основания, оправдывающие эволютивное толкование. Например, в деле *Iron Rhine* сохраняющаяся жизнеспособность и эффективность соглашения как такового являлась одной из важных причин того, что Постоянный третейский суд признал, что даже довольно технические нормы могут толковаться эволютивным образом<sup>146</sup>.

62. В любом случае решения, в которых МС применял эволютивное толкование, далеко не отходили от текста и определенного намерения сторон договора, так как они также находили отражение в последующих соглашениях и последующей практике<sup>147</sup>. Таким образом, как представляется, эволютивное толкование не является отдельным методом толкования, а скорее результатом надлежащего применения обычных средств толкования<sup>148</sup>. Поэтому уместно, что последующие соглашения и последующая практика играли важную роль в прецедентных делах, когда международные суды и трибуналы признавали и применяли эволютивное толкование. Например, в деле *Юридические последствия для государств, вызываемые продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка) вопреки резолюции 276 (1970) Совета Безопасности* МС сослался на практику органов Организации Объединенных Наций и государств, с тем чтобы конкретно определить выводы, к которым он пришел на базе имманентного эволютивного характера права на самоопределение. В деле *Континентальный шельф Эгейского моря* Суд признал, что «значимость» того, что он квалифицировал в качестве «обычного, общего смысла» термина «территориальный спор», была подтверждена административной практикой Организации Объединенных Наций и поведением стороны, сославшейся на ограничительное толкование в другом контексте<sup>149</sup>.

63. По зрелом размышлении, как представляется, практика МС и арбитражных трибуналов не вступает в противоречие с «общей поддержкой сегодняшних ведущих авторов эволютивного толкования договоров», как это было отмечено трибуналом в решении

<sup>138</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (сноска 19 выше), Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume, pp. 294 *et seq.*, paras. 9 *et seq.*; см. также *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть вторая), стр. 101 и 104, пункты 467 и 479; доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, окончательно подготовленный Маргити Коскенниemi (документ A/CN.4/L.682 и Add.1 (сноска 129 выше), пункт 478); резолюция Института международного права, «Интер-темпоральная проблема в международном публичном праве».

<sup>139</sup> *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962, *I.C.J. Reports* 1962, p. 15.

<sup>140</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment (сноска 26 выше), pp. 1060–1061, para. 21.

<sup>141</sup> *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea v. Ethiopia)* (2002), UNRIAA, vol. XXV, p. 110, para. 3.5.

<sup>142</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2002, pp. 338–339, para. 48.

<sup>143</sup> Advisory Opinion (сноска 116 выше), pp. 30–31, para. 51.

<sup>144</sup> *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports* 1978, p. 32, para. 77.

<sup>145</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (сноска 19 выше), p. 243, para. 66.

<sup>146</sup> *Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway (Belgium v. the Netherlands)*, Permanent Court of Arbitration (award of 24 May 2005), UNRIAA, vol. XXVII (Sales No. E/F.06.V.8), para. 80 («В настоящем деле рассматривается не концептуальный или общий термин, а скорее новые технические события, связанные с функционированием и пропускной способностью железной дороги»); см. также *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment* (сноска 144 выше), p. 32, para. 77; см. *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (Award of 31 July 1989), UNRIAA, vol. XX (Sales No.E/F.93.V.3), p. 151, para. 85.

<sup>147</sup> См. также *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (предыдущая сноска), p. 151, para. 85.

<sup>148</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (сноска 19 выше), Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume, p. 294, para. 9; Verdross and Simma, *Universelles Völkerrecht*, p. 498.

<sup>149</sup> *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment* (сноска 144 выше), p. 31, para. 74.

по делу *Iron Rhine*<sup>150</sup>. Другие международные судебные органы также в различной степени проявляли открытость по отношению к эволютивному толкованию. В то время как Апелляционный орган ВТО только на исключительной основе признавал и производил эволютивное толкование, эволютивный подход к толкованию стал одной из характерных черт судебной практики в рамках Европейского суда по правам человека (Европейская конвенция по правам человека в качестве «живого документа»<sup>151</sup>). Таким образом, даже если бы по-прежнему было уместным исходить из презумпции о том, что договор должен иметь совпадающее по времени толкование, она не является сильной презумпцией и из нее имеется целый ряд исключений.

#### Д. Вывод: проект вывода 2

64. В совокупности вышеизложенные соображения предполагают следующий проект вывода<sup>152</sup>:

<sup>150</sup> *Iron Rhine («Ijzeren Rijn»)* (сноска 146 выше), пара. 81; см., например, Sorel, «Article 31», p. 834, para. 55.

<sup>151</sup> WTO, *United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (сноска 30 выше), пара. 130; European Court of Human Rights, *Tyrer* (сноска 46 выше), пара. 31; *Al-Saadoon and Mufdhi* (сноска 42 выше), пара. 119, со ссылкой на *Ocalan* (сноска 46 выше), пара. 163; *Selmouni* (сноска 46 выше), пара. 101.

<sup>152</sup> См. предварительные выводы 4 и 7 Председателя Исследовательской группы по теме «Договоры сквозь призму времени» (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 205–206, пункт 344):

«Проект вывода 2. Последующие соглашения и последующая практика в качестве аутентичного средства толкования

Последующие соглашения и последующая практика в отношениях между сторонами договора являются аутентичным средством толкования, которое должно учитываться при толковании договоров.

Последующие соглашения и последующая практика сторон могут служить ориентиром для эволютивного толкования договора».

«4) Признание принципа последующих соглашений и последующей практики в качестве средства толкования

Все охваченные обзором судебные органы признают, что последующие соглашения и последующая практика по смыслу пунктов 3 а) и b) статьи 31 Венской конвенции 1969 года являются средствами толкования, которые они должны принимать во внимание при толковании и применении договоров.

[...]

7) Эволютивное толкование и последующая практика

Эволютивное толкование представляет собой форму ориентированного на цель толкования. Последующая практика может задавать направления эволютивному толкованию в узком и в широком смысле».

## ГЛАВА IV

### Определение последующего соглашения и последующей практики в качестве средства толкования договора

65. В статье 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года признается «любое последующее соглашение», и в статье 31, пункт 3 б), утверждается, что «последующая практика» при определенных условиях является средством толкования договора. Последующая практика одной или нескольких сторон договора может также быть средством толкования согласно статье 32 Конвенции, даже если не выполняются все условия, предусмотренные статьей 31, пункт 3 б). Поэтому необходимо определить концепции «последующее соглашение» и «последующая практика».

#### А. Последующее соглашение

66. В связи с концепцией «последующего соглашения» возникают следующие вопросы: а) его форма и отличие от «последующей практики... которая устанавливает соглашение участников»; б) его релятивный характер; в) необходимое количество сторон; и д) его последующий характер.

1. ФОРМА «ЛЮБОГО ПОСЛЕДУЮЩЕГО СОГЛАШЕНИЯ» И ОТЛИЧИЕ ОТ «ПОСЛЕДУЮЩЕЙ ПРАКТИКИ... КОТОРАЯ УСТАНАВЛИВАЕТ СОГЛАШЕНИЕ УЧАСТНИКОВ»

67. В статье 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года употреблен термин «последующее соглашение», а не термин «последующий договор». Однако это не означает, что «последующее соглашение» обязательно является менее официальным, чем «договор». В то время как «договор» по смыслу Конвенции должен быть заключен в письменной форме (статья 2, пункт 1 а)), в общем международном праве такое требование отсутствует<sup>153</sup>. Термин «соглашение» в Конвенции<sup>154</sup> и в общем международном праве в

<sup>153</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 112; см. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 81; Gautier, «Article 2», pp. 38 *et seq.*; Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law*, pp. 49 *et seq.*; см. также Aust, «The theory and practice of informal international instruments», pp. 787 and 794 *et seq.*

<sup>154</sup> См. статьи 2, пункт 1 а); 3; 24, пункт 2; 39–41, 58 и 60 Венской конвенции 1969 года.

равной степени не подразумевает какую-либо особую степень официальности. Комиссия разъяснила, что статья 39 Конвенции, в которой излагается общее правило, согласно которому «договор может быть изменен по соглашению между участниками», означает, что «изменение соглашения может принимать любую форму, которую могут выбрать стороны первоначального договора»<sup>155</sup>. Составители Венской конвенции также не предусматривали какие-либо особые официальные требования в отношении соглашений по смыслу статьи 31, пункт 3 а) и b), Конвенции<sup>156</sup>.

68. В то время как каждый договор является соглашением, не каждое соглашение является договором. Именно в этом заключается цель «последующего соглашения» по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года, согласно которой оно учитывается при толковании договора, но не всегда имеет обязательную силу<sup>157</sup>. Вопрос о разграничении случаев, когда последующее соглашение между сторонами имеет обязательную силу и при каких обстоятельствах оно является просто средством толкования, в числе прочих будет рассмотрен в одном из последующих докладов.

69. Однако необходимо проводить различие между «последующим соглашением» по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года и «любой последующей практикой... которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования» по смыслу статьи 31, пункт 3 b). В противном случае, все соглашения, которые установлены последующей практикой, одновременно являлись бы также «последующими соглашениями относительно толкования договора» по смыслу статьи 31, пункт 3 а).

70. Сначала следует отметить, что, проводя различие между «любым последующим соглашением» (статья 31, пункт 3 а) Конвенции) и «последующей практикой... которая устанавливает соглашение участников» (статья 31, пункт 3 b)), Комиссия не

<sup>155</sup> Ежегодник... 1966 год, том II, документ A/6309/Rev.1, стр. 232 англ. текста, пункт 4) комментария к статье 35; см. также Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, art. 39, p. 513, para. 7; Sands, «Article 39», pp. 971–972, paras. 31–34.

<sup>156</sup> Проект статьи 27, пункт 3 b), Комиссии, который впоследствии стал статьей 31, пункт 3 b), Венской конвенции 1969 года, содержал слово «понимание», которое на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров было заменено словом «соглашение». Как отметила Австралия, это изменение носило «просто редакционный характер». См. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March–24 May 1968, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole (A/CONF.39/11, United Nations publication, Sales No. E.68.V.7), vol. I, p. 169, para. 59*; Fox, «Articles 31 (3) a) and b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case», p. 63; см. также дело *Kasikili/Sedudu Island* (сноска 26 выше), p. 1045, Dissenting Opinion of Vice-President Weeramantry, pp. 1061 *et seq.*, paras. 23 *et seq.*

<sup>157</sup> Однако см.: Рональд Беттауэр, заместитель юрисконсульта, Государственный департамент Соединенных Штатов, выступление на состоявшемся 10 октября 2006 года заседании Комитета юристов по ядерной политике, Нью-Йоркская городская коллегия адвокатов, по теме «Соблюдают ли Соединенные Штаты международное право в области ядерного оружия?», выдержки воспроизводятся в Cummins, *Digest of United States Practice in International Law 2006*, pp. 1260 and 1261.

намеревалась обозначать различие в отношении их возможного юридического воздействия. В комментарии «последующее соглашение» квалифицируется как представляющее собой «аутентичное толкование участниками, которое должно быть заложено в текст договора для целей его толкования»<sup>158</sup>, и говорится, что «последующая практика» аналогичным образом «представляет собой объективное доказательство понимания сторонами смысла договора»<sup>159</sup>. Это разъяснение предполагает, что различие между этими двумя концепциями заключается в том факте, что «последующее соглашение между сторонами относительно толкования договора или применения его положений» – это *ipso facto* аутентичное толкование договора, в то время как воздействие «последующей практики» имеет такое же воздействие только тогда, когда она «демонстрирует общее понимание сторон относительно значения терминов»<sup>160</sup>. Это предполагает, что «последующее соглашение участников», как правило, легче доказать, чем «последующую практику... которая устанавливает соглашение участников»<sup>161</sup>.

71. Практика международных судов и других судебных органов свидетельствует об определенной неготовности проводить четкое различие между последующими соглашениями и последующей практикой. В деле *Территориальный спор (Ливийская Арабская Джамахирия/Чад)* МС использовал выражение «последующие подходы» как для определения того, что он впоследствии охарактеризовал в качестве «последующих соглашений», так и последующих односторонних «подходов»<sup>162</sup>. В деле *Суверенитет над островами Лигитан и Сипадан (Индонезия/Малайзия)* МС оставил открытым вопрос о том, является ли использование той или иной конкретной карты последующим соглашением или последующей практикой<sup>163</sup>. В деле *Проект «Габчиково – Надьмарош» (Венгрия/Словакия)* Суд говорил о «последующих позициях», с тем чтобы установить, что «ясно выраженные термины в самом договоре, следовательно, на практике были признаны сторонами как могущие быть предметом обсуждения»<sup>164</sup>. В решении по делу *СМЕ* трибунал ЮНСИТРАЛ сослался на термин «общая позиция» в отношениях между государством-инвестором и государством-ответчиком для подтверждения своего толкования инвестиционного договора, не идентифицируя это в качестве случая, подпадающего под действие статьи 31, пункт 3 а) или b), Венской конвенции 1969 года<sup>165</sup>. Аналогичным

<sup>158</sup> Ежегодник... 1966 год, том II, документ A/6309/Rev.1, стр. 221 англ. текста, пункт 14) комментария к статье 27.

<sup>159</sup> Там же, пункт 15).

<sup>160</sup> Там же; Wolfram, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 294.

<sup>161</sup> *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 26 выше), p. 1087, para. 63.

<sup>162</sup> *Territorial Dispute* (сноска 26 выше), p. 34, paras. 66 *et seq.*

<sup>163</sup> *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (сноска 26 выше), p. 656, para. 61.

<sup>164</sup> Judgment, *I.C.J. Reports 1997*, p. 77, para. 138; см. также *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (см. сноску 153 выше), p. 122, para. 28 («последующее поведение»).

<sup>165</sup> *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. the Czech Republic* (Final Award), UNCITRAL Arbitration (14 March 2003), para. 437.

образом суды и Апелляционный орган ВТО не всегда проводили четкое различие между последующим соглашением и последующей практикой<sup>166</sup>.

72. Третьей группой НАФТА в деле *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America*<sup>167</sup> более отчетливо рассмотрел вопрос о различии между последующим соглашением по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года и последующей практикой по смыслу статьи 31, пункт 3 б), Конвенции. В этом деле Соединенные Штаты утверждали, что в совокупности ряд односторонних мер трех участников НАФТА представляет собой последующие соглашения<sup>168</sup>. В качестве первого шага третья группа не нашла доказательств, достаточных для установления факта наличия последующего соглашения:

Ответчик утверждает, что существует такое «последующее соглашение», и указывает на свои собственные заявления по этому вопросу в настоящем трибунале и в других случаях; на представленный Мексикой по статье 1128 документ на настоящее арбитражное разбирательство; и на заявления Канады по этому вопросу, первое из которых касалось осуществления НАФТА, а также последующее заявление, содержащееся в ее контрмерам по делу *Маерз*.

Разумеется, что все это предполагает определенную приближенность к соглашению, однако Трибунал счел, что все это не достигает уровня «последующего соглашения» сторон НАФТА... Трибунал делает вывод об отсутствии «последующего соглашения» по этому вопросу по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции<sup>169</sup>.

73. Однако в качестве второго шага третья группа пришла к выводу о том, что эти же самые доказательства являются соответствующей последующей практикой:

Сохраняется следующий вопрос: существует ли «последующая практика», которая устанавливает наличие соглашения сторон НАФТА по этому вопросу по смыслу статьи 31, пункт 3 б)? Трибунал делает вывод о том, что она существует. Хотя, по мнению Трибунала, в деле отсутствуют достаточные доказательства для демонстрации наличия «последующего соглашения между сторонами в отношении толкования договора или применения его положений», имеющиеся доказательства, приведенные ответчиком, показывают нам, что тем не менее существует «последующая

практика при применении договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования»<sup>170</sup>.

74. Эта практика предполагает, что различие между «последующим соглашением» и «последующей практикой... которая устанавливает соглашение участников» по смыслу статьи 31, пункт 3, Венской конвенции 1969 года, указывает на иной доказательный стандарт для определения «аутентичного» выражения воли сторон. Различие между последующими соглашениями и последующей практикой проводится по признаку того, может ли быть идентифицирована общая позиция *как таковая* в форме общего выражения или же необходимо косвенно устанавливать наличие соглашения, анализируя конкретное поведение или обстоятельства. В этом ключе «последующее соглашение» по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года должно проявляться как таковое, хотя и не всегда в письменной форме<sup>171</sup>, в то время как «последующая практика» охватывает все (другие) формы соответствующего последующего поведения одной или нескольких сторон договора, что способствует проявлению соглашения сторон относительно толкования договора.

75. Таким образом, в то время как «последующая практика» может способствовать установлению соглашения сторон, такая практика не является сама по себе соглашением. Однако не исключено, что «практика» и «соглашение» совпадают и не могут быть разграничены посредством внешних доказательств. Это объясняет то, почему «последующая практика» часто используется в смысле более широкой общей категории, охватывающей как средства толкования, о которых идет речь в статье 31, пункт 3 а) и б), Венской конвенции 1969 года<sup>172</sup>. Однако такое широкое понимание «последующей практики», хотя идеально возможное в теории, сравнивало бы различие, которое отражено в Конвенции и которое преследует цель информирования государств и других правоприменителей о различных видах соответствующего последующего толкования положений сторонами.

## 2. РЕЛЯТИВНЫЙ ХАРАКТЕР

76. «Последующее соглашение» по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года должно касаться «толкования договора или применения его положений» и должно, соответственно, быть релятивным. Посредством такого соглашения стороны должны стремиться среди прочего к разъяснению

<sup>166</sup> См. «Scheduling guidelines» в *Mexico: Telecoms – Report of the Panel* (2 April 2004), WT/DS204/R, и в *United States – Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting Services*, Report of the Appellate Body (7 April 2005), WT/DS285/AB/R and Corr.1; что касается квалификации «1981 Understanding», то см. *United States – Tax Treatment for Foreign Sales Corporations*, Report of the Panel, unopposed (8 October 1999), WT/DS108/R. См. «SCM Code» в *Brazil: Measures affecting desiccated coconut*, Report of the Panel, unopposed (17 October 1996), WT/DS22/R, и «исключение» в *European Communities: Bananas III, second recourse to article 21.5. Appellate Body Report* (26 November 2008), WT/DS27/AB/RW2/ECU and WT/DS27/AB/RW/USA.

<sup>167</sup> *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (см. сноску 38 выше); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (Decision on the challenge to the President of the Committee), ICSID Case No. ARB/97/3 (3 October 2001) [2004], *ICSID Reports*, vol. 6, p. 330, para. 12; см. M. Fitzmaurice and Merkouris, «Canons of treaty interpretation: selected case studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement», pp. 217–233.

<sup>168</sup> *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (см. сноску 38 выше), paras. 174–177.

<sup>169</sup> *Ibid.*, paras. 186–187.

<sup>170</sup> *Ibid.*, para. 188; в аналогичном ключе *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia* (Netherlands/Bolivia bilateral investment treaty), Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21 October 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, no. 2 (2005), p. 450, para. 251; *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)* (2003) (см. сноску 112 выше), p. 110, para. 180.

<sup>171</sup> Sorel, «Article 31», pp. 1320–1321, para. 43; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 209.

<sup>172</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment (Provisional Measures, Order of 13 July 2006) [2006], *I.C.J. Reports 2006*, p. 113, para. 53 (в этом деле даже ясно выраженное последующее устное соглашение было охарактеризовано одной из сторон как «последующая практика»).

значения договора и указанию того, как договор должен применяться<sup>173</sup>.

77. Ссылка «относительно... договора» часто может быть выявлена с помощью определенного указания на подчиненность «последующего соглашения» по договору, к которому она относится. Такая ссылка может также присутствовать в заключенном впоследствии договоре, содержащем соглашение относительно значения предыдущего договора в отношении между одними и теми же сторонами. В деле *Делимитация морских пространств в районе между Гренландией и Ян-Майеном (Дания против Норвегии)*, например, МС рассмотрел вопрос о том, может ли «последующий договор» между сторонами «в этой же области» использоваться для цели толкования предыдущего договора, но отверг эту возможность, поскольку заключенный в более позднее время договор не содержал никаких «ссылок» на предыдущий договор<sup>174</sup>. В деле *Спор относительно судоходных и смежных прав (Коста-Рика против Никарагуа)* судья *ad hoc* Гийом сослался на реальную практику в области туризма по реке Сан-Хуан в соответствии с меморандумом о взаимопонимании между двумя этими государствами<sup>175</sup>. Однако вопрос заключается в том, предполагали ли стороны меморандума о взаимопонимании, что он будет использоваться при толковании рассматриваемого договора о границе. Так, даже ясно выраженное соглашение между сторонами не всегда является «последующим соглашением» по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года, если оно в достаточной степени не связано с рассматриваемым договором.

78. Что касается нынешней дефиниционной цели, то необходимость проработки релятивного характера «последующего соглашения» более конкретным образом отсутствует. Это будет сделано на более позднем этапе работы.

### 3. Количество сторон

79. «Последующее соглашение» по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года – это соглашение между «сторонами», т. е. между всеми сторонами договора (статья 2, пункт 1 g), Конвенции). Однако это необязательно означает, что термин «последующее соглашение» сам по себе и независимо от статьи 31, пункт 3 а), Конвенции ограничивается – для цели толкования договоров – соглашениями между всеми сторонами договора. Действительно, существуют также примеры соглашений между ограниченным кругом сторон договора, когда речь идет о его толковании.

80. Договоры с широким кругом участников порой исполняются посредством последующих

двусторонних или региональных соглашений. Такие соглашения обычно содержат имплицитные предположения относительно допустимого толкования самого основного договора («серийная двусторонность»)<sup>176</sup>. Конвенция о международной гражданской авиации является одним из примеров такой формы последующей имплементации через двусторонних соглашений на многосторонней договорной основе. Со времени вступления в силу Конвенции было заключено от 3 000 до 4 000 главным образом двусторонних соглашений о воздушном сообщении или соглашений о воздушных перевозках<sup>177</sup>. Эта двусторонняя система была охарактеризована как «сложная сеть взаимосвязанных соглашений о воздушном сообщении»<sup>178</sup>, которая «эволюционировала в рамках последующей практики государств»<sup>179</sup>. Подобные двусторонние договоры как таковые не являются последующими соглашениями по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года, поскольку они заключаются только между ограниченным кругом сторон многостороннего договора. Однако, если их рассматривать в совокупности и как достаточно последовательные и широкоохватные, то можно сделать вывод о том, что они могут представлять собой соглашение между всеми сторонами, касающееся всех сторон в части, относящейся к значению и сфере охвата соответствующего положения, содержащегося в многостороннем договоре.

81. Должны ли такие соглашения между ограниченным кругом участников того или иного договора в отношении толкования рассматриваться в качестве «последующего соглашения» (в более широком смысле) или же следует употребление термина «последующее соглашение» ограничить теми соглашениями, которые заключаются «между [всеми] сторонами» договора, как это предусмотрено в статье 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года? В конечном счете это вопрос терминологического свойства, поскольку ответ на него не подразумевает вынесение вывода относительно значения того или иного «последующего соглашения» между ограниченным кругом государств-участников для цели толкования договора. Поэтому теоретически возможно провести различие между (последующим) соглашением между ограниченным кругом участников относительно толкования договора, с одной стороны, и (последующими) соглашениями относительно толкования договора в отношениях между всеми сторонами договора. Такое различие не противоречило бы статье 31, пункт 3 а), поскольку в этом положении говорится только о последнем и не исключается то, что первое может быть одним из дополнительных средств толкования согласно статье 32 Венской конвенции или наоборот.

<sup>176</sup> Это выражение заимствовано из Benvenisti and Downs, «The empire's new clothes: Political economy and the fragmentation of international law», pp. 610–611.

<sup>177</sup> См. Bowen, «The Chicago International Civil Aviation Conference (1944–1945)», pp. 308 and 309 *et seq.*

<sup>178</sup> Department of Infrastructure, Regional Development and Cities, Australia, «The Bilateral System – how international air services work», имеется по адресу [www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral\\_system.aspx](http://www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral_system.aspx).

<sup>179</sup> Havel, *Beyond Open Skies: A New Regime for International Aviation*, p. 10.

<sup>173</sup> WTO, *United States: Tuna II (Mexico)* (см. сноску 79 выше), paras. 366–378, в частности para. 372; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pp. 164 *et seq.*

<sup>174</sup> Judgment, *I.C.J. Reports 1993*, p. 51, para. 28.

<sup>175</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume, pp. 298–299, para. 16.

82. Однако в конечном счете было бы более удобным для цели настоящего проекта ограничить использование термина «последующее соглашение» такими соглашениями между всеми сторонами договора, которые зафиксированы в одном отдельном соглашении (или в одном акте, в отношении которого все стороны достигли согласия в какой-либо форме)<sup>180</sup>. Пример двусторонних соглашений о воздушном сообщении свидетельствует о том, что группа различных соглашений между ограниченным кругом участников того или иного многостороннего договора может также восприниматься как комплекс различных фактологических элементов – «последующая практика», – которые совокупно «составляют соглашение [всех] сторон относительно» толкования договора по смыслу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции 1969 года.

83. Группа различных соглашений между ограниченным числом сторон – это не отдельное соглашение по смыслу термина «последующее соглашение», содержащегося в статье 31, пункт 3 a), Венской конвенции 1969 года. Для целей терминологической точности концепция «последующего соглашения» должна быть ограничена индивидуальными соглашениями между всеми сторонами, как это указано в статье 31, пункт 3 a). Последующие соглашения (в более широком смысле) между ограниченным кругом сторон могут иметь значение с точки зрения толкования в качестве дополнительного средства толкования по смыслу статьи 32 Конвенции, однако в этом случае они представляют собой одну из форм «последующей практики» (в более широком смысле), которая (еще) не устанавливает факт наличия соглашения всех сторон (см. пункты 92–110 ниже).

#### 4. «ПОСЛЕДУЮЩИЙ ХАРАКТЕР»

84. Комиссия разъяснила, что по смыслу статьи 31, пункт 3 a), Венской конвенции 1969 года «последующие соглашения» – это только те соглашения, которые достигнуты «после заключения договора»<sup>181</sup>. Этот момент времени не всегда является моментом, когда договор вступил в силу (статья 24). В статьях 18 и 25 Конвенции говорится о том, что договор уже может рассматриваться как «заключенный» для некоторых целей до того, как он реально вступил в силу. В таких случаях релевантный момент времени – это момент, когда текст договора был определен как окончательный<sup>182</sup>.

<sup>180</sup> WTO, *United States: Tuna II (Mexico)* (см. сноску 79 выше), para. 371; Конференция по обзору Римского статута (Кампала, 31 мая – 11 июня 2010 года), RC/Res. 6, приложение III, принята на 13-м пленарном заседании 11 июня 2011 года; и в общем плане Barriga and Groover, «A historic breakthrough on the crime of aggression», pp. 517 and 533. Этот аспект будет рассмотрен более подробно в одном из последующих докладов.

<sup>181</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, стр. 221 англ. текста, пункт 14) комментария к статье 27.

<sup>182</sup> *Ежегодник... 1951 год*, том II, документ A/CN.4/43, стр. 70 и далее англ. текста; *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 112 англ. текста; Rosenne, «Treaties, conclusion and entry into force», pp. 464–467: «Строго говоря, речь идет о случае, когда переговоры завершаются выработкой договора»; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pp. 78–79, paras. 9–13.

85. Этот момент также актуален для определения момента, когда соглашение может рассматриваться в качестве «последующего» по смыслу статьи 31, пункт 3 a), Венской конвенции 1969 года. Было бы сложным выявить причину, почему соглашение между сторонами, которое было достигнуто в период между тем, когда текст договора был определен как окончательный и когда он вступил в силу, не должно быть релевантным для цели толкования в качестве соглашения, достигнутого после вступления в силу. Это согласуется с предусмотренным в статьях 19–23 Конвенции режимом в отношении оговорок и с нормами в отношении заявлений о толковании, которые являются *lex specialis*<sup>183</sup>.

86. Необходимо проводить различие между вопросом о том, когда соглашение является «последующим», и вопросом о моменте времени, после которого соглашение действует в отношениях между сторонами в качестве средства толкования договора. Это зависит от момента, когда государство, которое достигло соглашения, реально становится «стороной» договора, т. е. «государством, которое согласилось на обязательность для него договора и для которого договор находится в силе» (статья 2, пункт 1 g), Венской конвенции 1969 года).

87. «Соглашения» и «инструменты»<sup>184</sup>, которые «заключены или используются в связи с заключением договора» (статья 31, пункт 2, Венской конвенции 1969 года), могут заключаться или использоваться либо до, либо после момента, когда текст договора устанавливается в качестве окончательного<sup>185</sup>. В том случае, когда «соглашения» были заключены, а «инструменты» согласованы после этого момента, они являются особыми формами «последующих соглашений».

#### 5. СОГЛАШЕНИЯ О ТОЛКОВАНИИ СОГЛАСНО ТОМУ ИЛИ ИНОМУ КОНКРЕТНОМУ ДОГОВОРНОМУ ПОЛОЖЕНИЮ

88. Некоторые договорные положения, такие как статья IX, пункт 2, Марракешского соглашения об учреждении Всемирной торговой организации, предусматривают, что при определенных условиях стороны могут устанавливать имеющую большую или меньшую обязательную силу интерпретацию некоторых или всех положений договора. Согласно таким положениям, правовые последствия решений сторон регулируются в первую очередь соответствующими специальными договорными положениями. Однако это не исключает возможность того, что такие положения могут в то же время представлять собой «последующее соглашение» по смыслу статьи 31, пункт 3 a), Венской конвенции 1969 года. Например, это было признано третейской группой в рамках НАФТА в деле

<sup>183</sup> См. Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья).

<sup>184</sup> Они могут включать в себя односторонние заявления, если другая сторона не выражает возражений; см. Federal Constitutional Court of Germany, *BVerfGE*, vol. 40, p. 176; см. в общем плане Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 215 and 216.

<sup>185</sup> Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 1271, para. 632.

*Methanex*. Это дело касалось положения (статья 1105 НАФТА), в отношении которого стороны НАФТА приняли «записку о толковании» («записка Комиссии по свободной торговле») согласно статье 1131, пункт 2, НАФТА, согласно которой «(межправительственная) Комиссия по свободной торговле может принимать толкование положения НАФТА, которое будет иметь обязательную силу для того или иного трибунала, учрежденного согласно главе 11»:

Если абстрагироваться от вопроса о воздействии статьи 1131, пункт 2, НАФТА, то можно отметить, что толкование КСТ может также рассматриваться в свете статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции, поскольку оно представляет собой последующее соглашение между сторонами НАФТА относительно толкования статьи 1105 НАФТА<sup>186</sup>.

89. Хотя реакция на записку Федеральной торговой комиссии со стороны некоторых учрежденных на основании Главы одиннадцать судов была смешанной<sup>187</sup>, суды в общем не оспаривали тот факт, что решение согласно статье 1131, пункт 2, НАФТА может, в принципе, в то же время быть последующим соглашением по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года. В аналогичном ключе Апелляционный орган ВТО в деле *European Communities: Bananas III* заявил следующее:

Мы считаем, что многостороннее толкование согласно статье IX:2 Соглашения о ВТО может быть приравнено к последующему соглашению в отношении толкования договора или применения его положений согласно статье 31, пункт 3 а), Венской конвенции, когда речь идет о толковании соглашений ВТО.

[...]

Мы далее отмечаем, что в своем комментарии по проектам статей о праве международных договоров Комиссия международного права («КМП») характеризует последующее соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции «в качестве нового *аутентичного элемента толкования*, который надлежит принимать во внимание с учетом контекста». По нашему мнению, ссылаясь на «аутентичное толкование», КМП толкует статью 31, пункт 3 а), как указывающую на соглашения, касающиеся конкретно толкования того или иного договора. Что касается ВТО, то многосторонние толкования на основании статьи IX:2 Соглашения о ВТО более всего близки к последующим соглашениям по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции<sup>188</sup>.

90. Однако это не означает, что любое решение или соглашение сторон согласно тому или иному конкретному договорному положению, имеющему последствия для толкования, обязательно также является последующим соглашением по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года. Однако для нынешней цели дефиниции достаточно отметить, что последующее соглашение по смыслу статьи 31,

пункт 3 а), не всегда должно быть обособленным и может также быть предусмотрено в самом договоре.

## В. Последующая практика

91. Как и в случае с «последующим соглашением», в связи с концепцией «последующая практика» возникает ряд вопросов, касающихся дефиниции. Наиболее важными из них являются такие вопросы, как: а) должен ли этот термин восприниматься в узком или широком смысле; б) «релевативный» характер последующей практики; в) значение слова «последующий»; и д) круг релевантных действующих лиц.

### 1. Узкое или широкое определение?

92. В деле *Japan: Alcoholic Beverages II*<sup>189</sup> Апелляционный орган ВТО сформулировал узкое определение последующей практики для целей толкования договора:

Последующая практика при толковании того или иного договора была признана в качестве «согласованного, общего и последовательного» ряда актов или заявлений, что достаточно для установления четко выраженной модели, подразумевающей наличие соглашения сторон относительно ее толкования<sup>190</sup>.

93. Эта дефиниция не ограничивается определением «последующей практики» сторонами при применении договора *как такового* и добавляет другие элементы, которые содержатся в статье 31, пункт 3 б), Венской конвенции 1969 года, в частности «соглашение сторон относительно его толкования». Эта дефиниция предполагает, что лишь такая «последующая практика при применении договора», «которая устанавливает соглашение сторон относительно его толкования», может вообще быть релевантной для цели толкования договора, а не какая-либо другая форма последующей практики одной или нескольких сторон. Однако это предположение вводит в заблуждение. Практика МС и других международных судов и трибуналов и даже судебная практика самой ВТО свидетельствуют о том, что последующая практика, отвечающая всем условиям статьи 31, пункт 3 б), Венской конвенции, является единственной формой последующей практики сторон при применении договора, которая релевантна для цели толкования договора. Это позволяет сделать вывод о том, что «последующая практика» при применении договора одной или несколькими сторонами как таковая должна быть отделена от вопроса о том, образует ли любая такая «последующая практика» «соглашение между сторонами относительно ее толкования».

### а) Практика Международного Суда и других международных судов и трибуналов

94. Международные суды и трибуналы проводили различие между согласованной «последующей практикой» по смыслу статьи 31, пункт 3 б), Венской конвенции 1969 года, с одной стороны, и последующей

<sup>186</sup> *Methanex Corporation v. United States of America* (Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits), UNCITRAL Arbitration under NAFTA, Chapter Eleven (3 August 2005), Part II, chap. H, para. 23.

<sup>187</sup> *Pope and Talbot Inc. (Claimant) v. Government of Canada (Respondent)* (Award on the Merits of Phase 2), UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven (10 April 2001), paras. 46 *et seq.*; *ADF Group Inc. v. United States of America* (Award), ICSID Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1 (9 January 2003), para. 177; Brower, «Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA article 1105», pp. 349–350 with further citations; Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation», pp. 179–225.

<sup>188</sup> *European Communities: Bananas III* (см. сноски 166 выше), paras. 383 and 390.

<sup>189</sup> WTO, *Japan: Alcoholic Beverages II* (см. сноски 31 выше), and *Report of the Panel* (11 July 1996), WT/DS8/R, WT/DS10/R and WT/DS11/R.

<sup>190</sup> WTO, *Japan: Alcoholic Beverages II* (см. сноски 31 выше), sect. E.



практикой в более широком смысле одной или нескольких сторон договора, которая также может быть релевантной для цели толкования, – с другой.

95. В деле *Остров Касикили/Седуду (Ботсвана/Намибия)*, например, МС признал, что доклад технического эксперта, составление которого было заказано одной из сторон и который «всегда оставался внутренним документом»<sup>191</sup>, хотя и не является отражением «последующей практики, которая устанавливает наличие соглашения сторон по смыслу» статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции 1969 года, может «тем не менее подтверждать выводы», к которым Суд пришел, применяя иные средства толкования<sup>192</sup>. Это же справедливо в отношении «фактологических выводов, к которым соответствующие стороны пришли по отдельности» и «которые были в совпадающих формулировках изложены в общем докладе»<sup>193</sup>. Разумеется, что такая односторонняя или параллельная последующая практика в области толкования не играет ту же роль, что и последующая практика, которая устанавливает соглашение всех сторон и поэтому не может воплощать в себе «аутентичное» толкование того или иного договора его сторонами.

96. Суды МЦУИС также использовали последующую государственную практику в качестве средства толкования в широком смысле<sup>194</sup>. Например, при решении вопроса о том, могут ли миноритарии приобретать права по договорам о защите инвестиций и обладать процессуальной правоспособностью в МЦУИС, трибунал в деле *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* признал:

Государственная практика далее подтверждает значение этого меняющегося сценария... Таким образом, на находящихся в меньшинстве и не осуществляющих контроля участников была распространена сфера охвата защиты или возможность предъявлять претензии лично. Современная практика, касающаяся соглашений о паушальных выплатах... среди прочих примеров свидетельствует о все большей гибкости при рассмотрении международных претензий<sup>195</sup>.

97. Европейский суд по правам человека в некоторых делах ссылался на статью 31, пункт 3 b), Венской конвенции 1969 года, не определяя при этом наличие соглашения между участниками в контексте соответствующей последующей практики. Так, Суд в деле *Loizidou v. Turkey*<sup>196</sup> утверждал, что его толкование было «подтверждено последующей практикой договаривающихся сторон», т. е. это «доказательство практики, определяющей практическое универсальное соглашение между договаривающимися сторонами о том, что статьи 25 и 46... Конвенции не позволяют

применять ограничения территориального или материально-правового характера»<sup>197</sup>.

98. Более часто Европейский суд по правам человека полагался, правда не всегда единообразным образом, на последующую практику, ссылаясь на национальное законодательство или даже внутригосударственную административную практику как средство толкования: обычно в период после вынесения решения по делу *Tyrer v. the United Kingdom* Суд придавал своему «динамичному» или «эволютивному» толкованию направленность в сторону квалификации и использования последующей государственной (и иной) практики<sup>198</sup>. В зависимости от результатов своего анализа – консенсус, отсутствие консенсуса или достаточное квалифицированное большинство или тенденция – Суд использует или не использует динамичное толкование. В деле *Demir and Baykara*, например, Суд признал, что «в том, что касается практики европейских государств, можно отметить, что в подавляющем большинстве из них признается право госслужащих на проведение переговоров о заключении коллективного соглашения со сторонами»<sup>199</sup> и что «остающиеся исключения могут быть обоснованы только в случае наличия особых обстоятельств»<sup>200</sup>. С другой стороны, в деле *Koch* Суд отметил, что договаривающиеся стороны «далеки от достижения консенсуса» в том, что касается оказания содействия в самоубийстве, и поэтому отказался ограничить степень восприятия посредством эволютивного толкования<sup>201</sup>. Наконец, в деле *SH and Others* Суд отметил, что «формирующийся консенсус» сам по себе не достаточен для ограничения степени восприятия государствами-членами, с тем чтобы позволять или не позволять безвозмездное предоставление зрелой половой клетки для целей искусственного оплодотворения<sup>202</sup>.

99. Даже в тех редких случаях, когда Межамериканский суд по правам человека и Комитет по правам человека учитывали последующую практику сторон<sup>203</sup>, они не ограничивались ее использованием в делах, в которых практика устанавливала соглашение сторон. Так, в деле *Hilaire* Межамериканский суд постановил, что обязательное применение смертной казни за каждую форму поведения, которое привело к смерти другого лица, не

<sup>197</sup> *Ibid.*, paras. 79–80; следует отметить, что Суд охарактеризовал «такую государственную практику» как «единообразную и последовательную» (*ibid.*, para. 82), несмотря на тот факт, что он признал, что два государства можно отнести к категории исключений (Кипр и Соединенное Королевство; «независимо от того, что она означает»).

<sup>198</sup> См. сноску 46 выше.

<sup>199</sup> *Demir and Baykara* (см. сноску 42 выше), para. 52.

<sup>200</sup> *Ibid.*, para. 151; в аналогичном ключе *Jorgic v. Germany*, No. 74613/01, para. 69, ECHR 2007-III; *Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland*, 30 June 1993, para. 35, Series A, No. 264; *A v. the United Kingdom*, No. 35373/97, paras. 80 and 83, ECHR 2002-X.

<sup>201</sup> *Koch v. Germany*, application No. 497/09, para. 70, 19 July 2012.

<sup>202</sup> *S.H. and Others v. Austria* [GC], application No. 57813/00, para. 96, ECHR 2011; см. также *Stummer v. Austria* [GC], application No. 37452/02, ECHR 2011, paras. 105–109 and 129–132, когда Суд просто констатировал «формирующуюся тенденцию» и, не идентифицировав наличие «европейского консенсуса», отказался использовать динамичное толкование.

<sup>203</sup> См. пункт 39 выше.

<sup>191</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1078, para. 55.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 1096, para. 80.

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> Fauchald, «The legal reasoning of ICSID Tribunals – An empirical analysis», p. 345.

<sup>195</sup> *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (United States/Argentina bilateral investment treaty) (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/01/8 (17 July 2003), *ICSID Reports*, vol. 7, p. 492 (2003), para. 47.

<sup>196</sup> См. сноску 42 выше, para. 79.

согласуется со статьей 4, пункт 2, Американской конвенции о правах человека (применение смертной казни только за наиболее серьезные преступления). С тем чтобы поддержать это толкование, Суд признал, что «целесообразно рассмотреть некоторые примеры в этом отношении с учетом законодательства тех американских стран, в которых сохраняется смертная казнь», и отметил, что «в этих странах квалификация на основе тяжести в каждой теории лишения жизни хорошо признана: от тяжкого убийства до убийства собственного родителя. В этих странах установлены различные наказания, учитывающие различную степень серьезности»<sup>204</sup>.

100. Как и Европейский суд по правам человека, Комитет по правам человека применяет открытый подход к аргументации, основанной на последующей практике, когда он рассматривает вопрос об обоснованности посягательств на права человека, изложенные в Пакте. Толкуя довольно общие термины, содержащиеся в статье 19, пункт 3, Международного пакта о гражданских и политических правах (допустимое ограничение свободы выражения мнений), Комитет анализировал соответствующую государственную практику. На основе соображения о том, что «аналогичные ограничения существуют в правовых системах многих стран»<sup>205</sup>, Комитет пришел к выводу о том, что цель, установленная в оспариваемом праве, как таковая не выходит за рамки легитимных целей статьи 19, пункт 3, Международного пакта о гражданских и политических правах<sup>206</sup>. Однако, когда Комитет учитывает последующую практику, он, как правило, делает это в форме краткой оценки и не приводит конкретные ссылки<sup>207</sup>.

101. МТМП несколько раз ссылался на последующую практику сторон, не проверяя при этом, является ли реально такая практика соглашением между сторонами относительно толкования договора. Например, в деле «SAIGA» (No. 2) Трибунал рассмотрел государственную практику в отношении права на самооборону согласно Статье 51 Устава Организации Объединенных Наций. Полагаясь на «обычную практику, используемую для останова судна», Трибунал конкретно не определил соответствующую практику государств, а скорее предположил существование определенного общего стандарта<sup>208</sup>. В делах *Southern Bluefin Tuna Cases* Трибунал постановил, что практика сторон согласно Конвенции о сохранении южного синего тунца является актуальной в плане оценки степени, в которой государства выполняли

свои обязательства по Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву<sup>209</sup>. Таким образом, учтя практику согласно другому договору с различными сторонами, Трибунал использовал (последующую) практику в рамках другого договора, который не охватывал все стороны Конвенции по морскому праву<sup>210</sup>.

102. В решении по делу *Елисиц* описывается общий методологический подход международных уголовных трибуналов. Со ссылкой на Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него и соответствующую ей практику

Судебная камера... толкует термины Конвенции в соответствии с общими правилами толкования договоров, изложенными в статьях 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров... Судебная камера также учла последующую практику, отраженную в Конвенции. Особое внимание было уделено решениям Трибунала по Руанде... Практика государств, особенно их национальных судов, а также деятельность международных органов в этой области также были приняты во внимание<sup>211</sup>.

103. Международный трибунал по бывшей Югославии принимал во внимание даже более общие формы практики государств, включая тенденции в законодательстве государств-членов, которые могут повлечь за собой измененное толкование сферы охвата преступлений или элементов их состава<sup>212</sup>.

#### б) Практика судебных органов ВТО

104. Даже судебные органы ВТО порой проводили различие между «последующей практикой», которая удовлетворяет всем условиям статьи 31, пункт 3 б), Венской конвенции 1969 года, и другими формами последующей практики при применении договора, которые они также признают в качестве релевантных для цели толкования договора. Например, в деле *United States – Section 110(5) Copyright Act*<sup>213</sup> (решение по которому не было обжаловано) Трибуналу пришлось решать вопрос о применимости «доктрины незначительных изъятий» по отношению к уплате роялти<sup>214</sup>. Трибунал нашел доказательства в поддержку существования такой доктрины в национальном законодательстве нескольких государств и отметил следующее:

Мы напоминаем о том, что статья 31, пункт 3, Венской конвенции предусматривает, что наряду с контекстом а) любое последующее соглашение, б) последующая практика или с) любые соответствующие нормы международного права должны приниматься во внимание для целей толкования. Мы отмечаем, что стороны и третьи стороны довели до нашего сведения несколько примеров из различных стран относительно ограничений в национальном законодательстве, основанных на доктрине незначительных изъятий. По нашему мнению, государственная практика, получившая

<sup>204</sup> *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago* (см. сноску 94 выше), para. 12 (separate concurring opinion of Judge Sergio García Ramírez).

<sup>205</sup> Сообщение № 968/2001, *Ким Ёнг-Чеол против Республики Корея*, соображения, принятые 27 июля 2005 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесятая сессия, Дополнение № 40 (A/60/40)*, том II, пункт 8.3.

<sup>206</sup> Там же.

<sup>207</sup> Что касается аналогичного дела, то см. *Юн и Чхе против Республики Корея* (сноска 56 выше), пункт 8.4; в этом деле член Комитета Веджвуд подверг критике подход Комитета как проявление избирательности.

<sup>208</sup> *M/V «SAIGA» (No. 2)* (см. сноску 97 выше), para. 156; см. также *Tomimaru (Japan v. Russian Federation), Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2005–2007*, p. 74, para. 72.

<sup>209</sup> *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, *ITLOS Reports 1999*, p. 280, at para. 50.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 293, para. 45.

<sup>211</sup> *Jelisić* (см. сноску 64 выше), para. 61; в аналогичном ключе *Krstić* (см. сноску 64 выше), para. 541.

<sup>212</sup> *Furundžija* (см. сноску 100 выше), paras. 165 et seq. and 179.

<sup>213</sup> *United States – Section 110(5) Copyright Act*, Report of the Panel (15 June 2000), WT/DS160/R.

<sup>214</sup> См. Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), art. 9, para. 1.

отражение в национальном законодательстве об авторском праве членов Бернского союза до и после 1948, 1967 и 1971 годов, а также членов ВТО до и после даты, после которой соглашение по ТРИПС стало применяться по отношению к ним, подтверждает наш вывод относительно доктрины незначительных изъятий<sup>215</sup>.

И Трибунал в предупредительном плане сделал дополнительное заявление:

Приводя эти примеры государственной практики, мы не желаем выражать мнение по поводу того, является ли это достаточным для установления «последующей практики» по смыслу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции<sup>216</sup>.

105. Другим примером использования последующей практики в более широком смысле является дело *European Communities: Computer Equipment*, когда Апелляционный орган подверг критике Трибунал за то, что он не учел решения Комитета по согласованной практике Всемирной таможенной организации (ВТамО) в качестве соответствующей последующей практики:

Надлежащее толкование также должно было бы учитывать анализ существования и релевантности последующей практики. Мы отмечаем, что Соединенные Штаты указывали в Трибунале на решения, принятые Комитетом по согласованной системе ВТО в апреле 1997 года относительно классификации некоторого оборудования ЛВС в качестве аппаратов АОД. Сингапур, третья сторона в разбирательствах в Трибунале, также сослался на эти решения. Европейские сообщества отметили, что они формулировали оговорки в отношении этих решений... Однако мы считаем, что при толковании тарифных льгот в приложении LXXX решения ВТамО могут быть релевантными<sup>217</sup>.

106. Таким образом, при более внимательном изучении можно сделать вывод о том, что в практике судебных органов ВТО проводится различие между узким толкованием, которое определяет условия, когда «последующая практика» в полной мере релевантна по смыслу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции 1969 года, и более широкой концепцией последующей практики, которая не предусматривает презумпцию наличия соглашения между всеми сторонами договора<sup>218</sup>. Тогда такая последующая практика в более широком смысле может быть релевантной как дополнительное средство договорного толкования по смыслу статьи 32 Венской конвенции.

### с) Вывод

107. В практике международных судов и трибуналов, включая Орган ВТО по разрешению споров, признается, что релевантной в плане толкования может быть не только «последующая практика при применении того или иного договора, который устанавливает наличие соглашения сторон относительно его толкования», но, возможно, другая последующая практика, не отражающая соглашение относительно толкования всеми сторонами. Поэтому концепция «последующей

практики» должна быть определена широко. Узкое определение, такое как определение Апелляционного органа ВТО в деле *Japan: Alcoholic Beverages II*<sup>219</sup>, может быть полезным при выявлении полностью согласованного и аутентичного толкования договора по смыслу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции 1969 года. Учет иной договорной практики государств для целей толкования не должен исключаться с самого начала, поскольку в некоторых ситуациях он может выполнять роль дополнительного средства толкования по смыслу статьи 32 Конвенции. Однако такое применение последующей практики (в широком смысле) всегда должно укладываться в рамки нормы, согласно которой договорное толкование не является автоматическим и «мнение одного государства не формирует международное право»<sup>220</sup>. Тогда различие между согласованной последующей практикой в узком смысле статьи 31, пункт 3 b), Конвенции и всей другой последующей практикой (в широком смысле) заключается в том, чтобы указать на большую роль в плане толкования, которая придается первой.

108. Различие между (согласованной) последующей практикой в узком смысле статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции 1969 года и последующей практикой в широком смысле применительно к какому-либо конкретному договорному толкованию или применению стороной также помогает ответить на вопрос о том, «требует ли последующая практика» неоднократности действий с определенной частотой<sup>221</sup> или же может быть достаточно однократного применения договора<sup>222</sup>. В рамках ВТО Апелляционный орган признал, что, «как правило, отдельное деяние не является достаточным для установления последующей практики; релевантной является последовательность действий, устанавливающих наличие соглашения сторон»<sup>223</sup>.

109. Однако, если концепция последующей практики вытекает из возможного соглашения между сторонами, как оно признается международными судебными органами, частотность не является необходимым элементом для определения концепции «последующая практика»<sup>224</sup>.

<sup>219</sup> См. пункт 92 и сноску 31 выше; Апелляционный орган использовал формулу из одной публикации сэра Яна Синклера (*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 137), который использовал аналогичную формулировку на французском языке из публикации Ясина («L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», pp. 48–49). Ясин, бывший член Комиссии, полагался на элементы ее работы, однако его определение никогда не было принято Комиссией или МС.

<sup>220</sup> *Sempra Energy International v. Argentine Republic* (см. сноску 75 выше), para. 385; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (см. сноску 75 выше), para. 337; WTO, *United States: Large Civil Aircraft (2nd complaint)* (см. сноску 76 выше), para. 7.953, footnote 2420.

<sup>221</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 431.

<sup>222</sup> Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, p. 166.

<sup>223</sup> WTO, *Japan: Alcoholic Beverages II* (см. сноску 31 выше), sect. E.

<sup>224</sup> Kolb, *Interprétation et création du droit international: Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, pp. 506 et seq.

<sup>215</sup> *United States – Section 110(5) Copyright Act*, Report of the Panel (см. сноску 213 выше), para. 6.55.

<sup>216</sup> *Ibid.*, footnote 68.

<sup>217</sup> *European Communities: Computer Equipment* (см. сноску 78 выше), para. 90; см. также Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, p. 342.

<sup>218</sup> См. также WTO, *United States: COOL – Report of the Appellate Body* (29 June 2012), WT/DS384/AB/R and WT/DS386/AB/R, para. 452.

110. Таким образом, «последующая практика» в широком смысле охватывает любое применение договора одной или несколькими сторонами. Она может принимать различные формы<sup>225</sup>. Практика может либо состоять в непосредственном применении соответствующего договора, либо принимать форму заявления относительно толкования или применения договора. Такая практика может включать в себя официальные заявления относительно значения договора, протесты в случае несоблюдения или молчаливое согласие с заявлениями или действиями других сторон<sup>226</sup>.

## 2. РЕЛЯТИВНЫЙ ХАРАКТЕР

111. Как и последующее соглашение, согласно статье 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года, последующая практика должна осуществляться в процессе «применения договора». Это справедливо не только в отношении согласованной последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 б), Венской конвенции, но и в отношении последующей практики в целом. Так, действия или соответствующее молчание<sup>227</sup> должны иметь место в контексте применения договора, включая ссылку на положения договора; это же справедливо в отношении: заявлений, касающихся договора, сделанных во время разбора юридического спора или на дипломатической конференции, официальных сообщений в связи с договором или принятия национальных законодательных актов или заключения новых международных соглашений для целей имплементации договора.

112. Однако следует упомянуть, что третейская группа НАФТА отказалась признавать, что внутригосударственное законодательство может использоваться в качестве дополнительного средства толкования, заявив следующее:

Наконец, с учетом того факта, что обе стороны ссылались на свое национальное законодательство по вопросу о сухопутных перевозках, Третейская группа считает целесообразным сослаться на статью 27 Венской конвенции, которая гласит, что «участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора». Это положение указывает на то, что Третейская группа должна анализировать не национальное законодательство, а применимое международное право. Так, ни внутреннее право Соединенных Штатов, ни законодательство Мексики не должны использоваться при толковании НАФТА. Это бы означало применение ненадлежащей правовой базы<sup>228</sup>.

113. Хотя содержащаяся в статье 27 Венской конвенции 1969 года норма, разумеется, является

действительной и важной, из нее не вытекает то, что национальное законодательство может не учитываться как возможное дополнительное средство толкования в форме последующей государственной практики при осуществлении договора. Другие международные судебные органы, в частности трибуналы ВТО и Европейский суд по правам человека, признавали и регулярно проводили различие между национальным законодательством (и иными имплементационными мерами на национальном уровне), нарушающим договорные обязательства, и национальным законодательством и мерами, которые могут служить средством для толкования договора<sup>229</sup>.

114. С другой стороны, последующую практику для целей толкования договора следует отличать от других, менее ближайших последующих событий, которые могут или не могут оказывать воздействие на толкование договора. Это вызвано тем, что последующие соглашения и последующая практика сторон «относительно толкования договора» поддерживают, по меньшей мере потенциально, «аутентичный» элемент договорного толкования. В то время как в конечном счете может отсутствовать четкий раздел между последующей практикой сторон, которая конкретно связана с договором, и практикой, имеющей предметную связь с договором, тем не менее проведение различия между этими обеими категориями имеет смысл. Только такое поведение, которое стороны обязались осуществлять «в отношении толкования договора», должно считаться «аутентичным» вкладом в толкование.

115. Кроме того, не всегда легко провести различие между последующими соглашениями и последующей практикой на основе последующих «соответствующих норм международного права, применяемых в отношениях между участниками» (статья 31, пункт 3 с)). Как представляется, наиболее важным разграничительным фактором является момент достижения соглашения «относительно толкования» того или иного договора.

## 3. «ПОСЛЕДУЮЩИЙ» ХАРАКТЕР

116. Что касается последующих соглашений, то соответствующая практика толкования является «последующей», если она имеет место «после заключения договора»<sup>230</sup>, а именно после того, как текст договора был определен как окончательный<sup>231</sup>.

<sup>225</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 239.

<sup>226</sup> Wolfram, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 114.

<sup>227</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, стр. 221–222 англ. текста, пункт 15) комментария к статье 27; *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (см. сноску 139 выше), p. 23; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Jurisdiction and Admissibility), *I.C.J. Reports 1984*, p. 410, para. 39; *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (1977), UNRIIAA, vol. XXI, part II, paras. 168 and 169; вопрос о роли молчания будет более детально проработан в следующем докладе по этой теме.

<sup>228</sup> *In the Matter of Cross-Border Trucking Services* (см. сноску 85 выше), para. 224.

<sup>229</sup> См., например, *United States – Section 110 (5) Copyright Act*, Report of the Panel (сноска 213 выше), para. 6.55; WTO, *United States: Continued Zeroing Methodology*, Report of the Panel (1 October 2008), WT/DS350/R, para. 7.217; WTO, *United States: Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, Report of the Appellate Body (11 March 2011), WT/DS379/AB/R, paras. 335 and 336; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (сноска 195 выше), para. 47; *V. v. the United Kingdom* [GC], No. 24888/94, para. 73, ECHR 1999-IX; *Kart v. Turkey* [GC], No. 8917/05, para. 54, ECHR 2009 (extracts); *Sigurjónsson v. Iceland* (сноска 200 выше), para. 35; *A v. the United Kingdom* (сноска 200 выше), para. 80.

<sup>230</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, стр. 221 англ. текста, пункт 14).

<sup>231</sup> См. пункты 84–87 выше.

#### 4. Действующие лица

117. Один из важных вопросов связан с действующими лицами, которые могут заниматься соответствующей последующей практикой. Статья 31, пункт 3 *b*), Венской конвенции 1969 года не содержит явно выраженного требования о том, что это должна быть практика самих сторон договора, однако, как представляется, ее формулировка подразумевает это требование. Разумеется, что ими являются сами стороны, действующие через свои органы<sup>232</sup>, которые компетентны заниматься практическими вопросами договорного толкования и применения или комментировать тот или иной договор. Однако это также не исключает возможность того, что частные (физические и юридические) лица «применяют» договор в некоторых случаях. Однако такая негосударственная практика должна присваиваться тому или иному государству-участнику, с тем чтобы она была релевантной для цели установления аутентичного элемента толкования<sup>233</sup>. Этот аспект развит ниже в главе V (проект вывода 4).

#### С. Вывод: проект вывода 3

118. В совокупности эти источники и соображения предполагают следующий проект вывода 3<sup>234</sup>:

<sup>232</sup> Wolfram, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, pp. 115 et seq.

<sup>233</sup> См. пункты 119–144 ниже.

<sup>234</sup> См. предварительные выводы 5 и 8 Председателя Исследовательской группы по теме «Договоры сквозь призму времени» (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 204–206, пункт 344), в частности предварительный вывод 5 (стр. 205–206):

«5) Концепция последующей практики в качестве средства толкования

*«Проект вывода 3. Определение последующего соглашения и последующей практики в качестве средства толкования договора»*

Для цели толкования договора "последующее соглашение" – это выраженное соглашение между сторонами после заключения договора относительно его толкования или применения его положений.

Для цели толкования договора "последующая практика" состоит из поведения, включая заявления, одной или нескольких сторон договора после его заключения относительно его толкования или применения.

Последующая практика при применении договора, которая определяет соглашение сторон его толкования, является средством толкования по смыслу статьи 31, пункт 3 *b*), Венской конвенции. Иная последующая практика может при определенных обстоятельствах использоваться как дополнительное средство толкования по смыслу статьи 32 Венской конвенции».

Большинство охваченных обзором судебных органов не дали определения понятия последующей практики. Определение, данное Апелляционным органом ВТО ("«гармоничная, общая и систематическая» последовательность актов или высказываний, которая достаточна для выявления различимой модели, подразумевающей согласие сторон [договора] в отношении его толкования"), сочетает элемент "практики" ("последовательность актов или высказываний") с требованием согласия ("гармоничного, общего"), как это предусмотрено в пункте 3 *b*) статьи 31 Венской конвенции 1969 года (последующая практика в узком смысле). Однако другие охваченные обзором судебные органы также используют понятие "практика" в качестве средства толкования без упоминания и требования наличия четко различимого согласия между сторонами (последующая практика в широком смысле)».

## ГЛАВА V

### Присвоение связанной с договорами практики государству

119. В то время как в статье 31, пункт 3 *a*), Венской конвенции 1969 года речь идет о любом последующем соглашении «между участниками», в статье 31, пункт 3 *b*), говорится просто о «последующей практике применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования». В связи с этим возникает вопрос о том, при каких обстоятельствах практика «применения договора» может присваиваться государству и, таким образом, быть релевантной интерпретивной государственной практикой. Существуют следующие смежные вопросы: могут ли общественные события и практика других действующих лиц, помимо государств, быть релевантными для толкования договора, и в частности могут ли они «устанавливать наличие соглашения сторон относительно его толкования».

#### А. Сфера охвата соответствующей государственной практики

120. Решение вопроса о том, является ли определенное поведение соответствующей договорной практикой государства, зависит, в частности, от применимых

норм присвоения. В своих проектах статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния Комиссия приняла нормы о присвоении поведения тому или иному государству<sup>235</sup>. Однако установление ответственности государства преследует иную цель, чем присвоение практики для выявления соответствующей интерпретационной практики. Круг возможных противоправных деяний государства всегда гораздо шире, чем диапазон таких деяний в контексте «применения» договора. Например, сложно представить себе релевантную договорную практику в форме «поведения органа государства», который «превышает свои полномочия» (статья 7 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния), или в форме «поведения повстанческого движения» (статья 10 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния).

<sup>235</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 26, пункт 76.

121. Поэтому соответствующие нормы присвоения для настоящей цели толкования договора должны проистекать из конкретного характера толкования и применения договоров их участниками. Это предполагает, что государству может быть присвоено только то поведение, которое осуществилось или считается допустимым теми органами государства-участника, которые на международном уровне рассматриваются как ответственные за применение договора (в целом или конкретного положения договора). Последующая практика, разумеется, может осуществляться высокопоставленными должностными лицами правительства по смыслу статьи 7 Венской конвенции 1969 года. Вместе с тем, поскольку положения многих договоров, как правило, не применяются по отношению к высокопоставленным правительственным должностным лицам, международные суды и трибуналы признавали, что поведение органов власти более низкой инстанции или других действующих лиц может также быть релевантным последующим поведением для цели толкования того или иного договора. Так, МС в *Деле, касающемся прав граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко* признал, что статья 95 Генерального акта Альхесирасской конференции должна толковаться гибко с учетом непоследовательной практики местных таможенных властей<sup>236</sup>. В деле *Остров Касикили/Седуду (Ботсвана/Намибия)* МС даже выразил мнение о том, что регулярное использование острова на границе между Намибией (бывшая Юго-Западная Африка) и Ботсваной (бывший Бечуаналенд) членами местного племени масубия может рассматриваться как последующая практика по смыслу статьи 31, пункт 3 *b*), Венской конвенции 1969 года, если она «связана с убеждением властей Каприви о том, что границы, установленные заключенным в 1890 году договором, пролегают по южному протоку в реке Чобе и, во-вторых, что власти Бечуаналенда были в полной мере осведомлены и восприняли это как подтверждение установленной этим договором границы»<sup>237</sup>.

122. Однако *Дело, касающееся Храма Прэахвихеа (Камбоджа против Таиланда)* свидетельствует о том, что могут возникать ситуации, когда поведение мелких чиновников и местная практика не могут быть присвоены государству. Пытаясь защищать границу, Таиланд утверждал о том, что некоторые представленные Францией карты с указанием линии, явно отклоняющейся от линии, которая первоначально была согласована, рассматривались только мелкими чиновниками Сиама, которые не имели статуса, позволяющего согласовывать от имени Сиама линию границы, обозначенной на картах. Суд признал следующее:

Если сиамские власти показали эти карты только мелким чиновникам, они определенно действовали на свой собственный риск, и претензия Таиланда в международном плане не может быть каким-либо образом поддержана на основании этого факта<sup>238</sup>.

<sup>236</sup> *I.C.J. Reports 1952*, p. 211.

<sup>237</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *I.C.J. Reports 1999*, p. 1094, para. 74.

<sup>238</sup> *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (см. сноску 139 выше), p. 25.

Таким образом, как представляется, Суд подразумевал, что если вышестоящие инстанции не были осведомлены о карте, то элемент осведомленности или поведения нижестоящих чиновников сам по себе не может быть присвоен Таиланду.

123. Практика арбитражных трибуналов подтверждает, что соответствующая последующая практика может проистекать из действий нижестоящих чиновников, если можно предположить на международном уровне, что они отвечают за применение договора. В деле *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts* арбитражный трибунал счел, что письмо Банка Англии в адрес Германского федерального управления по взысканию задолженности отражает соответствующую последующую практику<sup>239</sup>. Кроме того, в деле, касающемся *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, арбитражный трибунал, в принципе, признал практику французских налоговых административных органов, не взимавших налоги на пенсию вышедших в отставку сотрудников ЮНЕСКО, в качестве соответствующей последующей практики, однако в конечном счете счел, что решающую роль играют несколько официальных заявлений более высокого в иерархии органа – правительства Франции<sup>240</sup>.

124. Из этого следует, что практика нижестоящих и местных властей при применении договора может рассматриваться в качестве релевантной последующей практики для целей толкования договора, когда можно предполагать, что вышестоящие органы осведомлены об этой практике и признают ее в качестве элемента договорного толкования или применения<sup>241</sup>.

#### **В. Присвоение государствам последующего поведения частных сторон и общественных событий**

125. На «последующую практику применения договора» обычно ссылаются те, кто обязан в силу договора применять его, а ими являются сами государства-участники. Тем не менее можно также представить себе ситуацию, когда «соглашение сторон относительно его толкования» «устанавливается» косвенным образом на основе практики других действующих субъектов. Однако до настоящего времени такая практика других субъектов лишь в очень незначительной степени признавалась в судебной практике как присваиваемая тому или иному государству-участнику для цели толкования договора.

<sup>239</sup> Award of 16 May 1980, UNRIAA, vol. XIX, part III, p. 103, para. 31.

<sup>240</sup> Award of 14 January 2003, UNRIAA, vol. XXV, part IV, p. 257, para. 66 and p. 259, para. 74.

<sup>241</sup> См. также Kamto, «La volonté de l'État en droit international», pp. 141–144.

126. Трибунал по рассмотрению взаимных претензий между Ираном и Соединенными Штатами, занимаясь вопросами, которые сопряжены с тесным сотрудничеством между государствами, органами и частными структурами, решал вопрос о том, можно ли поведение частных структур присвоить одному из двух государств для цели определения соответствующей последующей государственной практики, и заявлял следующее:

Признанный принцип договорного толкования заключается в необходимости учета, наряду с контекстом, любой последующей практики при применении международного договора. Однако эта практика должна быть практикой сторон договора и практикой, которая устанавливает наличие соглашения сторон относительно толкования этого договора. В то время как один из участников переговоров по вопросам урегулирования, а именно банк «Маркази», является структурой Ирана и поэтому его практика может быть присвоена Ирану в качестве одной из сторон Алжирских деклараций, другие участники этих переговоров и их реального урегулирования, а именно банки Соединенных Штатов, не являются структурами правительства Соединенных Штатов, и как таковая их практика не может быть присвоена Соединенным Штатам в качестве другой стороны Алжирских деклараций<sup>242</sup>.

127. Этот подход был подвергнут критике судьей Ансари, который в своем особом мнении указал на то, что роль надзорных государственных органов должна учитываться большинством:

Иран далее выдвинул аргумент о том, что последующая практика сторон во время их переговоров по урегулированию должна надлежащим образом учитываться, когда речь идет о толковании раздела «Обязательства». В поддержку этого аргумента Иран представил Трибуналу тексты соглашений об урегулировании, достигнутые во исполнение положения раздела «Обязательства», на базе которых Иран получил новые наличные средства непосредственно из банков Соединенных Штатов. Указанные соглашения в силу их положений не могут вступить в действие без утверждения Казначейством Соединенных Штатов и Федеральным резервным банком Нью-Йорка, действующим в качестве финансового агента Соединенных Штатов. Такая последующая практика участников играет решающую роль и является дополнительным доказательством в поддержку аргумента Ирана<sup>243</sup>.

128. Хотя в связи с этим особым мнением возникают важные вопросы, как представляется, государственная вовлеченность «в силу надзора» в этом конкретном контексте не означала заявление относительно толкования по отношению к другому государству и поэтому не являлась достаточной для присвоения

поведения частных структур государству для целей толкования договора.

129. Как представляется, Европейский суд по правам человека является единственным<sup>244</sup> международным судебным органом, который порой считал релевантными для целей договорного толкования «растущее общественное признание»<sup>245</sup> (определенного поведения и персональных характеристик) и «крупные общественные преобразования»<sup>246</sup>, четко не увязывая такие события в жизни общества с конкретными решениями государственных органов. Двумя наиболее важными<sup>247</sup> делами являются дела *Dudgeon*<sup>248</sup> и *Goodwin*<sup>249</sup>.

130. Дело *Dudgeon* касалось права на то, чтобы выразившие взаимное согласие на вступление в связь взрослые гомосексуалисты не привлекались к уголовной ответственности за свои половые сношения. Толкуя законодательство, действовавшее в тот момент в Северной Ирландии, Европейский суд по правам человека признал, что «по сравнению с временем, когда это законодательство было принято, сейчас гомосексуальность понимается более глубоко и по отношению к ней во все большей степени проявляется толерантность»<sup>250</sup>. Суд основывал это утверждение на том факте,

что в значительном большинстве государств – членов Совета Европы уже не считается необходимым или надлежащим считать гомосексуализм в той форме, которая в настоящее время рассматривается, как вопрос, когда должны применяться уголовно-правовые санкции; Суд не может игнорировать значимые изменения, происшедшие в этом отношении во внутригосударственном законодательстве государств-членов<sup>251</sup>.

131. Дело *Goodwin* касалось права транссексуалов на вступление в брак с учетом их установленной гендерной принадлежности. В решении по этому делу Суд заявил, что он «должен учитывать меняющиеся условия в государстве-ответчике и в общем в договаривающихся государствах»<sup>252</sup>, и напомнил государству-ответчику о том, что оно «еще не приняло какие-либо меры для... [рассмотрения необходимости принятия надлежащих правовых мер] несмотря на повышение степени принятия обществом

<sup>242</sup> *The United States of America (and others) v. The Islamic Republic of Iran (and others)*, Award No. 108-A-16/582/591-FT (1984), 5 Iran-USCTR 57, p. 71; в аналогичном ключе см. *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim) (9 September 2004) (Iran-USCTR), paras. 127–128; см. также Dissenting Opinion of President Lagergren in *International Schools Services, Inc. v. National Iranian Copper Industries Company*, 5 Iran-USCTR 338, at pp. 348 and 353: «Положение в Венской конвенции о последующих соглашениях касается соглашений между государствами – участниками договора, и вряд ли соглашение об урегулировании спора между двумя находящимися в процессе арбитражного разбирательства сторонами может рассматриваться как соглашение между двумя государствами – участниками договора, несмотря на то, что Исламская Республика Иран являлась одной из сторон арбитражного разбирательства в этом деле».

<sup>243</sup> Dissenting Opinion of Parviz Ansari in *The United States of America v. The Islamic Republic of Iran*, Award No. 108-A-16/582/591-FT (1985), 9 Iran-USCTR 97, at p. 99.

<sup>244</sup> См., однако, WTO, *United States: Certain Country of Origin*, Report of the Appellate Body (29 June 2012), WT/DS384/AB/R and WT/DS386/AB/R, para. 448.

<sup>245</sup> *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], No. 28957/95, para. 85, ECHR 2002-VI.

<sup>246</sup> *Ibid.*, para. 100.

<sup>247</sup> См. также European Court of Human Rights, *I. v. the United Kingdom* [GC], No. 25680/94, para. 65, 11 July 2002; *Burden and Burden v. the United Kingdom*, No. 13378/05, para. 57, 12 December 2006; *Shackell v. the United Kingdom* (dec.), No. 45851/99, para. 1, 27 April 2000; *Schalk and Kopf v. Austria*, No. 30141/04, para. 58, ECHR 2010, со ссылкой на *Goodwin* (см. сноску 245 выше), para. 100.

<sup>248</sup> *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A, No. 45.

<sup>249</sup> См. сноску 245 выше.

<sup>250</sup> *Dudgeon* (см. сноску 248 выше), para. 60.

<sup>251</sup> *Ibid.*

<sup>252</sup> *Goodwin* (см. сноску 245 выше), para. 74.

такого явления, как транссексуализм, а также растущее признание проблем, с которыми сталкиваются транссексуалы»<sup>253</sup>.

132. Однако тщательный анализ практики Европейского суда по правам человека показывает, что ссылка Суда – для целей толкования договора – на «социальные преобразования» или «общественное принятие» в конечном счете все же связана с государственной практикой. В деле *Dudgeon* Суд продемонстрировал «большую степень толерантности по отношению к гомосексуализму», указав на тот факт, «что в значительном большинстве государств – членов Совета Европы уже не считается необходимым или надлежащим относиться к гомосексуализму в той форме, которая в настоящее время рассматривается, как к вопросу, когда должны применяться уголовно-правовые санкции» и что поэтому он не может «игнорировать значимые изменения, происшедшие в этом отношении во внутригосударственном законодательстве государств-членов»<sup>254</sup>. Суд далее указал на то, что «в самой Северной Ирландии власти в недавние годы воздерживались от обеспечения исполнения соответствующего законодательства»<sup>255</sup>. Даже в деле *Goodwin* Суд подчеркнул важность «четких и неоспариваемых доказательств продолжающейся международной тенденции в сторону не только повышения степени общественного принятия транссексуалов, но и юридического признания новой половой идентичности транссексуалов в постоперационный период»<sup>256</sup>.

133. Ссылка Европейского суда по правам человека на «общественное принятие» является редкой и ограничилась делами, которые касались маргинальных групп, положение которых в полной мере не учитывалось в рамках политической и правовой системы соответствующего государства<sup>257</sup>. Напротив, Суд не полагается на политически спорные события в общественной сфере. Например, в деле *Johnston*, которое касалось утверждения о том, что право на вступление в брак подразумевает право на развод с тем, чтобы получить возможность повторно вступить в брак, «заявители сделали значительный упор на событиях в общественной сфере, которые произошли за период с разработки [Европейской конвенции по правам человека], а именно на предполагаемом значительном увеличении числа случаев расторжения брака»<sup>258</sup>. Однако Суд, признав, «что Конвенция и Протоколы к ней должны толковаться в свете современных условий», отказался более обстоятельно рассмотреть понятие этих «общественных событий» и сделал вывод о том, что он не может «посредством эволютивного толкования вывести из содержания этих документов право, которое не было зафиксировано в них в самом

начале»<sup>259</sup>. В том же ключе Суд признал в деле *Schalk and Kopf* следующее:

Хотя, как отмечалось в деле *Christine Goodwin*, институт брака претерпел принципиальные социальные изменения со времени принятия Конвенции, Суд указывает на то, что на европейском континенте консенсус в отношении однополых браков отсутствует. В настоящее время не более чем в шести из сорока семи государств – участников Конвенции разрешаются однополые браки<sup>260</sup>.

134. Таким образом, Европейский суд по правам человека обычно в явно выраженной или подразумеваемой форме определяет, отражаются ли события в социальной сфере реально в практике государств и воспринимает ли он такое отражение в законодательной или административной практике в качестве наиболее релевантного показателя<sup>261</sup>. Например, это справедливо в делах, касающихся статуса внебрачных детей<sup>262</sup>, и в делах, касающихся предполагаемого права цыган на временное место проживания, выделяемое муниципалитетами, с тем чтобы они могли вести странствующий образ жизни<sup>263</sup>. Европейский суд по правам человека только в исключительных случаях намекал на то, что существование в государстве-ответчике противоречащего законодательства вызвано административной или законодательной инертностью и что это более не отражает взвешенное мнение компетентных государственных органов<sup>264</sup>. Поэтому можно сделать вывод, что просто (последующая) общественная практика как таковая не является достаточной для того, чтобы формировать соответствующую последующую договорную практику, и что она должна в какой-либо форме поддерживаться сопутствующей государственной практикой.

### С. Практика других субъектов как доказательство существования государственной практики

135. Последующая практика участников договора может отражаться или инициироваться в форме заявлений или поведения других субъектов, таких как международные организации или негосударственные субъекты. Однако такое инициирование последующей практики сторон международными организациями или неправительственными организациями не следует смешивать с практикой самих участников договора. Скорее, деятельность других органов может являться доказательством последующего соглашения или практики рассматриваемых участников.

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> *Schalk and Kopf v. Austria* (см. сноску 247 выше), para. 58.

<sup>261</sup> Однако см. Letsas, «Strasbourg's interpretative ethic: lessons for the international lawyer», p. 530.

<sup>262</sup> *Mazurek v. France*, No. 34406/97, para. 52, ECHR 2000-II («Суд отмечает с самого начала, что институт семьи не является фиксированным как с исторической, так и социологической и даже правовой точек зрения»); см. также European Court of Human Rights, *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, para. 41, Series A, No. 31; *Inze v. Austria*, 28 October 1987, para. 44, Series A, No. 126; и *Brauer v. Germany*, No. 3545/04, para. 40, 28 May 2009.

<sup>263</sup> *Chapman v. the United Kingdom* [GC], No. 27238/95, paras. 70 and 93, ECHR 2001-I; см. также European Court of Human Rights, *Lee v. the United Kingdom* [GC], No. 25289/94, paras. 95–96, 18 January 2001; *Beard v. the United Kingdom* [GC], No. 24882/94, paras. 104–105, 18 January 2001; *Coster v. the United Kingdom* [GC], No. 24876/94, paras. 107–108; и *Jane Smith v. the United Kingdom* [GC], No. 25154/94, paras. 100 and 101, 18 January 2001.

<sup>264</sup> Дело *Goodwin* (см. сноску 245 выше), para. 92.

<sup>253</sup> *Ibid.*, para. 92.

<sup>254</sup> Дело *Dudgeon* (см. сноску 248 выше), para. 60.

<sup>255</sup> *Ibid.*

<sup>256</sup> Дело *Goodwin* (см. сноску 245 выше), para. 85; см. также para. 90.

<sup>257</sup> См. Brauch, «The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights», p. 145.

<sup>258</sup> *Johnston and Others v. Ireland* (см. сноску 42 выше), para. 53.



## 1. МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ

136. Решения, резолюции и иная практика международных организаций могут быть релевантными при толковании договоров как таковые. Например, это признано в статье 2, пункт 1 j), Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, в которой упоминается «установившаяся практика организации» в качестве одной из форм «правил организации». Этот аспект последующей практики применительно к договору будет рассмотрен в одном из последующих докладов. В настоящем докладе основное внимание уделяется только вопросу о том, может ли практика международных организаций носить индикативный или доказательственный характер по отношению к соответствующей государственной договорной практике.

137. В этом смысле подборки материалов и другие доклады международных организаций о последующей государственной практике могут, в большей или меньшей степени, иметь доказательную силу. Доклады организаций на универсальном уровне, которые подготовлены на основании конкретного мандата на освещение государственной практики в той или иной конкретной области, имеют больший вес, но не во всех случаях являются основополагающими. Например, государственные должностные лица, ответственные за толкование и применение Конвенции о статусе беженцев, обращаются к опубликованному УВКБ документу *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* («Руководство по процедурам и критериям определения статуса беженцев согласно Конвенции 1951 года и Протоколу 1967 года, касающимся статуса беженцев») в качестве справочного пособия в плане государственной практики<sup>265</sup>. Хотя в Руководстве УВКБ порой в довольно неопределенной форме делались ссылки на то, что оно само по себе как бы отражает практику государств, это было обоснованно отвергнуто Федеральным судом Австралии в деле *Semunigus*<sup>266</sup>. Другим примером является работа Комитета Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, учрежденного резолюцией 1540 (2004)<sup>267</sup>, которая оказалась релевантной в плане толкования Конвенции о запрещениях разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического)

<sup>265</sup> См. UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (January 1992), foreword at para. VII; см. также Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 239.

<sup>266</sup> Federal Court of Australia, *Semunigus v. the Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (14 April 1999), paras. 5–13; это не исключает возможность того, что Руководство является значимым доказательством в качестве объективной констатации последующей государственной практики. Его важность основывается не только на его свойстве как профессиональной подборки материалов, но и на статье 35, пункт 1, Конвенции о статусе беженцев, согласно которой «Договаривающиеся Государства обязуются сотрудничать с Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций... [при осуществлении] его функций, и в частности... содействовать выполнению им обязанностей по наблюдению за применением положений настоящей конвенции».

<sup>267</sup> Резолюция 1540 (2004) Совета Безопасности, пункт 8 с).

и токсинного оружия и об их уничтожении. В рамках своей деятельности по осуществлению положений резолюции 1540 (2004) Совета Безопасности Комитет занимается систематической компиляцией материалов об имплементационных мерах, предпринятых государствами-членами для реализации так называемой матрицы 1540<sup>268</sup>. Что касается этой матрицы, относящейся к осуществлению Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении, а также Конвенции о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении, то она является источником доказательств последующей практики, когда речь идет об указанных договорах<sup>269</sup>.

## 2. НЕПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ

138. Неправительственные организации могут играть важную роль в подборке материалов по последующей практике, в частности посредством мониторинга соблюдения практики, касающейся того или иного конкретного договора.

139. Например, речь идет об организации «Лендмайнд энд кластер мьюнишн монитор» – совместной инициативе Международной кампании за запрещение наземных мин и Коалиции против кассетных боеприпасов. «Монитор» характеризуется как «де-факто режим контроля»<sup>270</sup> за соблюдением Конвенции о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении и Конвенции по кассетным боеприпасам. Помимо дачи страновых характеристик государств-участников, подписавших сторон, государств, не являющихся участниками, и «других территорий»<sup>271</sup>, «Кластер мьюнишн монитор 2011» выявляет различные вопросы толкования положений Конвенции по кассетным боеприпасам и составляет перечень соответствующих заявлений и практики государств-участников и подписавших сторон. Это касается запрета на оказание помощи и вопросов оперативной совместимости, хранения и транзита на иностранной территории и вопроса о прекращении инвестиций<sup>272</sup>.

140. Пример организации «Лендмайнд энд кластер мьюнишн монитор» свидетельствует о том, что неправительственные организации могут быть источником информации о последующей практике

<sup>268</sup> Согласно информации, содержащейся на веб-странице Комитета 1540, «Матрица 1540 функционирует в качестве основного метода, используемого Комитетом 1540 для обобщения информации относительно осуществления резолюции 1540 Совета Безопасности Организации Объединенных Наций государствами-членами... Комитет 1540 использует матрицы в качестве справочного инструмента для изучения положения в области осуществления резолюции 1540 (2004) Совета Безопасности» (имеется по адресу [www.un.org/en/sc/1540/national-implementation/1540-matrices.shtml](http://www.un.org/en/sc/1540/national-implementation/1540-matrices.shtml)).

<sup>269</sup> См. Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 239.

<sup>270</sup> См. [www.the-monitor.org](http://www.the-monitor.org), Introduction.

<sup>271</sup> *Cluster Munition Monitor 2011*, pp. 59–344.

<sup>272</sup> *Ibid.*, pp. 24–31; эти же интерпретационные вопросы уже были проанализированы в представленных в 2009 и 2010 годах докладах.

государств-участников и даже способствовать ее формированию. Фактически, настоятельно призывая государства представлять свои мнения по ряду вопросов, объем материалов практики, доступных тем, кто занимается толкованием, может быть значительно увеличен. Этот пример также свидетельствует о том, что неправительственные организации могут стремиться к формированию последующей практики, по-своему толкуя оспариваемые положения. В действительности такие организации могут решать свои собственные задачи, которые могут отличаться от целей, преследуемых государствами. Это может привести к определенной предвзятости в их исследованиях, результаты которых необходимо подвергать критическому анализу. Это не исключает того, что примеры из государственной практики, собранные неправительственными организациями, являются ценным источником доказательства наличия последующей практики всех сторон и что это повышает степень транспарентности, что, в свою очередь, как правило, повышает степень соблюдения.

### 3. Особая роль МККК

141. Отдельный случай – это роль, которую МККК играет в отношении Женевских конвенций о защите жертв войны и Дополнительных протоколов к ним. МККК, будучи официально частной, неприбыльной ассоциацией, инкорпорированной согласно швейцарскому внутригосударственному законодательству<sup>273</sup>, играл катализаторскую роль в разработке договоров по вопросам международных стандартов в области прав человека в период после принятия первоначальной Конвенции об улучшении участи раненых в действующих армиях<sup>274</sup>. МККК обладает правосубъектностью по международному праву как субъект, отвечающий за выполнение мандата, которым он был наделен международным сообществом в силу Женевских конвенций о защите жертв войны и Устава Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца<sup>275</sup>. Кроме того, МККК периодически предоставляет интерпретационные ориентиры относительно Женевских конвенций о защите жертв войны и Дополнительных протоколов к ним, и этот мандат проистекает из Устава Движения, принятого на 25-й Международной конференции Красного Креста в Женеве в 1986 году и измененного в 1995 и 2006 годах<sup>276</sup>. Статья 5, пункт 2 г), Устава предусматривает следующее:

Согласно его Уставу роль Международного комитета... заключается, в частности, в том, чтобы:

[...]

<sup>273</sup> Gasser, «International Committee of the Red Cross (ICRC)», para. 20.

<sup>274</sup> *Ibid.*, para. 14.

<sup>275</sup> *Ibid.*, para. 25.

<sup>276</sup> ICRC/IFRC, *Handbook of the International Red Cross and Red Crescent Movement*, 14th ed., Geneva, 2008.

г) *разъяснять\** положения международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов, и распространять знания о нем, а также подготавливать его развитие.

142. В 2009 году, действуя на основании своего мандата<sup>277</sup>, МККК опубликовал справочник по руководящим указаниям о толковании понятия прямого участия в военных действиях с точки зрения международного гуманитарного права<sup>278</sup>. Руководящие указания – это результат «экспертного процесса», проходившего в период с 2003 по 2008 год, в котором участвовали представители ученых, военных, правительственных и неправительственных кругов, причем все они принимали участие в этом процессе в личном качестве, но при этом их анализ явно был основан на государственной договорной и обычной-правовой практике. Руководящие указания содержат 10 рекомендаций с сопроводительным комментарием и «отражают позицию МККК как организации относительно того, каким образом следует толковать нормы международного гуманитарного права»<sup>279</sup>. Сейчас еще слишком рано давать общую оценку значимости этих руководящих указаний, однако было бы интересно узнать об их влиянии на последующую практику государств.

143. В этом контексте государства вновь подтвердили свою роль в области развития норм международного гуманитарного права. В то время как в резолюции 1 31-й Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца 2011 года упоминается, «что одна из важных ролей МККК... заключается, в частности, в том, чтобы "разъяснить положения международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов, и распространять знания о нем"», в ней также подчеркивается «основная роль государств в развитии международного гуманитарного права»<sup>280</sup>. Следует отметить, что МККК преследует цель толкования международного гуманитарного права как такового, а не только положений Женевских конвенций и Дополнительных протоколов<sup>281</sup>. Поэтому различие между последующей практикой государств-участников согласно договорам и общей обычной практикой может быть расплывчатым.

<sup>277</sup> «МККК взял на себя ответственность за формулирование руководящих указаний в качестве нейтральной и независимой гуманитарной организации, которой международное сообщество государств поручило содействовать развитию и углублению понимания международного гуманитарного права», со ссылкой на статью 5, пункт 2 с) и г), Устава Движения.

<sup>278</sup> ICRC, *Interpretive Guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law; for the expert process*, Geneva, 2009.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>280</sup> Резолюция 1 – Укрепление режима правовой защиты жертв вооруженных конфликтов (31-я Международная конференция Красного Креста и Красного Полумесяца, Женева, Швейцария, 28 ноября – 1 декабря 2011 года).

<sup>281</sup> См. ICRC, *Interpretive guidance...* (см. сноски 278 выше), p. 9.

#### **D. Вывод: проект вывода 4**

144. В совокупности эти источники и соображения предполагают следующий проект вывода<sup>282</sup>:

<sup>282</sup> См. предварительный вывод 9) Председателя Исследовательской группы по теме «Договоры сквозь призму времени», *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 206, пункт 344:

«9) *Возможные субъекты соответствующей последующей практики*

Соответствующая последующая практика может состоять из актов всех государственных органов (исполнительных, законодательных и судебных), которые могут быть присвоены государству для цели толкования договора. Подобная практика может в определенных обстоятельствах даже включать "общественную практику" в той мере, насколько она отражена в государственной практике».

*«Проект вывода 4. Возможные субъекты и присвоение последующей практики*

Последующая практика может состоять из актов всех государственных органов, которые могут быть присвоены государству для цели толкования договора.

Последующая практика негосударственных субъектов, включая общественную практику, может учитываться для целей толкования договора в той мере, насколько она отражена или установилась в последующей государственной практике, или в качестве доказательства такой государственной практики».

### ГЛАВА VI

#### **Будущая программа работы**

145. Специальный докладчик предлагает представить на сессии в 2014 году свой второй доклад по вопросу о дальнейших аспектах этой темы, большинство из которых было рассмотрено в его трех докладах для Исследовательской группы по теме «Договоры сквозь призму времени»<sup>283</sup> и которые Исследовательская группа частично обсудила в 2011 и 2012 годах<sup>284</sup>. В 2015 году он планирует

представить третий доклад, в котором он проанализирует практику международных организаций и национальных судов<sup>285</sup>. В 2016 году Специальный докладчик представит заключительный доклад с пересмотренными выводами и комментариями, в частности с учетом хода обсуждений в Комиссии и Шестом комитете.

<sup>283</sup> См. сноски 4, 5 и 10 выше.

<sup>284</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 203–204, пункты 336–341; и *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 88–91, пункты 229–240.

<sup>285</sup> Как это было предусмотрено в первоначальном предложении, см. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), приложение I, стр. 188 и далее, пункты 17, 18, 39 и 42.



## ВРЕМЕННОЕ ПРИМЕНЕНИЕ ДОГОВОРОВ

[Пункт 7 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/664

### Первый доклад по вопросу о временном применении договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Хуаном Мануэлем Гомесом Робледо

[Подлинный текст на английском/испанском языке]  
[3 июня 2013 года]

#### СОДЕРЖАНИЕ

		<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе .....		101
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....		102
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ .....	1–24	103
А. Цель настоящего доклада .....	1–2	103
В. Предыстория вопроса .....	3–6	103
С. Терминология .....	7–24	103
<i>Глава</i>		
I. Цели и целесообразность временного применения .....	25–35	106
А. Безотлагательность .....	27	106
В. Гибкость .....	28–30	106
С. Предусмотрительность .....	31–32	107
D. Переход к предстоящему вступлению в силу .....	33	107
E. Прочие соображения .....	34–35	107
II. Правовой режим временного применения .....	36–52	108
А. Источник обязательств .....	41–42	108
В. Формы волеизъявления .....	43–47	108
С. Формы прекращения .....	48–52	109
III. Выводы и план дальнейшей работы .....	53–55	110

#### Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

*Источник*

Балканский пакт между Грецией, Румынией, Турцией и Югославией (Афины, 9 февраля 1934 года)

League of Nations, *Treaty Series*,  
vol. CLIII, No. 3514, p. 153.

Заключительный акт Международной конференции здравоохранения, Соглашение, заключенное правительствами, представленными на Конференции (Нью-Йорк, 22 июля 1946 года)

United Nations, *Treaty Series*, vol. 9,  
No. 125, p. 3.

## Источник

- Соглашение о временном применении проектов международных таможенных конвенций о частном туристическом движении, о перевозочных средствах, служащих для коммерческих целей, и о международных дорожных перевозках (Женева, 16 июня 1949 года) *Ibid.*, vol. 45, No. 696, p. 149.
- Конвенция относительно разработки Европейской фармакопеи (Страсбург, 22 июля 1964 года) *Ibid.*, vol. 1286, No. 21200, p. 69.
- Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года) *Ibid.*, vol. 1155, No. 18232, p. 417.
- Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года) *Ibid.*, vol. 1834, No. 31363, p. 179.
- Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вена, 21 марта 1986 года) A/CONF.129/15.
- Конвенция о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации (Вена, 26 сентября 1986 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1457, No. 24643, p. 177.
- Конвенция об оперативном оповещении о ядерной аварии (Вена, 26 сентября 1986 года) *Ibid.*, vol. 1439, No. 24404, p. 305.
- Договор об обычных вооруженных силах в Европе и Протокол о временном применении некоторых положений Договора об обычных вооруженных силах в Европе (Париж, 19 ноября 1990 года) *Ibid.*, vol. 2443, No. 44001, p. 6.
- Договор по открытому небу (Хельсинки, 24 марта 1992 года) *Бюллетень международных договоров*, М., Юридическая литература, 2002, № 4, стр. 3.
- Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года (Нью-Йорк, 28 июля 1994 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1836, No. 31364, p. 88.
- Договор к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 года) *Ibid.*, vol. 2080, No. 36116, p. 416.
- Конвенция о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении (Осло, 18 сентября 1997 года) *Ibid.*, vol. 2056, No. 35597, p. 266.
- Договор о торговле оружием (Нью-Йорк, 28 марта 2013 года) A/CONF.219/2013/L.3. Официально заверенная копия размещена на веб-сайте United Nations Treaty Collection («Собрание договоров Организации Объединенных Наций»), <http://treaties.un.org>, в разделе «Certified true copies of multilateral treaties deposited with the Secretary-General».

## Работы, цитируемые в настоящем докладе

- AUST, Anthony  
*Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- BARTELS, Lorand  
«Withdrawing provisional application of treaties: Has the EU made a mistake?», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. I, No. 1, 2012, pp. 112–118.
- DALTON, Robert E.  
«Provisional application of treaties», в Duncan B. Hollis, ed., *The Oxford Guide to Treaties*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 220–247.
- GESLIN, Albane  
*La mise en application provisoire des traités*. Paris, Pedone, 2005.
- KRIEGER, Heike  
«Article 25», в Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds., *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*. Heidelberg, Springer, 2012, pp. 407–421.
- LEFEBER, René  
«Treaties, provisional application», в Rüdiger Wolfrum, ed., *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- MATHY, Denise  
«Article 25», в Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 639–654.
- QUAST MERTSCH, Anneliese  
*Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*. Leiden, Brill, 2012.
- ROGOFF, Marvin A. and Barbara E. GAUDITZ  
«The provisional application of international agreements», *Maine Law Review*, vol. 39 (1987), pp. 29–81.
- TREVES, Tullio  
«L'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les conditions de son universalisme», *AFDI*, vol. XXXIX, 1993, pp. 850–873.
- VILLIGER, Mark E.  
*Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden and Boston, Martinus Nijhoff, 2009.

## Введение

### А. Цель настоящего доклада

1. В настоящем первом докладе по вопросу о временном применении договоров ставится 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. Отправной точкой анализа временного применения, безусловно, является статья 25 Венской конвенции о праве международных договоров (далее «Венская конвенция 1969 года»).

2. Поскольку цель настоящего доклада заключается в том, чтобы определить, какие темы нужно будет более подробно рассмотреть в последующих докладах и вынести на рассмотрение Комиссии международного права, мы предполагаем ограничиться систематизацией некоторых общих положений, касающихся концепции временного применения договоров, чтобы определить прежде всего основные параметры временного применения, которые могут отвечать потребностям государств и быть полезными в условиях динамичного развития международных отношений.

### В. Предыстория вопроса

3. Тема временного применения договоров была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестьдесят третьей сессии в 2011 году<sup>1</sup>. На этой сессии г-н Джорджо Гая представил документ, в котором излагались некоторые правовые проблемы, возникшие в связи с временным применением договоров<sup>2</sup>.

4. В ходе своей шестьдесят четвертой сессии в 2012 году Комиссия постановила включить эту тему в свою программу работы и назначить соответствующего специального докладчика. После этого только что назначенный Специальный докладчик провел неофициальные консультации с членами Комиссии, чтобы начать обсуждение вопросов, которые могут иметь отношение к рассмотрению этой темы, и представил устный доклад по итогам состоявшихся консультаций. После этого Комиссия постановила просить Секретариат подготовить меморандум о предыдущей работе Комиссии над этой темой в контексте ее работы по праву международных договоров и о подготовительной работе по Венской конвенции 1969 года<sup>3</sup>. Специальный докладчик хотел бы выразить свою глубочайшую признательность Секретариату за подготовку указанного меморандума<sup>4</sup>, в котором прослеживается история правового рассмотрения положения, сформулированного в статье 25 Венской конвенции 1969 года, а также приводится весьма полезный анализ некоторых вопросов

существа, возникающих в связи с этой темой. Кроме того, Специальный докладчик хотел бы отметить, что при подготовке настоящего доклада он широко использовал материалы обсуждений, состоявшихся в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе рассмотрения доклада Комиссии о работе ее шестьдесят четвертой сессии.

5. Статья 25 Венской конвенции 1969 года является результатом обсуждений, которые проходили в Комиссии начиная с 50-х годов прошлого столетия. История изучения правовых аспектов этой статьи имеет большое значение для рассмотрения настоящей темы. Как указывается в предыдущем пункте, Секретариат подготовил меморандум, в котором кратко описывались как исторические аспекты, так и вопросы существа, рассматривавшиеся в Комиссии в процессе разработки статьи 25. Специальный докладчик считает нецелесообразным приводить в настоящем докладе резюме исследования, проведенного Секретариатом, и отсылает читателя к меморандуму, в котором можно ознакомиться с предысторией рассматриваемой темы.

6. Кроме того, на данном этапе изучения этой темы Специальный докладчик не считает необходимым рассматривать юридический аспект разработки статьи 25 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 года. Вместе с тем не исключено, что в дальнейшем к этому вопросу придется вернуться.

### С. Терминология

7. Рассмотрение вопроса о временном применении договоров следует начать с различий между терминами «временное применение» и «временное вступление в силу», которые не являются синонимами и выражают различные правовые понятия.

8. Тема о временном вступлении в силу была официально предложена Специальным докладчиком сэром Хамфри Уолдоком в контексте вопросов, касающихся порядка и даты вступления в силу договоров и наступления правовых последствий их вступления в силу<sup>5</sup>. Вместе с тем Редакционный комитет принял решение охватить эти аспекты в одной статье под названием «Временное вступление в силу»<sup>6</sup>, которая была принята Комиссией в первом чтении в качестве проекта статьи 24<sup>7</sup>. В ходе обсуждения этого проекта статьи во втором чтении г-н Поль Рейтер отметил, что выражение «временное вступление в силу» является некорректным, и предложил заменить его термином

<sup>1</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 211, пункт 365.

<sup>2</sup> Там же, стр. 237, приложение III.

<sup>3</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 76, пункт 143.

<sup>4</sup> Документ A/CN.4/658, воспроизводится в настоящем томе.

<sup>5</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том II, документ A/CN.4/144, стр. 68–71 англ. текста.

<sup>6</sup> Там же, том I, 668-е заседание, стр. 259 англ. текста, пункты 37–40.

<sup>7</sup> Там же, том II, стр. 161 и далее англ. текста, документ A/5209, пункт 23.

«временное применение»<sup>8</sup>. Тем не менее Комиссия решила сохранить термин «временное вступление в силу» и в 1965 году приняла с некоторыми изменениями по сравнению с предыдущим текстом проект статьи 24<sup>9</sup> следующего содержания:

1. Договор может вступить в силу временно, если:

a) в самом договоре установлено, что он вступает в силу временно до ратификации, присоединения, принятия или утверждения договаривающимися государствами; или

b) договаривающиеся государства договорились об этом каким-либо иным образом.

2. То же правило применяется к временному вступлению в силу части договора.

9. Комиссия приняла этот проект статьи под новым номером 22 во втором чтении<sup>10</sup>.

10. В числе высказанных замечаний по этому проекту статьи интересно отметить заявление, отражающее позицию таких государств как Нидерланды, которые высказали мнение о том, что сформулированная концепция может порождать лишь не имеющее обязательной силы согласие на временное вступление в силу, действие которого государства могли бы свободно приостанавливать<sup>11</sup>. Это свидетельствует о том, что правовые последствия временного вступления договоров в силу являются по меньшей мере неочевидными.

11. Вместе с тем в ходе Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров обсуждалось представленное Югославией и Чехословакией предложение о внесении поправки с целью замены фразы «временное вступление в силу» термином «временное применение». Ряд делегаций поддержали идею о том, что следует проводить разницу между понятиями «временное применение»<sup>12</sup> и «временное вступление в силу». Италия выступила в поддержку такой замены, указав, что это позволит избежать путаницы между просто применением, которое является вопросом практики, и временным вступлением в силу, т. е. формальной правовой концепцией<sup>13</sup>.

12. Кроме того, Франция и Япония высказали опасения по поводу того, что понятие временного вступления в силу не имеет четкого правового определения.

<sup>8</sup> *Ежегодник... 1965 год*, том I, стр. 106 англ. текста, 790-е заседание, пункт 75.

<sup>9</sup> Там же, том II, стр. 159 англ. текста, документ A/6009, пункт 29.

<sup>10</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 177 англ. текста, документ A/6309/Rev.1, пункт 38.

<sup>11</sup> Там же, стр. 279 англ. текста и далее, приложение.

<sup>12</sup> См. комментарии Швейцарии и Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March–24 May 1968* (United Nations publication, Sales No. E.68.V.7), A/CONF.39/11, краткие отчеты о заседаниях Комитета полного состава, 26-е заседание, пункты 46–50.

<sup>13</sup> *Ibid.*, стр. 142 англ. текста, пункт 43.

Япония также высказала сомнения в отношении того, что практика позволит сформировать четкую правовую концепцию, а Франция указала, что наличие соответствующей практики требует включения в Конвенцию положения о том, что государства могут договориться о временном вступлении в силу договора<sup>14</sup>.

13. Израиль указал, что речь идет не о применении договора, а, скорее, о его вступлении в силу, и заявил о необходимости конкретно указать, что слово «временное» касается времени, а не порожаемых правовых последствий<sup>15</sup>.

14. С другой стороны, интересно отметить, что Договорная секция Управления по правовым вопросам в документе *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties* («Изложение практики Генерального секретаря в качестве депозитария многосторонних договоров»)<sup>16</sup>, опубликованном в 1994 году, комплексно рассматривает вопросы, касающиеся временного применения и временного вступления в силу договоров, в связи с чем складывается впечатление о том, что для Секретариата Организации Объединенных Наций, по крайней мере в то время, эти правовые концепции были равнозначными.

15. Вместе с тем, по мнению Ауста, «такое взаимозаменяемое применение этих терминов порождает путаницу и может создавать ошибочное впечатление о том, что договор был действительно введен в действие, хотя и с некоторыми оговорками»<sup>17</sup>.

16. Нет никакого сомнения в том, что взаимозаменяемое использование обоих терминов создает путаницу в вопросах сферы применения и смысла понятия временного применения договоров. Представьте себе, что произойдет, если национальные органы власти, отвечающие за осуществление того или иного договора, не будут знать, порождает ли временное применение правовые последствия. Такая неопределенность может возникнуть и в вопросе о необходимости принятия всех соответствующих мер для ратификации договора, участники которого договорились о его временном применении.

17. Следует отметить, что минимальные нормы по этому вопросу изложены в статье 25 Венской конвенции 1969 года, которая сформулирована следующим образом:

#### *Временное применение*

1. Договор или часть договора применяются временно до вступления договора в силу, если:

<sup>14</sup> *Ibid.*, стр. 141–142 англ. текста, пункты 39–41 и 45.

<sup>15</sup> *Ibid.*, стр. 142 англ. текста, пункт 44.

<sup>16</sup> United Nations publication, Sales No. E.94.V.15, document ST/LEG/7/Rev.1, paras. 237–241.

<sup>17</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 139.



a) это предусматривается самим договором; или

b) участвовавшие в переговорах государства договорились об этом каким-либо иным образом.

2. Если в договоре не предусматривается иное или участвовавшие в переговорах государства не договорились об ином, временное применение договора или части договора в отношении государства прекращается, если это государство уведомит другие государства, между которыми временно применяется договор, о своем намерении не стать участником договора.

18. Критики этой статьи считают, что она сложна для понимания<sup>18</sup> и недостаточно четко сформулирована с правовой точки зрения<sup>19</sup>. Вместе с тем высказываются мнения и том, что статья 25 «содержит положения технического характера, на основе которых государства могут осуществлять процесс временного применения того или иного договора»<sup>20</sup>.

19. Хотя в некоторых случаях высказывались мнения о том, что указанная статья является основой для «временного вступления в силу» договора, в этой статье прямо говорится о временном применении договора и ни слова не сказано о его вступлении в силу.

20. Правовой режим определяется, с одной стороны, тем, какой смысл государства вкладывают в эту концепцию, а с другой – тем, в каких выражениях формулируются положения о временном применении в том или ином договоре и, в соответствующих случаях, в отдельном соглашении.

21. Поскольку статья 25 Венской конвенции 1969 года предполагает субсидиарное применение, а также в связи с отсутствием единообразных правил в этом вопросе, характер и масштабы временного применения договора зависят в значительной мере от того, каким образом этот вопрос регулируется в самом договоре, подлежащем временному применению. В некоторых случаях соответствующий режим определяется конкретным положением<sup>21</sup>, а в других – этот вопрос регулируется гораздо более сложно и подробно и может даже предусматривать разработку специального режима<sup>22</sup>. Все эти аспекты порождают различные вопросы толкования и сферы применения временного применения договоров. Вместе с тем существуют и некоторые общие элементы, которые могут послужить отправной точкой для определения возможных правовых последствий этой концепции и которые мы перечислим ниже.

<sup>18</sup> Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, p. 111.

<sup>19</sup> Rogoff and Gauditz, «The provisional application of international agreements», p. 41.

<sup>20</sup> Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, p. 22.

<sup>21</sup> Конвенция о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении, статья 18; Договор о торговле оружием, статья 23.

<sup>22</sup> Договор к Энергетической хартии, статья 45; Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года, статья 7.

22. Например, не претендуя на разработку исчерпывающей классификации, можно определить некоторые характеристики самых различных ситуаций, возникающих на практике:

a) в некоторых договорах предусматривается необходимость принятия конкретного акта о согласии на временное применение такого договора, а в других полностью отсутствуют какие-либо положения на этот счет;

b) в некоторых случаях может делаться добровольное заявление одностороннего характера, однако могут также делаться заявления с участием двух или более договаривающихся сторон;

c) в ряде случаев заявление о согласии на временное применение может приниматься на момент подписания, а в других – при депонировании документа о ратификации, присоединении или принятии;

d) в отдельных случаях временное применение ограничивается лишь определенными положениями договора;

e) в других – временное применение может прекращаться в момент вступления в силу самого договора, хотя это может происходить при вступлении в силу договора в отношении государства, которое приняло решение применять его на временной основе;

f) возможны также случаи, когда положением о временном применении требуется или предусматривается какое-либо волеизъявление государств о последующей ратификации договора.

23. Вместе с тем можно вычленить и некоторые общие элементы, которые лягут в основу определения правовых последствий временного применения договоров:

a) во всех случаях требуется наличие четкого волеизъявления государства относительно временного применения договора;

b) в целом считается, что временное применение является переходным механизмом, используемым до вступления договора в силу, хотя ничто не мешает считать, что эта концепция может также носить для государства обязательный характер на неопределенный период времени после вступления договора в силу, если это определяется волей сторон.

24. В настоящем докладе мы приведем ссылки на некоторые конкретные случаи, отражающие элементы, описанные в предыдущем пункте. Мы не стремимся перечислить все такие ситуации, а хотели бы лишь привести примеры целого ряда возможностей, которые открывает практика государств в этой сфере.

## ГЛАВА I

## Цели и целесообразность временного применения

25. Цель временного применения заключается в придании незамедлительных последствий всем или некоторым субстантивным положениям договора, не дожидаясь завершения процесса его введения в действие и результатов выполнения официальных требований для вступления в силу, предусмотренных в договоре<sup>23</sup>. В частности, речь идет о механизме, который позволяет государствам обеспечивать наступление правовых последствий договора путем применения его положений к некоторым актам, событиям или ситуациям, до вступления договора в силу<sup>24</sup>. В свою очередь, под этой концепцией понимают «применение и обязательное соблюдение положений договора до его вступления в силу»<sup>25</sup>, а также «упрощенную форму обеспечения применения договора или его части в течение определенного периода времени»<sup>26</sup>.

26. Ниже рассматриваются некоторые основные мотивы, которые могут побудить государства прибегнуть к временному применению договоров.

## А. Безотлагательность

27. В ходе Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров Румыния и Венесуэла обратили особое внимание на то, что такое положение необходимо в ситуациях, требующих принятия безотлагательных мер<sup>27</sup>. Такие ситуации возникали, например, в случае договоров, касающихся прекращения боевых действий<sup>28</sup>. Именно такие требования предъявлялись к положениям Балканского пакта 1934 года между Грецией, Румынией, Турцией и Югославией или Московского мирного договора между Союзом Советских Социалистических Республик и Финляндией 1940 года<sup>29</sup>. Кроме того, необходимость принятия положений о временном применении имеет большое значение в случае стихийных бедствий. В Конвенции об оперативном оповещении о ядерной аварии и Конвенции о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации содержатся прямые положения об их временном применении. Эти конвенции были заключены после аварии на Чернобыльской атомной электростанции в 1986 году. Другие требующие принятия безотлагательных мер случаи, на которые ссылалась Комиссия

в ходе своей работы, касаются договоров по торговым или таможенным вопросам<sup>30</sup>.

## В. Гибкость

28. В ходе Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров разные делегации говорили о том, что положение, касающееся временного применения, является отражением все более широкой практики государств в этой сфере<sup>31</sup>. Например, делегации Коста-Рики и Италии заявили, что это положение позволит придать необходимую гибкость договорному режиму<sup>32</sup>.

29. Вопрос об обеспечении такой гибкости договорного режима можно решать различными способами. В Комиссии г-н эль-Эриан указал, что она могла бы внести свой вклад в решение вопроса, который рассматривается в том или ином договоре и требует принятия безотлагательных мер, если возникают ситуации, когда осуществление этого договора имеет большое политическое значение, или в ситуациях, когда необходимо избежать длительных процессов, предусматриваемых конституционными требованиями государств в отношении утверждения договоров<sup>33</sup>.

30. Гибкость, которую обеспечивает временное применение договора, также может иметь различные последствия. В этой связи Геслин высказывает мнение о том, что временное применение может использоваться для модификации положений договора, не прибегая к процедуре внесения поправок<sup>34</sup>. Далтон же указывает, что временное применение, «как правило, используется в тех случаях, когда подписавшие государства соглашаются... применять положения [договора], однако хотят сделать это до завершения необходимых в соответствии с их внутренним законодательством процедур для официального вступления

<sup>30</sup> Ежегодник... 1959 год, том I, 487-е заседание, стр. 36 англ. текста, пункт 37.

<sup>31</sup> *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session* (сноска 12 выше), 26-е заседание, заявления Венесуэлы (пункты 29 и 31), Израиля (пункт 44), Франции (пункт 45), Швейцарии (пункт 46) и Соединенного Королевства (пункт 48); и 27-е пленарное заседание, заявления Камбоджи (пункт 4) и Румынии (пункт 5); а также *ibid.*, *Second Session, Vienna, 9 April–22 May 1969* (United Nations publication, Sales No. E.70.V.6), *Summary records of the plenary meetings*, 11-е пленарное заседание, заявления Греции (пункт 73), Италии (пункт 83) и Польши (пункт 87).

<sup>32</sup> *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session* (сноска 31 выше), 11-е пленарное заседание, Коста-Рика (пункт 82) и Италия (пункты 83–84).

<sup>33</sup> Ежегодник... 1965 год, том I, 790-е заседание, стр. 107–108 англ. текста, пункт 96.

<sup>34</sup> Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, p. 32. Относительно временного применения в контексте Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву см. Treves, «L'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les conditions de son universalisme», p. 869.

<sup>23</sup> Mathy, «Article 25», p. 640.

<sup>24</sup> См. Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*, p. 22.

<sup>25</sup> Lefebvre, «Treaties, provisional application», p. 1, para. 1.

<sup>26</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 354.

<sup>27</sup> *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session* (сноска 12 выше), 27-е заседание, пункт 5; и 26-е заседание, пункт 29, соответственно.

<sup>28</sup> Krieger, «Article 25», p. 408.

<sup>29</sup> Подписан в Москве, 12 марта 1940 года, AJIL, vol. 34 (1940) (Supplement), p. 127.

договора в силу. Таким образом, соглашения, заключенные по упрощенной форме (т. е. вступающие в силу исключительно после их подписания), не подлежат временному применению»<sup>35</sup>.

### С. Предусмотрительность

31. Государства могут соглашаться на временное применение договоров в тех случаях, когда они заключают весьма важные политические соглашения и хотели бы быть уверенными в том, что в процессе ратификации договаривающиеся стороны не изменят своего намерения обеспечить вступление в силу соответствующего договора<sup>36</sup>. Кригер в качестве примера такой ситуации приводит Протокол о временном применении некоторых положений Договора об обычных вооруженных силах в Европе 1990 года, Договор об открытом небе 1992 года и Договор между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о дальнейшем сокращении и ограничении стратегических наступательных вооружений 1993 года (СНВ-2)<sup>37</sup>. Лефебер, со своей стороны, указывает, что «стремление к принятию мер укрепления доверия, особенно в экономической сфере, как правило, лежит в основе принятия положений о временном применении»<sup>38</sup>. Таким примером является статья 23 Договора о торговле оружием<sup>39</sup>. С другой стороны, важность правовых благ, защищаемых соответствующим договором, может побудить государство рассмотреть вопрос о временном применении этого договора. Например, при ратификации Конвенции о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении Австрия, Маврикий, Швейцария, Швеция и Южная Африка сделали заявления о ее временном применении по гуманитарным соображениям<sup>40</sup>.

32. В этом же контексте, вероятно, можно упомянуть Договор о торговле оружием или Соглашение о морских границах между Кубой и Соединенными Штатами<sup>41</sup>. В последнем случае существует соглашение о временном применении, которое неоднократно возобновлялось<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> Dalton, «Provisional application of treaties», p. 221.

<sup>36</sup> Krieger, «Article 25», p. 409.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Lefeber, «Treaties, provisional application», p. 1, para. 2.

<sup>39</sup> «Временное применение. Любое государство может при подписании или сдаче на хранение своего документа о ратификации, принятии, утверждении или присоединении заявить о том, что оно будет на временной основе применять статью 6 и статью 7 до вступления настоящего Договора в силу для этого государства».

<sup>40</sup> Andrew Michie, «The provisional application of arms control treaties», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10, No. 3 (2005), p. 362, цитируется в Krieger, «Article 25», p. 409. См. также *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, status as at 1 April 2009* (United Nations publication, Sales No. E.09.V.3), ST/LEG/SER.E/26, chap. XXVI.5.

<sup>41</sup> Соглашение о морских границах между Республикой Куба и Соединенными Штатами Америки (16 декабря 1977 года), статья V, ILM, vol. XVII, No. 1, January 1978, p. 110.

<sup>42</sup> Соглашения между Кубой и Соединенными Штатами Америки о продлении срока временного применения Соглашения от 16 декабря 1977 года, заключенные в форме обмена нотами в Гаване и Вашингтоне, подписанные 27–28 декабря 1979 года, 16 и 28 декабря 1981 года, 27 и 30 декабря 1983 года и 3 декабря

### Д. Переход к предстоящему вступлению в силу

33. Некоторые специалисты по праву международных договоров рассматривают другие мотивы, лежащие в основе временного применения. В числе основных таких мотивов можно назвать стремление заполнить правовые лакуны между соответствующими договорными режимами<sup>43</sup>. В данном случае примером является статья 7 Соглашения об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года. Положение о временном применении, содержащееся в указанной статье, объясняется стремлением обеспечить осуществление Части XI до вступления в силу Конвенции при условии получения необходимых документов о ратификации<sup>44</sup>.

### Е. Прочие соображения

34. Кроме того, временное применение договоров осуществляется в тех случаях, когда необходимо обеспечить их эффективное осуществление до завершения конституционных процессов, необходимых для их ратификации и вступления в силу. Считается, что это является одним из стимулов для содействия ратификации<sup>45</sup>. В ходе Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров Румыния заявила, что временное применение является одним из механизмов, который позволяет избежать задержек, связанных с ратификацией, утверждением или принятием<sup>46</sup>. Малайзия отметила, что временное применение договора целесообразно в тех случаях, когда ставится задача избежать задержек, связанных с выполнением традиционных национальных процедур<sup>47</sup>. Иными словами, в некоторых случаях преимущества, обеспечиваемые временным применением, рассматриваются с учетом их возможных последствий на национальном уровне, а международно-правовые последствия отходят на второй план.

35. В этом смысле представляется актуальной современная практика Европейского союза<sup>48</sup>. Вместе с тем следует отметить, что некоторые его члены выступают за осторожный подход в этом вопросе. Например, Греция указала, что временное применение договоров может повлечь за собой коллизии между международным правом и внутренним законодательством<sup>49</sup>. В аналогичном ключе выступили Венесуэла, Вьетнам, Малайзия, Соединенные Штаты и Швейцария<sup>50</sup>. Кроме того, высказывались мнения о

1985 года (*United States Treaties and Other International Agreements*, vol. 32, part one, p. 840; vol. 33, part four, p. 4652; and vol. 35, part four, pp. 4150 and 11228, respectively).

<sup>43</sup> Lefeber, «Treaties, provisional application», p. 1, para. 2.

<sup>44</sup> Krieger, «Article 25», p. 410.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 408.

<sup>46</sup> *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session* (сноска 12 выше), 27-е заседание, пункт 7.

<sup>47</sup> *Ibid.*, пункт 7.

<sup>48</sup> Bartels, «Withdrawing provisional application of treaties: Has the EU made a mistake?», p. 118.

<sup>49</sup> *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session* (сноска 31 выше), 11-е заседание, пункт 73.

<sup>50</sup> *Ibid.*, *First Session* (сноска 12 выше), 26-е заседание, пункты 26, 30, 46 и 51; и 27-е заседание, пункт 7, соответственно.

том, что временное применение договора позволяет обойти требования национального законодательства относительно его утверждения и последующей ратификации или же избежать внутривнутриполитических ситуаций, связанных с тем, что этот договор, возможно, придется вынести на рассмотрение соответствующего

законодательного органа. Примером такой ситуации и соответствующих проблем является Соглашение о морских границах между Кубой и Соединенными Штатами 1977 года<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> См. пункт 32 выше.

## ГЛАВА II

### Правовой режим временного применения

36. Как отмечалось в начале настоящего доклада, хотя статьей 25 Венской конвенции 1969 года определяются общие рамки регулирования временного применения договоров, она не устанавливает всего правового режима, применимого в этой сфере. Основополагающий правовой режим, регулирующий временное применение, будет специально определен в договоре, предусматривающем такое применение, в той форме, которая будет согласована договаривающимися сторонами.

37. Ясно, что временное применение договоров имеет правовые последствия как с точки зрения национального законодательства, так и с точки зрения международного права. Соглашение о временном применении, как и любое другое соглашение между государствами, порождает международно-правовые последствия<sup>52</sup>. Вместе с тем, поскольку эта тема заслуживает подробного рассмотрения, мы решили отложить анализ правовых последствий до более позднего времени, когда мы смогли бы, если в этом возникнет необходимость и если этим заинтересуется Комиссия, рассмотреть вопрос о таких последствиях с точки зрения режима международной ответственности государств.

38. Следует отметить, что в *Руководстве по международным договорам*, подготовленном Договорной секцией Управления по правовым вопросам, по вопросу о временном применении говорится следующее:

Государства временно применяют вступившие в силу договоры, когда в соответствии с положениями этих договоров они в одностороннем порядке обязываются временно выполнять договорные обязательства, даже если еще не до конца соблюдены требования их внутренней процедуры в отношении международной ратификации, утверждения, принятия договоров или присоединения к ним. Государство в таких случаях обычно намеревается ратифицировать, утвердить, принять договор или присоединиться к нему сразу же после выполнения всех требований внутренней процедуры... И наоборот, на государство, выразившее свое согласие на обязательность какого-либо договора путем ратификации, утверждения, принятия, присоединения или окончательного подписания, распространяется действие положений о выходе из договора и его денонсации, присутствующих в самом договоре, о чем пойдет речь в разделе 4.5 [*Руководства по международным договорам*] (см. статьи 54 и 56 Венской конвенции 1969 года)<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Mathy, «Article 25», p. 652.

<sup>53</sup> *Руководство по международным договорам* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.02.V.2), стр. 12–13, раздел 3.4.

39. Интересно отметить, что согласно такому подходу государство временно применяет договор, уже вступивший в силу, по крайней мере для этого конкретного государства. Вместе с тем, как уже говорилось, обычно предполагается, что режим, закрепленный в статье 25 Венской конвенции 1969 года, будет регулировать временное применение договора, который еще не вступил в силу.

40. Ниже приводится анализ некоторых процедур, вытекающих из практики государств.

#### А. Источник обязательств

##### 1. Договорное положение

41. Примеры такого подхода содержатся в статье 7 Протокола о временном применении некоторых положений Договора об обычных вооруженных силах в Европе и статье 10 Соглашения между Бельгией и Францией об отказе от двойного налогообложения в отношении налогов на капитал 1947 года<sup>54</sup>.

##### 2. Отдельное соглашение по договору

42. Временное применение какой-либо части договора может регулироваться отдельным соглашением, отличным от самого договора. Примеры такого подхода содержатся в Соглашении об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года, Соглашении о временном применении проектов международных таможенных конвенций о частном туристическом движении, о перевозочных средствах, служащих для коммерческих целей, и о международных дорожных перевозках, а также Заключительном акте Международной конференции здравоохранения, Соглашении, заключенном правительствами, представленными на Международной конференции здравоохранения.

#### В. Формы волеизъявления

43. Как в случаях принятия соответствующего положения, так и в тех случаях, когда стороны заключают отдельные соглашения, принимаемые государствами обязательства о временном применении договора или

<sup>54</sup> Подписано в Париже 29 декабря 1947 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 46, No. 704, p. 111).

его части вытекают из недвусмысленного волеизъявления государства, имплицитного или эксплицитного, поскольку такое волеизъявление является источником возникновения соответствующих международных обязательств.

44. Вместе с тем некоторые специалисты считают, что в зависимости от того, как формулируются положения о временном применении, согласие государств может вызывать сомнения<sup>55</sup>. С одной стороны, могут применяться простые формулировки, т. е. не предусматривающие никакого специального порядка в отношении временного применения<sup>56</sup>. С другой стороны, существуют положения, предусматривающие возможность временного применения в той мере, в какой оно не противоречит внутреннему законодательству государств<sup>57</sup>. Хотя в настоящем докладе не рассматривается вопрос о внутреннем законодательстве, следует отметить, что для целей настоящего раздела такое условие не имеет значения, если согласие государств является неподдельным и если государство в установленном порядке заявило о своем намерении временно применять соответствующий договор. Следует отметить, что в принципе внутреннее законодательство не является препятствием для временного применения<sup>58</sup>. Безусловно, нужно указать, что если те или иные аспекты не рассматриваются в конкретном режиме временного применения соответствующего договора, то они регулируются положениями Венской конвенции 1969 года.

### 1. ЭКСПЛИЦИТНОЕ ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЕ

45. Хотя стороны могут заявить о своем намерении временно применять тот или иной договор<sup>59</sup>, они также могут выступить и с негативным заявлением, т. е. прямо указать, что временное применение договора не допускается<sup>60</sup>.

46. Статья 45 Договора к Энергетической хартии гласит:

2. *a)* Независимо от пункта 1) любая подписавшая сторона может при подписании сделать депозитария заявление о том, что она не может согласиться с временным применением. Обязательство, содержащееся в пункте 1), не должно применяться к подписавшей стороне, сделавшей такое заявление. Любая такая

<sup>55</sup> См. Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*, pp. 198–199.

<sup>56</sup> Например, «настоящее соглашение может применяться временно с 1 января 2006 года» в Соглашении между правительством Королевства Нидерланды и правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о транспортировке природного газа по трубопроводу между Королевством Нидерланды и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии, подписанном в Гааге, 21 марта 2005 года (*United Nations, Treaty Series*, vol. 2398, No. 43316), статья 20, пункт 2.

<sup>57</sup> Например, Конвенция относительно разработки Европейской фармакопеи, статья 17: «До вступления в силу настоящей Конвенции в соответствии с положениями статьи 11 государства, подписавшие Конвенцию, договорились, с тем чтобы избежать любого промедления в выполнении настоящей конвенции, выполнять ее временно, начиная со дня подписания, в соответствии со своими конституционными принципами\*».

<sup>58</sup> Mathy, «Article 25», p. 646.

<sup>59</sup> Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года (1994 год), статья 7, пункт 1 *c*).

<sup>60</sup> Там же, статья 7, пункт 1 *b*).

подписавшая сторона может в любое время отозвать это заявление путем письменного уведомления, направленного депозитария.

## 2. ИМПЛИЦИТНОЕ ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЕ

47. Соглашение 1994 года об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года является примером имплицитного принятия. Пункт 1 *a)* статьи 7 этого соглашения гласит:

### *Временное применение*

1. Если настоящее соглашение не вступит в силу 16 ноября 1994 года, то до его вступления в силу оно применяется временно:

*a)* государствами, согласившимися на его принятие на Генеральной Ассамблее Организации Объединенных Наций, за исключением тех из них, которые до 16 ноября 1994 года письменно уведомят депозитария о том, что они не будут применять Соглашение в таком порядке, или о том, что они согласятся на такое применение только после последующего подписания или письменного уведомления.

## С. Формы прекращения

48. За исключением тех случаев, когда временное применение прекращается естественным путем с вступлением в силу соответствующего документа, прекращение также зависит от волеизъявления государств в соответствии со статьей 25, пункт 2, Венской конвенции 1969 года.

### 1. ОДНОСТОРОННЕЕ УВЕДОМЛЕНИЕ

49. В *Руководстве по международным договорам*, подготовленном Управлением по правовым вопросам, отражено общее правило, кодифицированное в статье 25, пункт 2, Венской конвенции 1969 года: «Если в договоре не обусловлено иное, государство имеет право в одностороннем порядке и в любой момент прекратить такое временное применение (см. статью 25 Венской конвенции 1969 года)»<sup>61</sup>.

50. В статье 45 Договора к Энергетической хартии также предусматривается возможность прекращения временного применения, если государство заявляет о своем намерении не становится стороной договора:

3. *a)* Любая подписавшая сторона может прекратить временное применение настоящего Договора путем письменного уведомления депозитария о своем намерении не становиться договаривающейся стороной Договора. Прекращение временного применения для любой подписавшей стороны вступает в силу по истечении шестидесяти дней с даты получения депозитарием письменного уведомления такой подписавшей стороны.

### 2. ПО ДОГОВОРЕННОСТИ СТОРОН

51. В статье 7, пункт 3, Соглашения об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года предусматривается:

Временное применение прекращается с даты вступления настоящего Соглашения в силу. В любом случае временное применение прекращается 16 ноября 1998 года, если к этой дате не будет

<sup>61</sup> *Руководство по международным договорам* (сноска 53 выше), раздел 3.4.

выполнено изложенное в пункте 1 статьи 6 требование о том, чтобы согласие на обязательность для себя настоящего Соглашения дали по крайней мере семь государств (из которых по крайней мере пять должны быть развитыми государствами) из числа упомянутых в пункте 1 а) резолюции II.

52. Интересно отметить, что, согласно процитированной статье, для прекращения временного применения соглашения не требуется принятия какого-либо акта или заявления со стороны государства, а требуется лишь наступление указанного срока.

### ГЛАВА III

#### Выводы и план дальнейшей работы

53. Соображения и замечания, изложенные в настоящем первом докладе, позволяют сформулировать следующие тезисы:

а) применение концепции временного применения договоров не носит единообразного и согласованного характера, из чего можно сделать вывод о том, что государства не знают всех возможностей этой концепции;

б) рассмотренные примеры практики, безусловно, свидетельствуют о том, что при определенных обстоятельствах временное применение договоров может использоваться для достижения целей соответствующего договора или его частей;

с) многообразие ситуаций в сфере договорных отношений между государствами требует более подробного рассмотрения вопросов практики государств хотя бы в целях изучения наиболее характерных примеров того, как этот вопрос регулируется во внутреннем законодательстве;

д) как и в случае любого режима, регулируемого международным правом, необходимо рассмотреть вопрос о том, существуют ли процедурные требования, которые необходимо выполнить для того, чтобы прибегнуть ко временному применению договоров;

е) следует рассмотреть вопрос о том, какая взаимосвязь существует между статьей 25 и другими

положениями Венской конвенции 1969 года, а также взаимосвязь с другими нормами международного права;

ф) и наконец, если говорить о том, что временное применение договоров порождает те или иные правовые последствия, то необходимо определить правовые последствия нарушения принимаемых таким образом обязательств.

54. В следующем докладе мы предполагаем рассмотреть все перечисленные вопросы, чтобы с должным учетом полезности концепции временного применения договоров определить возможность разработки руководящих принципов или типовых положений, которыми государства могли бы пользоваться для более широкого применения этой концепции. Цель, которую ставит себе Специальный докладчик, безусловно, заключается в том, чтобы создать стимулы для более широкого применения этой концепции права международных договоров, избегая, по крайней мере на настоящий момент, более амбициозных задач. Как бы то ни было, мы будем стремиться избегать попыток чрезмерного регулирования этой концепции, подлинное достоинства которой связаны с тем, что она сохраняет гибкость, возможности для проявления которой договаривающимся сторонам обеспечивает статья 25 Венской конвенции 1969 года.

55. Специальный докладчик будет признателен членам Комиссии за любые замечания и предложения.

# ВРЕМЕННОЕ ПРИМЕНЕНИЕ ДОГОВОРОВ

[Пункт 7 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/658

Меморандум Секретариата

[Подлинный текст на английском языке]  
[1 марта 2013 года]

## СОДЕРЖАНИЕ

		<i>Стр.</i>
Резюме.....		111
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ.....	1–3	112
<i>Глава</i>		
I. ИСТОРИЯ ВОПРОСА .....	4–32	112
А. Комиссия международного права, 1950–1966 годы .....	6–26	113
В. Генеральная Ассамблея, 1966 и 1967 годы.....	27	116
С. Конференция Организации Объединенных Наций по праву договоров, 1968 и 1969 годы.....	28–32	116
II. ВОПРОСЫ СУЩЕСТВА, ОБСУЖДАВШИЕСЯ В ХОДЕ РАЗРАБОТКИ СТАТЬИ 25.....	33–108	117
А. Смысл временного применения договоров.....	33–43	117
В. Переход от временного «вступления в силу» к временному «применению» .....	44–55	119
С. Правовое основание для временного применения .....	56–61	121
D. Временное применение части договора .....	62–63	122
E. Установление условий .....	64–65	123
F. Юридическое содержание временного применения .....	66–84	123
G. Прекращение временного применения.....	85–108	126

---

### Резюме

В статье 25 Венской конвенции о праве международных договоров предусмотрена возможность применения договоров на временной основе. Началом для этого послужили внесенные Специальными докладчиками сэром Джеральдом Фицморисом и сэром Хамфри Уолдоком во время рассмотрения Комиссией вопросов права международных договоров предложения включить положение, закрепляющее практику «временного вступления в силу» договоров. Это положение, которое было включено в статьи о праве международных договоров 1966 года в качестве статьи 22, было изменено на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров посредством, в частности, замены понятия «вступление в силу» понятием «временное применение». В настоящем меморандуме прослеживается история обсуждения этого положения как в Комиссии, так и на Конференции и дается краткий анализ некоторых вопросов существа, поднятых в ходе его обсуждения.

## Введение

1. На своей шестьдесят четвертой сессии в 2012 году Комиссия международного права включила в свою программу работы тему «Временное применение договоров». На этой сессии Комиссия постановила просить Секретариат представить ей меморандум о результатах предыдущей работы, проведенной Комиссией по этому вопросу в контексте ее работы по праву международных договоров, и о подготовительных материалах, касающихся соответствующих положений Конвенции о праве международных договоров (далее «Венская конвенция 1969 года»)<sup>1</sup>.

2. В настоящем меморандуме в главе I ниже изложена история рассмотрения Комиссией так называемого «временного вступления в силу договора», а также история переговоров по статье 25 Венской конвенции 1969 года, состоявшихся на Конференции

<sup>1</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 67, пункт 143. Венская конвенция о праве международных договоров была подписана в Вене 23 мая 1969 года.

### ГЛАВА I

#### История вопроса

4. Тема «право договоров» стала одной из тех тем, которые Комиссия отобрала в 1949 году для кодификации и впоследствии рассматривала на своих второй – восемнадцатой сессиях с 1950 по 1966 год; в этот период друг за другом были назначены четыре специальных докладчика<sup>2</sup>. После первоначального рассмотрения темы на основе первого и второго докладов Специального докладчика г-на Джеймса Л. Брайерли<sup>3</sup>, представленных соответственно в 1950 и 1951 годах, Комиссия затем провела ее обстоятельное обсуждение в 1959 году на основе первого доклада сэра Джеральда Фицмориса<sup>4</sup>, который он представил в 1956 году<sup>5</sup>. Комиссия вновь оставила в

<sup>2</sup> Г-н Джеймс Л. Брайерли (в 1949 году), сэр Херш Лаутерпахт (в 1952 году), сэр Джеральд Фицморис (в 1955 году) и сэр Хамфри Уолдок (в 1961 году).

<sup>3</sup> *Ежегодник... 1950 год*, том II, документ A/CN.4/23, стр. 222 англ. текста; и *Ежегодник... 1951 год*, том II, документ A/CN.4/43, стр. 70 англ. текста, соответственно.

<sup>4</sup> *Ежегодник... 1956 год*, том II, документ A/CN.4/101, стр. 104 англ. текста.

<sup>5</sup> Хотя Комиссия не рассматривала третий доклад г-на Брайерли (*Ежегодник... 1952 год*, том II, документ A/CN.4/54, стр. 50 англ. текста) и два доклада, представленные сэром Хершем (*Ежегодник... 1953 год*, том II, документ A/CN.4/63, стр. 90 англ. текста; и *Ежегодник... 1954 год*, том II, документ A/CN.4/87, стр. 123 англ. текста, соответственно), ввиду отсутствия времени и переноса сроков после ухода в отставку обоих докладчиков, как сэр Джеральд, так и сэр Хамфри при разработке своих собственных предложений опирались на доклады своих предшественников, и позиции как г-на Брайерли, так и сэра Херша неоднократно упоминались в ходе обсуждений в рамках Комиссии в последующие годы. Аналогичным образом, ввиду отсутствия времени, Комиссия не смогла рассмотреть второй – пятый доклады сэра Джеральда, представленные в 1957–1960 годах (*Ежегодник... 1957 год*, том II, документ A/CN.4/107, стр. 16 англ. текста; *Ежегодник... 1958 год*, том II, документ A/CN.4/115, стр. 20 англ. текста; *Ежегодник...*

Организации Объединенных Наций по праву договоров:

#### *Временное применение*

1. Договор или часть договора применяются временно до вступления в силу, если:

a) это предусматривается самим договором; или

b) участвовавшие в переговорах государства договорились об этом каким-либо иным образом.

2. Если в договоре не предусматривается иное или участвовавшие в переговорах государства не договорились об ином, временное применение договора или части договора в отношении государства прекращается, если это государство уведомит другие государства, между которыми временно применяется договор, о своем намерении не стать участником договора.

3. В главе II ниже излагается ряд вопросов существа, поднятых в ходе обсуждений в Комиссии, а также во время переговоров на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров.

стороне эту тему, с тем чтобы сконцентрировать свои усилия на других темах, и вернулась к рассмотрению права договоров на своих четырнадцатой – восемнадцатой сессиях в 1962–1966 годах на основе шести докладов, представленных сэром Хамфри Уолдоком<sup>6</sup>, который в то время был назначен Специальным докладчиком по этой теме вместо сэра Джеральда. На основе докладов сэра Хамфри Комиссия завершила первое (в 1964 году) и второе (в 1966 году) чтение проектов статей о праве договоров<sup>7</sup>, которые она приняла в 1966 году.

5. В проекте статей о праве договоров 1966 года содержался проект статьи 22, озаглавленный «Временное вступление в силу», следующего содержания:

1. Договор может вступить в силу временно, если:

a) в самом договоре установлено, что он вступает в силу временно до ратификации, принятия, утверждения или присоединения со стороны договаривающихся государств; или

*1959 год*, том II, документ A/CN.4/120, стр. 37 англ. текста; и *Ежегодник... 1960 год*, том II, документ A/CN.4/130, стр. 69 англ. текста, соответственно). Тем не менее сэр Хамфри часто ссылался на эти доклады.

<sup>6</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том II, документ A/CN.4/144 и Add.1, стр. 27 англ. текста; *Ежегодник... 1963 год*, том II, документ A/CN.4/156 и Add.1–3, стр. 36 англ. текста; *Ежегодник... 1964 год*, том II, документ A/CN.4/167 и Add.1–3, стр. 5 англ. текста; *Ежегодник... 1965 год*, том II, документ A/CN.4/177 и Add.1–2, стр. 3 англ. текста; *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/CN.4/183 и Add.1–4, стр. 1 англ. текста; и там же, документ A/CN.4/186 и Add.1–7, стр. 51 англ. текста.

<sup>7</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 177 англ. текста, пункт 38.



b) участвовавшие в переговорах государства договорились об этом каким-либо иным образом.

2. Такое же правило применяется к временному вступлению в силу части договора<sup>8</sup>.

#### **А. Комиссия международного права, 1950–1966 годы**

##### **1. РАССМОТРЕНИЕ НА ВТОРОЙ – ШЕСТОЙ СЕССИЯХ, 1950–1954 годы**

6. Г-н Брайерли и сэр Херш Лаутерпахт занимались вопросом «временного вступления в силу» договора лишь косвенно (в случае первого) или в рамках более широкого вопроса о ратификации (в случае второго). В своем предложении в отношении статьи 5 (озаглавленной «Когда ратификация необходима»), представленном в 1951 году, г-н Брайерли предусмотрел несколько сценариев, при которых государство не будет считаться взявшим на себя окончательное обязательство по договору до тех пор, пока оно не ратифицирует этот договор<sup>9</sup>. Впоследствии, после переработки, это положение стало касаться правовых последствий подписания до ратификации и было принято в том году в предварительном порядке в качестве статьи 4, которая предусматривала возможность того, что государство будет считаться взявшим на себя окончательное обязательство посредством своего подписания договора, «если договор предусматривает, что он должен быть ратифицирован, но что он вступит в силу до ратификации»<sup>10</sup>.

7. Ранее прямая ссылка на временное вступление договора в силу была сделана в 1951 году Ж.П.А. Франсуа, когда он предложил Комиссии «рассмотреть гипотетический случай договора между двумя государствами, который был подписан и ратифицирован обеими сторонами. Главы государств обменялись ратификационными грамотами. Договор временно вступил в силу»<sup>11</sup>.

8. В своем первом докладе, представленном в 1953 году, сэр Херш в предложении по статье 6, касающейся ратификации, предположил возможность того, что в договоре может быть прямо предусмотрено его вступление в силу до ратификации<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Там же, стр. 180 англ. текста.

<sup>9</sup> См. *Ежегодник... 1951 год*, том II, документ A/CN.4/43, стр. 70 англ. текста.

<sup>10</sup> См. там же, документ A/CN.4/L.28, стр. 73 англ. текста. Пересмотренный вариант этого положения с комментариями был впоследствии включен (в качестве статьи 6) в представленный в 1952 году третий доклад г-на Брайерли (сноска 5 выше), в котором воспроизводились статьи, принятые в предварительном порядке Комиссией на ее второй и третьей сессиях в 1950 и 1951 годах. Однако ввиду ухода в отставку Специального докладчика Комиссия этот доклад так и не обсудила.

<sup>11</sup> *Ежегодник... 1951 год*, том I, 88-е заседание, стр. 47 англ. текста, пункт 37.

<sup>12</sup> *Ежегодник... 1953 год*, том II, стр. 112 англ. текста, статья 6, пункт 2 b): «2. В отсутствие ратификации договор не является обязательным для договаривающейся стороны, за исключением случаев, когда... b) договор, предусматривающий, что он должен быть ратифицирован, предусматривает также, что он вступает в силу до ратификации».

##### **2. РАССМОТРЕНИЕ НА ВОСЬМОЙ – ДВЕНАДЦАТОЙ СЕССИЯХ, 1956–1960 годы**

9. Хотя сэр Джеральд представил пять докладов, Комиссия смогла рассмотреть лишь несколько частей из его первого доклада<sup>13</sup> (в 1959 году), в котором он предложил свод из 42 проектов статей, посвященных главным образом разработке, заключению и вступлению договоров в силу.

10. В предложении Специального докладчика по статье 42 (Вступление в силу (правовые последствия)) в пункте 1 было указано:

Договор может... предусматривать, что он вступает в силу временно в определенную дату или по наступлении определенного события, такого как сдача на хранение установленного числа ратификационных грамот. В таких случаях возникает обязательство выполнять договор на временной основе, однако, при наличии любого специального соглашения об ином, это обязательство прекращается, если окончательное вступление в силу неоправданно задерживается или становится явно невозможным<sup>14</sup>.

В комментарии к этому положению просто говорилось, что оно охватывает случаи временного вступления в силу, и приводилось правило, применимое в случае, если такая ситуация неоправданно затягивается<sup>15</sup>.

11. Хотя это предложение так и не было рассмотрено Комиссией, в ходе обсуждений, состоявшихся в 1959 году, прозвучали отдельные ссылки на возможность временного вступления договора в силу. Например, в контексте обсуждения общих условий для обязательной силы договоров Милон Бартош предложил как-то учесть усиливающуюся практику, особенно заметную в торговых соглашениях, когда включается положение о временном вступлении в силу соглашения до его ратификации<sup>16</sup>, и отметил, что налицо веские практические соображения для включения положения о временном вступлении договоров в силу<sup>17</sup>.

##### **3. РАССМОТРЕНИЕ НА ЧЕТЫРНАДЦАТОЙ СЕССИИ, 1962 год**

12. Вопрос о временном вступлении договоров в силу был отражен сэром Хамфри в его первом докладе, который рассматривался в 1962 году. Это понятие было включено в пункт 6 его предложения по статье 20 (Порядок и дата вступления в силу): «В договоре может быть установлено, что он вступает в силу временно по подписании или в определенную дату или при наступлении определенного события, до его полного вступления в силу в соответствии с нормами, закрепленными в настоящей статье»<sup>18</sup>.

13. Специальный докладчик пояснил, что пункт 6 должен охватывать то, что в современной практике

<sup>13</sup> *Ежегодник... 1956 год*, том II, документ A/CN.4/101, стр. 104 англ. текста.

<sup>14</sup> Там же, стр. 116 англ. текста.

<sup>15</sup> Там же, стр. 127 англ. текста, пункт 106.

<sup>16</sup> *Ежегодник... 1959 год*, том I, 487-е заседание, стр. 36 англ. текста, пункт 37.

<sup>17</sup> Там же, пункт 40.

<sup>18</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том II, стр. 69 англ. текста.

стало встречаться довольно часто – договор введен в силу временно до его полного вступления в силу, когда его ратифицирует или примет необходимое число участников<sup>19</sup>. Он отметил, что договорное положение на этот счет является в одном из аспектов положением, касающимся порядка вступления договора в силу<sup>20</sup>. Комиссия сосредоточила свое внимание на других аспектах статьи 20<sup>21</sup>, лишь вскользь отметив пункт 6.

14. Предложение сэра Хамфри по статье 21, касающейся правовых последствий вступления договора в силу, также содержало следующую ссылку на последствия временного вступления в силу:

2. *a)* Когда в договоре закреплено, что он полностью вступает в силу временно по наступлении определенной даты или события, права и обязательства, содержащиеся в договоре, начинают действовать для его сторон по наступлении этой даты или события и продолжают действовать на временной основе до тех пор, пока договор не вступит в полную силу в связи с его условиями.

*b)* Однако, если полное вступление договора в силу необоснованно задерживается и если стороны не заключили дополнительного соглашения для продолжения действия договора на временной основе, любая из сторон может уведомить о прекращении временного применения договора; и по истечении шести месяцев права и обязательства, содержащиеся в договоре, прекращают применяться к этой стороне<sup>22</sup>.

15. Обсуждение пункта 2 было сосредоточено на подпункте *b)*, который Специальный докладчик предложил *de lege ferenda*. После того как был высказан ряд сомнений относительно целесообразности включения этого положения<sup>23</sup>, Специальный докладчик отозвал его и Комиссия передала подпункт *a)* Редакционному комитету<sup>24</sup>. Комиссия ранее приняла процедурное предложение Специального докладчика, согласно которому пункт 6 статьи 20 должен быть рассмотрен Редакционным комитетом вместе с пунктом 2 статьи 21 с целью включения в статью 19 bis, которая будет содержать все положения, касающиеся прав и обязательств государств до вступления договора в силу<sup>25</sup>.

16. Однако Редакционный комитет принял более узкий вариант статьи 19 bis (ставшей статьей 17), которая ограничивалась общим обязательством проявлять добросовестность до вступления договора в силу. Представляя эту статью, Специальный докладчик напомнил о том, что в ходе обсуждения различных статей было отмечено, что в статье 19 bis следует отразить определенные моменты. Одним из таких моментов является вопрос о временном вступлении в силу. Однако Редакционный комитет постановил, что

этот вопрос должен рассматриваться в статьях, касающихся вступления в силу<sup>26</sup>.

17. В последующем предложении Редакционного комитета по пересмотренной статье 20 (озаглавленной «Вступление договоров в силу») уже не было ссылки на временное вступление в силу<sup>27</sup>. Данный же вопрос был в полном объеме включен в его предложение по пересмотренной статье 21 (озаглавленной «Временное вступление в силу») следующего содержания:

В договоре может быть установлено, что до его вступления в силу посредством обмена ратификационными грамотами или их сдачи на хранение, присоединения, принятия или утверждения он вступает в силу временно, полностью или частично, в определенную дату или по выполнении установленных требований. В этом случае договор вступает в силу в установленном порядке и остается в силе на временной основе до тех пор, пока он не вступит в силу окончательно, либо соответствующие государства не договорятся о прекращении временного применения договора<sup>28</sup>.

Комиссия приняла эту статью в первом чтении в предложенном виде в качестве (перенумерованной) статьи 24.

18. О «временном вступлении в силу» в том году говорилось также в ходе рассмотрения других статей. Некоторые члены Комиссии комментировали временное вступление в силу договора в контексте статьи 9 («Правовые последствия полного подписания»), в частности ссылку в подпункте *c)* пункта 2 на обязательство действовать добросовестно со стороны подписавшего государства и в подпункте *d)* пункта 2 на право подписавшего государства требовать выполнения обязательств другими подписавшими государствами<sup>29</sup>. Такая ссылка была сделана также в комментарии в принятой в 1962 году статье 12 («Ратификация»), в которой отмечалось, что «редки случаи, когда договор, в котором прямо указано, что он вступает в силу по подписанию, ставится в зависимость от ратификации; однако иногда на практике именно это и происходит, когда договор, который должен быть ратифицирован, прямо содержит положение о том, что он временно вступает в силу по подписанию»<sup>30</sup>.

#### 4. РАССМОТРЕНИЕ НА ПЯТНАДЦАТОЙ И ШЕСТНАДЦАТОЙ СЕССИЯХ, 1963 И 1964 ГОДЫ

19. В своем втором и третьем докладах<sup>31</sup> сэр Хамфри прямо не возвращался к понятию «временное вступление договоров в силу». Тем не менее в его втором докладе среди прочего рассматривается вопрос о конституционных ограничениях в отношении действительности договоров, в том числе еще не

<sup>19</sup> Там же, стр. 71 англ. текста, пункт 7) комментария к статье 20.

<sup>20</sup> Там же.

<sup>21</sup> См. там же, том I, 656-е и 657-е заседания, стр. 175 и далее англ. текста.

<sup>22</sup> См. там же, том II, документ A/CN.4/144, стр. 71 англ. текста.

<sup>23</sup> См. обсуждение вопроса о прекращении временного применения договоров в пунктах 85–108 ниже.

<sup>24</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том I, 657-е заседание, стр. 179–180 англ. текста, пункты 12–18.

<sup>25</sup> Там же, стр. 179 англ. текста, пункт 3.

<sup>26</sup> Там же, 661-е заседание, стр. 212 англ. текста, пункт 2.

<sup>27</sup> Там же, 668-е заседание, стр. 258 англ. текста, пункт 34.

<sup>28</sup> Там же, стр. 259 англ. текста, пункт 37.

<sup>29</sup> Там же, 643-е заседание, стр. 88 англ. текста, пункты 86–87; и 644-е заседание, стр. 93 англ. текста, пункт 69, и стр. 94 англ. текста, пункт 87.

<sup>30</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том II, стр. 173 англ. текста, пункт 8) комментария к статье 12.

<sup>31</sup> См. сноску 6 выше.

вступивших в силу<sup>32</sup>. В докладе также рассматривается вопрос о прекращении действия договора, которое гипотетически также будет прекращать временное вступление договора в силу.

20. Краткая ссылка была сделана в третьем докладе, где при обсуждении статьи 57 (Применение положений договора *ratione temporis*) было указано среди прочего, что создаваемые договором права и обязательства не вступают в силу до тех пор, пока сам договор не вступит в силу, окончательно или временно, согласно статье 24<sup>33</sup>.

##### 5. РАССМОТРЕНИЕ НА (ПЕРВОЙ ЧАСТИ) СЕМНАДЦАТОЙ СЕССИИ, 1965 ГОД

21. Статья 24 вновь рассматривалась в 1965 году в контексте второго чтения статей о праве договоров. Комиссии был представлен четвертый доклад сэра Хамфри<sup>34</sup>, в котором содержался анализ комментариев и замечаний правительств, а также его предложения в отношении поправок. Япония отметила, что вариант временного вступления в силу действительно иногда используется в качестве практической меры, однако точное правовое содержание такого временного вступления в силу, судя по всему, определено не очень четко. Если только его правовые последствия не могут быть четко определены, то, по всей видимости, лучше было бы оставить этот вопрос в полном объеме на усмотрение договаривающихся сторон. В положениях пункта 1 статьи 23, наверное, можно было предусмотреть такую возможность<sup>35</sup>. Такое мнение поддержал представитель Соединенных Штатов, который заявил, что, хотя эта статья согласуется с современными потребностями и практикой, вызывает сомнение то, есть ли необходимость в таком положении в конвенции, посвященной договорам<sup>36</sup>. Швеция, а затем Нидерланды сделали замечания по существенным аспектам этого положения<sup>37</sup>.

22. В ответ на это Специальный докладчик напомнил, что Комиссия исходила из того, что «временное вступление в силу» имеет место в современной договорной практике довольно часто, что требует его отражения в проектах статей, и представляется целесообразным закрепить в проектах статей его правовое содержание, в противном случае отсутствие упоминания может быть истолковано как отрицание этого

явления<sup>38</sup>. Он заявил далее, что если положиться в этом вопросе на применение общей нормы в пункте 1 статьи 23 (о вступлении договора в силу), то это не решит проблему в полном объеме, поскольку соответствующие государства иногда предусматривают «временное вступление в силу» посредством отдельного соглашения в упрощенной форме<sup>39</sup>.

23. Обсуждение статьи 24 в ходе второго чтения<sup>40</sup> проводилось на основе пересмотренного варианта, предложенного Специальным докладчиком<sup>41</sup>. Хотя высказывались разные мнения, в частности о том, как отразить вопрос о прекращении временного вступления в силу, Комиссия решила сохранить в проекте статей самостоятельное положение<sup>42</sup>. Комиссия также обсудила предложение г-на Поля Рейтера вести речь о временном «применении» договора, а не о его временном «вступлении в силу»<sup>43</sup>.

24. 2 июля 1965 года Комиссия приняла 17 голосами (причем никто не голосовал против) статью 24 следующего содержания<sup>44</sup>:

1. Договор может вступить в силу временно, если:

a) в самом договоре установлено, что он вступает в силу временно до ратификации, присоединения, принятия или утверждения договаривающимися государствами; или

b) договаривающиеся государства договорились об этом каким-либо иным образом.

2. То же правило применяется к временному вступлению в силу части договора.

<sup>32</sup> *Ежегодник... 1963 год*, том II, документ A/CN.4/177 и Add.1, стр. 58 англ. текста, статья 24, замечание Специального докладчика, пункт 1.

<sup>33</sup> Там же.

<sup>34</sup> Временное вступление в силу также упоминалось в ходе обсуждения других статей. В связи со статьей 12 см. выступления г-на Абдуллы эль-Эриана (*Ежегодник... 1965 год*, том I, 784-е заседание, стр. 64 англ. текста, пункт 86), г-на Антонио де Луны (там же, 785-е заседание, стр. 70 англ. текста, пункт 69) и г-на Роберто Аго (там же, стр. 71 англ. текста, пункт 81). Об этой практике также говорил г-н Поль Рейтер в контексте статьи 17, касающейся прав и обязательств государств до вступления договора в силу (там же, 788-е заседание, стр. 90 англ. текста, пункт 36).

<sup>35</sup> Предложение по пересмотренному тексту гласило: «В договоре может быть установлено или стороны могут иным образом договориться, что до вступления договора в силу посредством обмена ратификационными грамотами или сдачи их на хранение, присоединения, принятия или утверждения договор вступает в силу временно, полностью или частично, в определенную дату или по выполнении установленных требований. В этом случае договор или определенная его часть вступает в силу в установленном или согласованном порядке и продолжает оставаться в силе на временной основе до тех пор, пока либо договор не вступит в силу окончательно, либо не станет ясно, что одна из сторон не ратифицирует или, в зависимости от случая, не утвердит его» (там же, 790-е заседание, стр. 106 англ. текста, пункт 73).

<sup>36</sup> Однако г-н Таслим Олавале Элиас выступил против сохранения статьи 24, поскольку этот вопрос, судя по всему, охватывается пунктами 1 и 3 статьи 23 (там же, стр. 107 англ. текста, пункт 84). См. также мнения г-на Сендзина Цуруоки (там же, 791-е заседание, стр. 109–110 англ. текста, пункты 9, 10, 12 и 26). Хотя г-н Хосе Мария Руда поддержал эти мнения, он тем не менее выступил за сохранение этой статьи по практическим соображениям (там же, 790-е заседание, стр. 107 англ. текста, пункт 85).

<sup>37</sup> Там же, 790-е заседание, стр. 106 англ. текста, пункт 75. См. обсуждение в пунктах 48 и 49 ниже.

<sup>38</sup> Предшествующий вариант, предложенный Редакционным комитетом, был отправлен назад (там же, 814-е заседание, стр. 274–275 англ. текста, пункты 38–56).

<sup>32</sup> См. *Ежегодник... 1963 год*, том II, стр. 41 англ. текста, предложение по статье 5 (Конституционные ограничения полномочия вступать в договоры).

<sup>33</sup> *Ежегодник... 1964 год*, том II, документ A/CN.4/167 и Add.1–3, стр. 10 англ. текста, пункт 2) комментария к статье 57.

<sup>34</sup> *Ежегодник... 1965 год*, том II, документ A/CN.4/177 и Add.1–2.

<sup>35</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, часть II, приложение, стр. 303 англ. текста, комментарии по статье 24.

<sup>36</sup> Там же, стр. 351 англ. текста, комментарии по статье 24.

<sup>37</sup> Там же, стр. 337 (Швеция) и стр. 316 (Нидерланды) англ. текста. Ссылки на временное вступление в силу договоров также прозвучали в комментариях Люксембурга по статье 12 (Ратификация) (там же, стр. 310 англ. текста) и Кипра (там же, стр. 285 англ. текста) и Израиля (там же, стр. 298 англ. текста) в отношении применимости статьи 55 (*Pacta sunt servanda*).

## 6. РАССМОТРЕНИЕ НА ВОСЕМНАДЦАТОЙ СЕССИИ, 1966 ГОД

25. Затем статья 24 упоминалась в 1966 году в шестом докладе сэра Хамфри<sup>45</sup> в контексте ее связи со статьями 55 (*Pacta sunt servanda*)<sup>46</sup> и 56 (Применение договора во времени), главным образом в ответ на ряд комментариев, полученных от правительства Израиля.

26. Комиссия вернулась к рассмотрению статьи 24 в ходе принятия окончательного проекта статей о праве договоров. Хотя предложение г-на Шабтая Розена изменить порядок следования статей 23 и 24<sup>47</sup> принято не было, Комиссия согласилась с предложением Редакционного комитета о том, чтобы заменить в подпункте *b*) пункта 1 слова «договаривающиеся государства» словами «участвовавшие в переговорах государства»<sup>48</sup>. С этой окончательной поправкой статья 24 (впоследствии ставшая статьей 22) была принята во втором чтении. Комиссия приняла также комментарий из четырех пунктов, касающийся двух признанных оснований для временного вступления в силу (т. е. в соответствии с условиями положения самого договора или на основе отдельного соглашения), практики временного приведения в силу только определенной части договора и пояснения решения исключить ссылку на прекращение временного вступления в силу<sup>49</sup>.

## В. Генеральная Ассамблея, 1966 и 1967 годы

27. После получения доклада Комиссии Генеральная Ассамблея на своей двадцать первой сессии в 1966 году постановила в своей резолюции 2166 (XXI) от 5 декабря 1966 года запросить представление письменных замечаний и мнений по проекту статей. Из тех государств-членов, которые представили такие замечания и мнения, только Бельгия представила замечания по статье 22 (сосредоточив внимание на порядке прекращения временного вступления в силу)<sup>50</sup>. На двадцать второй сессии Ассамблеи в 1967 году в ходе обсуждения права договоров Швеция поддержала замечания Бельгии<sup>51</sup>.

## С. Конференция Организации Объединенных Наций по праву договоров, 1968 и 1969 годы

28. Конференция Организации Объединенных Наций по праву договоров была проведена в Вене

в два этапа – соответственно с 26 марта по 24 мая 1968 года и с 9 апреля по 22 мая 1969 года.

## 1. РАССМОТРЕНИЕ НА ПЕРВОЙ СЕССИИ, 1968 ГОД

29. Проект статьи 22 сначала рассматривался Комитетом полного состава Конференции<sup>52</sup>, которому было представлено 10 предложений по поправкам<sup>53</sup>. Делегации, представившие предложение исключить эту статью, на нем не настаивали<sup>54</sup>. Ряд редакционных предложений был передан в Редакционный комитет. Два предложения об исключении пункта 2 были отклонены<sup>55</sup>. Предложение ссылаться на «временное применение», а не на «вступление в силу» договоров было принято<sup>56</sup>. Комитет полного состава в принципе утвердил два предложения включить новый пункт о прекращении временного вступления в силу или временного применения договора<sup>57</sup>.

30. С учетом вышеприведенного понимания и решений данная статья была передана Редакционному комитету, который впоследствии предложил следующий пересмотренный текст для статьи 22<sup>58</sup>:

1. Договор или часть договора применяется временно до его вступления в силу, если:

a) это предусматривается самим договором; или

b) участвовавшие в переговорах государства договорились об этом каким-либо иным образом.

2. Если в договоре не предусматривается иное или участвовавшие в переговорах государства не договорились об ином, временное применение договора или части договора в отношении государства прекращается, если это государство уведомит другие государства, между которыми временно применяется договор, о своем намерении не стать участником договора.

31. Представляя пересмотренный текст, Председатель Редакционного комитета отметил, что данная статья отражает измененный вариант предложения Чехословакии и Югославии для вводной части пункта 1, включая ссылку на «временное применение договоров». Понятие временного применения части договора, ранее закрепленное в пункте 2, было включено в пункт 1. В новом пункте 2 был вновь отражен вопрос о прекращении временного применения

<sup>52</sup> На своем 26-м и 27-м заседаниях, состоявшихся в апреле 1968 года (см. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March–24 May 1968, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole (A/CONF.39/11, United Nations publication, Sales No. E.68.V.7)*, стр. 140–146 англ. текста).

<sup>53</sup> *Ibid.*, *First and Second Sessions, Vienna, 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May 1969, Documents of the Conference (A/CONF.39/11/Add.2, United Nations publication, Sales No. E.70.V.5)*, доклад Комитета полного состава, стр. 143–144 англ. текста, пункты 222–230.

<sup>54</sup> Предложение Республики Корея, Республики Вьетнам и Соединенных Штатов (см. *ibid.*, стр. 143 англ. текста, пункт 224 i) a)).

<sup>55</sup> Шестьюдесятью тремя голосами против 11 при 12 воздержавшихся (см. *ibid.*, пункт 227 a)).

<sup>56</sup> Семьюдесятью двумя голосами против 3 при 11 воздержавшихся (*ibid.*, пункт 227 b)).

<sup>57</sup> Шестьюдесятью девятью голосами против 1 при 20 воздержавшихся (*ibid.*, пункт 227 c)).

<sup>58</sup> *Ibid.*, *First Session...* (A/CONF.39/11/Add.1) (см. сноску 52 выше), 72-е заседание Комитета полного состава, стр. 426 англ. текста, пункт 24.

<sup>45</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/CN.4/186 и Add.1–7.

<sup>46</sup> См. обсуждение в пунктах 75 и 76 ниже.

<sup>47</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том I (часть вторая), 886-е заседание, стр. 284 англ. текста, пункт 63.

<sup>48</sup> Там же, 887-е заседание, стр. 293 англ. текста, пункт 69.

<sup>49</sup> Там же, том II, стр. 210 англ. текста. См. также пункт 3) комментария к статье 23 (*Pacta sunt servanda*), бывшей ранее статьей 55 («слова "в силе", естественно, охватывают договоры, находящиеся в силе временно согласно статье 22», стр. 211 англ. текста).

<sup>50</sup> A/6827, стр. 6–7. См. также пункт 95 ниже.

<sup>51</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, двадцать вторая сессия, Шестой комитет*, 980-е заседание, пункт 13.

договора. Все другие предложения Редакционным комитетом были отклонены. Комитет полного состава принял статью 22, предложенную Редакционным комитетом, без голосования<sup>59</sup>.

## 2. РАССМОТРЕНИЕ НА ВТОРОЙ СЕССИИ, 1969 ГОД

32. Доклад Комитета полного состава по проекту статьи 22 рассматривался на пленуме Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров на второй сессии. Конференция приняла

<sup>59</sup> *Ibid.*, стр. 427 англ. текста, пункт 28.

статью 22 87 голосами против 1 при 13 воздержавшихся<sup>60</sup>. Статья 22 стала статьей 25 Венской конвенции 1969 года.

<sup>60</sup> *Ibid.*, Second Session, Vienna, 9 April–22 May 1969, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole (A/CONF.39/11/Add.1, United Nations publication, Sales No. E.70.V.6), 11-е пленарное заседание, стр. 43 англ. текста, пункт 101. Редакционный комитет впоследствии отклонил ряд предложений об изменении статьи 22, представленных в ходе обсуждения непосредственно до ее принятия, а также предложение Югославии включить новую статью (см. пункт 79 ниже); *ibid.*, 28-е пленарное заседание, стр. 157 англ. текста, пункты 45–47.

## ГЛАВА II

### Вопросы существа, обсуждавшиеся в ходе разработки статьи 25

#### А. Смысл временного применения договоров

33. Еще в 1953 году, когда сэр Херш говорил о существовании такого договора, который, «предусматривая, что он должен быть ратифицирован, предусматривает также, что он вступает в силу до ратификации»<sup>61</sup>, общей темой в докладах специальных докладчиков и обсуждениях в Комиссии стал вопрос о том, в какой мере данное явление свойственно практике государств. Сэр Херш отметил, что примеры такого вида договоров встречаются достаточно часто<sup>62</sup>.

34. В ходе обсуждения первого доклада сэра Джеральда<sup>63</sup>, состоявшегося в 1959 году, г-н Бартош предложил как-то учесть усиливающуюся практику, особенно заметную в торговых соглашениях, когда включается положение о временном вступлении в силу соглашения до его ратификации<sup>64</sup>. Он вновь повторил свое предложение в 1962 году, когда говорил о современной усиливающейся практике, особенно заметной в таможенных соглашениях, в соответствии с которой они вступают в силу сразу еще до окончательной ратификации<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> *Ежегодник... 1953 год*, том II, стр. 91 англ. текста, статья 6, пункт 2 b).

<sup>62</sup> Там же, стр. 114–115 англ. текста, пункт 5 b) комментария к статье 6, пункт 2 b). Конкретные примеры были приведены в 1962 году в выступлении г-на Бригса (*Ежегодник... 1962 год*, том I, 644-е заседание, стр. 94 англ. текста, пункт 87), в 1965 году в выступлениях г-на эль-Эриана (*Ежегодник... 1965 год*, том I, 790-е заседание, стр. 112 англ. текста, пункт 98), г-на Бартоша (там же, 791-е заседание, стр. 115 англ. текста, пункт 23) и г-на Пессу (там же, стр. 116 англ. текста, пункт 31), а также в заявлении Венесуэлы на первой сессии Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров в 1968 году (см. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session... (A/CONF.39/11)* (сноска 52 выше), 26-е заседание Комитета полного состава, стр. 141 англ. текста, пункт 29).

<sup>63</sup> См. *Ежегодник... 1956 год*, том II, документ A/CN.4/101, стр. 104 англ. текста. В своем комментарии к статье 42, пункт 1, Специальный докладчик просто отметил, что «данное положение охватывает случай временного вступления в силу» (стр. 127 англ. текста, пункт 106).

<sup>64</sup> *Ежегодник... 1959 год*, том I, 487-е заседание, стр. 36 англ. текста, пункт 37.

<sup>65</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том I, 643-е заседание, стр. 88 англ. текста, пункт 86. См. также там же, 647-е заседание, стр. 117 англ. текста, пункт 97.

35. В комментарии к своему предложению по пункту 6 статьи 20 сэр Хамфри отметил современную практику, которая стала нередким явлением: договор вводится в силу временно до его полного вступления в силу<sup>66</sup>. Комментарий к (перенумерованной) статье 24, принятой Комиссией в 1962 году, гласил: «В настоящей статье признается практика, которая сегодня периодически имеет место и требует упоминания в проектах статей»<sup>67</sup>.

36. В 1965 году г-н Григорий Тункин назвал статью 24 описанием существующей практики, а не четкой нормой права. Его личный опыт свидетельствует о том, что нередки случаи, когда двусторонний договор подлежит ратификации, однако вступает в силу сразу по подписании<sup>68</sup>. Впоследствии Специальный докладчик отметил, что, судя по всему, Комиссия в целом твердо придерживается мнения о том, что речь идет об общем явлении, которое стало привычной частью существующей договорной практики<sup>69</sup>.

37. Эти мнения были поддержаны в ходе Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров<sup>70</sup>. Венесуэла заявила, что временное вступление в силу соответствует широко распространенной практике и что временное применение удовлетворяет реальные потребности международных отношений<sup>71</sup>. Ряд делегаций выступили против пред-

<sup>66</sup> Там же, том II, стр. 71 англ. текста, пункт 7) комментария к статье 20.

<sup>67</sup> Там же, стр. 182 англ. текста, пункт 1) комментария к статье 24.

<sup>68</sup> *Ежегодник... 1965 год*, том I, 791-е заседание, стр. 110–111 англ. текста, пункт 28.

<sup>69</sup> Там же, стр. 112–113 англ. текста, пункт 55.

<sup>70</sup> См. также мнение, высказанное сэром Хамфри в его качестве эксперта-консультанта Венской конференции, о том, что практика временного применения в настоящее время получила широкое распространение среди большого числа государств. См. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session... (A/CONF.39/11/Add.1)* (сноска 60 выше), 11-е пленарное заседание, пункт 89.

<sup>71</sup> *Ibid.*, First Session... (A/CONF.39/11) (сноска 52 выше), 26-е заседание Комитета полного состава, пункты 29 и 31. Вместе с тем см. также мнение Болгарии о том, что статья 22 предусматривает ситуацию, которая случается редко (*ibid.*, пункт 59).

ложения об исключении этой статьи на том основании, что она отражает существующую практику<sup>72</sup>.

38. В качестве общего обоснования этой практики приводилась необходимость ускорить применение договора, как правило, безотлагательно. В 1959 году г-н Бартош отмечал весомые практические соображения для включения такого положения<sup>73</sup>, а г-н Жорж Сель был готов признать его в некоторых исключительных случаях, например в таможенных соглашениях, предназначенных непосредственно для обеспечения немедленной защиты экономики страны<sup>74</sup>. В комментарии к статье 24, принятом в 1962 году, говорилось следующее: «В силу безотлагательного характера вопросов, которым посвящен договор, или по другим причинам соответствующие государства могут предусмотреть в договоре, который им необходимо представить своим конституционным органам для ратификации или утверждения, что он вступает в силу временно»<sup>75</sup>. Г-н Абдулла эль-Эриан в 1965 году поддержал такое понимание, заявив, что включение положения о временном вступлении в силу договора служит полезной цели в том случае, когда договор касается срочных вопросов, немедленное осуществление договора имеет большое политическое значение или психологически важно не дожидаться завершения длительного процесса выполнения конституционных требований<sup>76</sup>.

39. На Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров Венесуэла отметила, что в основе этой практики лежит безотлагательный характер некоторых соглашений<sup>77</sup>. Румыния заявила, что практика временного применения договоров возникает в тех случаях, когда немедленное применение обусловлено безотлагательным характером содержания договора<sup>78</sup>. Малайзия отметила, что открываемые договором преимущества можно получить гораздо скорее<sup>79</sup>. Австрия заявила, что тесная взаимозависимость международных отношений может обусловить немедленное применение договора<sup>80</sup>. Коста-Рика выразила мнение, согласно которому эту практику следует одобрить по причине ее гибкости<sup>81</sup>. Италия указала, что цель статьи 22 заключалась среди прочего

в том, чтобы обеспечить необходимый элемент гибкости в регулировании современных международных договоров<sup>82</sup>. Аналогичным образом эксперт-консультант (сэр Хамфри) напомнил о том, что временное применение, как правило, используется в двух ситуациях: а) когда ввиду определенной срочности рассматриваемых вопросов, особенно в контексте экономических договоров, крайне желательно, чтобы предусматриваемые соглашением определенные шаги были предприняты в ближайшем будущем; и б) когда речь идет не столько о срочном вопросе, сколько о мерах, которые являются явно крайне желательными и практически гарантированно могут получить одобрение парламента<sup>83</sup>.

40. Другая приведенная причина касалась соображений, связанных с внутренним правом. Например, Швеция отметила, что временное применение предусматривается, поскольку часто нет никак гарантий того, что результатом внутренних конституционных процедур станет утверждение временного принятия договора<sup>84</sup>. В 1965 году г-н Антонио де Луна касался этого вопроса, отмечая, что способ, о котором говорится в статье 24, представляет собой куда более элегантное средство преодоления трудностей, обусловленных конституционными требованиями в отношении ратификации, чем метод употребления специальной терминологии, с тем чтобы уйти от терминов «договор» и «ратификация»<sup>85</sup>. На той же сессии г-н Бартош отметил, что если бы договор применялся только временно, то большинство правовых систем рассматривало бы эту ситуацию как практический способ, позволяющий не инкорпорировать нормы международного права во внутреннее право<sup>86</sup>.

41. Ряд делегаций на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров придерживались такого же мнения. Например, Югославия заявила, что эта статья юридически полезна<sup>87</sup>. Румыния отметила, что временное применение удовлетворяет фактическим потребностям государств, позволяя создать механизм, с помощью которого можно избежать задержек в ратификации, утверждении или принятии<sup>88</sup>. Малайзия отметила, что часто требуется избежать ненужных задержек, связанных с соблюдением традиционных процедур<sup>89</sup>.

42. Однако некоторые делегации выразили сомнения именно в силу причин, связанных с соблюдением

<sup>72</sup> См. комментарии Израиля (*ibid.*, пункт 44), Франции (*ibid.*, пункт 45), Швейцарии (*ibid.*, пункт 46), Соединенного Королевства (*ibid.*, пункт 48), Камбоджи (*ibid.*, 27-е заседание Комитета полного состава, пункт 4), Румынии (*ibid.*, пункт 5), Италии (*ibid.*, *Second Session...* (A/CONF.39/11/Add.1) (сноска 60 выше), 11-е пленарное заседание, пункт 83) и Польши (*ibid.*, пункт 87).

<sup>73</sup> *Ежегодник... 1959 год*, том I, 487-е заседание, стр. 36 англ. текста, пункт 40.

<sup>74</sup> Там же, пункт 41.

<sup>75</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том II, стр. 182 англ. текста, пункт 1) комментария к статье 24.

<sup>76</sup> *Ежегодник... 1965 год*, том I, 790-е заседание, стр. 107–108 англ. текста, пункт 96; см. также пример, приведенный там же, пункт 98.

<sup>77</sup> *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session...* (A/CONF.39/11) (сноска 52 выше), 26-е заседание Комитета полного состава, пункт 29.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 27-е заседание, пункт 5.

<sup>79</sup> *Ibid.*, пункт 7.

<sup>80</sup> *Ibid.*, *Second Session...* (A/CONF.39/11/Add.1) (сноска 60 выше), 11-е пленарное заседание, пункт 59.

<sup>81</sup> *Ibid.*, пункт 67.

<sup>82</sup> *Ibid.*, пункт 83.

<sup>83</sup> *Ibid.*, пункт 89.

<sup>84</sup> См. *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, часть вторая, приложение, стр. 337 и далее англ. текста.

<sup>85</sup> *Ежегодник... 1965 год*, том I, 790-е заседание, стр. 107 англ. текста, пункт 92.

<sup>86</sup> Там же, 791-е заседание, стр. 110 англ. текста, пункт 21. См. также замечание г-на Эдуардо Хименеса де Арчаги, что именно ввиду того, что конституционные трудности иногда задерживают ратификацию, он считает статью 24 особенно полезной (там же, стр. 112 англ. текста, пункт 50).

<sup>87</sup> *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session...* (A/CONF.39/11) (сноска 52 выше), 26-е заседание Комитета полного состава, пункт 28.

<sup>88</sup> *Ibid.*, 27-е заседание, пункт 5.

<sup>89</sup> *Ibid.*, пункт 7.

требований внутреннего права. Например, Вьетнам отметил, что государства могут брать на себя обязательства, действуя поспешно, под давлением обстоятельств, не взвесив всех трудностей, с которыми может быть связана последующая ратификация их обязательств<sup>90</sup>. Венесуэла отметила, что правительства стремятся не брать на себя обязательства без соблюдения процедуры, установленной внутренним правом, если только они не полностью уверены, что ратификация не вызовет политических проблем<sup>91</sup>. Греция заявила, что положения статьи 22 могут создать конфликт между международным правом и конституционным правом государства и тем самым обусловить возникновение деликатных ситуаций<sup>92</sup>. Вместе с тем ряд делегаций отметили, что для государств, сталкивающихся с конституционными трудностями, решение может состоять в том, чтобы не заключать договоры, содержащие положения, которые допускают временное применение<sup>93</sup>. Эксперт-консультант выразил удивление в связи со столь сильным беспокойством, поскольку, как он полагает, данная статья обеспечивает защиту конституционного положения определенных государств, а не наоборот, так как соответствующему государству вообще не нужно прибегать к процедуре временного применения<sup>94</sup>.

43. Гватемала<sup>95</sup>, Коста-Рика<sup>96</sup>, Камерун<sup>97</sup> и Уругвай<sup>98</sup> объявили о том, что они не могут поддержать эту статью по причинам коллизии с их соответствующими конституциями. Республика Корея сообщила, что она воздержалась при голосовании по этой норме, поскольку она могла бы поставить ее правительство в сложное положение по соображениям конституционного порядка<sup>99</sup>. Сальвадор указал, что, хотя статья 22 у его делегации вызывает определенные проблемы, он голосовал за нее, признавая важность указанной международной практики<sup>100</sup>. После принятия Венской конвенции 1969 года в целом делегация Гватемалы официально заявила оговорки в отношении среди прочего статьи 25 ввиду ограничений, установленных ее Конституцией<sup>101</sup>.

## **В. Переход от временного «вступления в силу» к временному «применению»**

44. Различные части положения, разработанного Комиссией, были сформулированы с использованием термина «вступление в силу» на временной

основе. В то же время упоминание фразы «временное применение» можно обнаружить в материалах работы Комиссии еще в 1962 году. Например, в том году г-н Альфред Фердросс говорил о практике, в соответствии с которой договор после подписания может быть введен в действие, если он будет практически применяться, даже до ратификации<sup>102</sup>. Г-н Герберт Бриггс привел пример договора между Соединенными Штатами и Филиппинами, одно из положений которого стало применяться на основании президентского указа в дату, предшествующую дате вступления в силу<sup>103</sup>. Г-н Бартош, ссылаясь на ряд соглашений между Италией и Югославией, отметил, что эти соглашения предусматривали временное применение до ратификации<sup>104</sup>.

45. В предложении сэра Хамфри по подпункту *b*) пункта 2 статьи 21 говорилось, что любая из сторон может уведомить о прекращении временного применения договора<sup>105</sup>. Он пояснил, что должен наступать момент, когда государства будут вправе заявить, что временное применение договора должно прекратиться<sup>106</sup>, и отметил, что процесс прекращения временного применения договора желателен упорядочить<sup>107</sup>. Г-н Тункин выразил сомнение в целесообразности включения подпункта *b*), поскольку он может быть истолкован как позволяющий государству прекратить временное применение договора, независимо от положений самого договора<sup>108</sup>.

46. Статья 21 (ставшая статьей 24), принятая Комиссией в 1962 году, содержала следующее положение: «или соответствующие государства договорились прекратить временное применение договора»<sup>109</sup>. В комментарии к этой статье говорилось, что «временное» применение договора будет прекращено после того, как договор будет должным образом ратифицирован или утвержден, или когда соответствующие государства договорятся прекратить временное применение договора<sup>110</sup>.

47. В некоторых письменных комментариях, представленных правительствами, речь шла о временном «применении». Например, Швеция говорила о прекращении временного применения договора<sup>111</sup>. Нидерланды анализировали различие между временным вступлением в силу и временным применением и заявили, что термин «временное применение» может

<sup>90</sup> *Ibid.*, 26-е заседание, пункт 26.

<sup>91</sup> *Ibid.*, пункт 30. См. также комментарии Швейцарии (*ibid.*, пункт 46), Соединенных Штатов (*ibid.*, пункт 51) и Малайзии (*ibid.*, 27-е заседание, пункт 7).

<sup>92</sup> *Ibid.*, *Second Session...* (A/CONF.39/11/Add.1) (сноска 60 выше), 11-е пленарное заседание, пункт 73.

<sup>93</sup> См. заявления Уругвая (там же, пункт 78), Канады (*ibid.*, пункт 80), Италии (*ibid.*, пункт 84), Колумбии (*ibid.*, пункт 86), Польши (*ibid.*, пункт 87) и Уганды (*ibid.*, пункт 92).

<sup>94</sup> *Ibid.*, пункты 89 и 90.

<sup>95</sup> *Ibid.*, пункт 54.

<sup>96</sup> *Ibid.*, пункт 67.

<sup>97</sup> *Ibid.*, пункт 72.

<sup>98</sup> *Ibid.*, пункт 77.

<sup>99</sup> *Ibid.*, пункт 102.

<sup>100</sup> *Ibid.*, пункты 103 и 104.

<sup>101</sup> *Ibid.*, 36-е пленарное заседание, пункт 69.

<sup>102</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том I, 644-е заседание, стр. 93 англ. текста, пункт 69.

<sup>103</sup> *Ibid.*, стр. 94 англ. текста, пункт 87.

<sup>104</sup> Там же, 647-е заседание, стр. 117 англ. текста, пункт 98.

<sup>105</sup> См. *Ежегодник... 1962 год*, том II, документ A/CN.4/144 и Add.1, стр. 71 англ. текста.

<sup>106</sup> Там же, пункт 4) комментария к статье 21.

<sup>107</sup> Там же.

<sup>108</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том I, 657-е заседание, стр. 180 англ. текста, пункт 15.

<sup>109</sup> Там же, том II, стр. 182 англ. текста.

<sup>110</sup> Там же, пункт 2) комментария к статье 24.

<sup>111</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, часть II, приложение, стр. 339 англ. текста, комментарий по статье 24; см. также комментарий Люксембурга по статье 12 (там же, стр. 310 англ. текста).

быть понят также как относящийся к необязательной форме временного применения<sup>112</sup>.

48. В 1965 году в контексте комментария г-на Рейтера был прямо поднят вопрос об уместности употребления «временного применения» в отличие от «временного вступления в силу». Согласно его мнению:

Выражение «временное вступление в силу», бесспорно, соответствует практике, однако оно не вполне корректно, поскольку вступление в силу иногда полностью отличается от применения норм договора. Вступление в силу может зависеть от определенных условий, установленного требования или процедуры, что отличает его от применения норм договора. Практика, о которой говорится в этой статье, заключается не в том, чтобы придать силу всему договору с помощью его конвенционного механизма, включая, в частности, заключительные положения, а в том, чтобы принять меры для немедленного применения содержащихся в договоре материальных норм<sup>113</sup>.

49. Эту точку зрения поддержал г-н Фердросс, который заявил, что речь явно идет о применении некоторых положений договора, а не договора в целом, и определено не заключительных положений<sup>114</sup>; Председатель (г-н Бартош)<sup>115</sup>; г-н де Луна, который согласился с тем, что выражение «временное вступление в силу» является неуместным<sup>116</sup>; г-н Манфред Ляхс, который заявил, что это положение на самом деле относится к применению положений договора на временной основе<sup>117</sup>; и г-н Бриггс<sup>118</sup>. Г-н Эдуардо Хименес де Аречага согласился с логической точки зрения, заявив при этом, что практика временного вступления в силу является повсеместной<sup>119</sup>.

50. Поясняя свое понимание ситуации, г-н Роберто Аго заявил, что

в статье 24 отражены две совершенно разные ситуации. Первая, о которой говорил г-н Рейтер... касается случаев, когда сам договор не вступает в силу до обмена ратификационными грамотами или утверждения; это случаи, когда стороны посредством своего рода вторичного соглашения, отдельного от договора, в момент подписания договариваются временно применять отдельные или даже все положения договора... Вторая – более важная – ситуация представляет собой случаи, которые Комиссия предусмотрела в 1962 году и которые Специальный докладчик имел в виду, предлагая свою новую формулировку: договор фактически вступает в силу в момент подписания, однако подлежит последующей ратификации; ратификация лишь подтверждает то, что уже существовало с момента подписания. Можно сказать, что в таком случае договор вступает в силу под отменительным условием. Если в установленный срок ратификации не происходит, договор прекращает находиться в силе; однако он будет находиться в силе и порождать последствия с момента подписания до момента, когда он прекратит быть в силе ввиду отсутствия ратификации... Если... вступление в силу происходит лишь в момент ратификации, то в период между подписанием и ратификацией имеет место временное применение отдельных положений договора на основе

вторичной договоренности между сторонами и в силу вступила лишь эта договоренность<sup>120</sup>.

Позднее он добавил, что первая из ситуаций, о которых он говорил, т. е. ситуация временного применения, на которую ссылался г-н Рейтер, должна быть отражена в статье 24<sup>121</sup>.

51. Г-н Сендзин Цуруока заявил о своем согласии с г-ном Аго в том смысле, что речь идет о вступлении в силу соглашения, отдельного от договора, в соответствии со статьей 23; тогда договор применялся временно в соответствии с условиями, предусмотренными в этом дополнительном соглашении<sup>122</sup>. В то же время г-н Хименес де Аречага заявил, что не убежден в наличии какого-либо практического различия между двумя ситуациями, о которых говорил г-н Аго<sup>123</sup>. Г-н Тункин согласился с г-ном Аго в том, что существуют две возможности, однако по практическим причинам он считал, что их не следует вместе отражать в статье 24. Временное вступление в силу имеет важное значение, и статью 24 следует посвящать именно ему<sup>124</sup>.

52. Сэр Хамфри позднее напомнил, что возникли определенные разногласия в отношении того, какой случай предусмотрен в этой статье: когда договор вступил в силу временно или же когда имеется соглашение о применении отдельных его положений. Редакционный комитет сформулировал статью 24 в плане временного вступления договора в силу, поскольку эта формулировка очень часто употребляется в договорах и практике государств. Кроме того, по его мнению, различие между двумя концепциями носит теоретический характер<sup>125</sup>. Он заявил далее, что в статье 23 (Вступление договора в силу) фактически предусматриваются случаи, когда договор не предусматривает своего вступления в силу, однако когда соответствующие государства посредством отдельного соглашения договариваются, что он должен быть введен в силу к определенной дате. Он не усмотрел сколь-либо значительного различия между таким случаем и случаями, когда соответствующие государства договариваются о том, что договор, хотя и подлежит ратификации, временно вступает в силу<sup>126</sup>.

53. В 1968 году на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров Комитет полного состава рассмотрел совместное предложение, представленное Чехословакией и Югославией в отношении пункта 1 статьи 22, согласно которому ссылка на временное вступление в силу необходимо было заменить ссылкой на временное применение<sup>127</sup>.

<sup>112</sup> См. там же, стр. 316 англ. текста.

<sup>113</sup> *Ежегодник... 1965 год*, том I, 790-е заседание, стр. 106 англ. текста, пункт 75.

<sup>114</sup> Там же, пункт 81.

<sup>115</sup> Там же, стр. 106–107 англ. текста, пункт 83.

<sup>116</sup> Там же, стр. 107 англ. текста, пункт 91.

<sup>117</sup> Там же, стр. 108 англ. текста, пункт 100.

<sup>118</sup> Там же, 791-е заседание, стр. 109–110 англ. текста, пункт 3.

<sup>119</sup> Там же, 790-е заседание, стр. 106 англ. текста, пункт 76. Г-н Тункин не согласился с мнением г-на Рейтера (см. там же, 791-е заседание, стр. 111 англ. текста, пункт 29).

<sup>120</sup> Там же, 791-е заседание, стр. 109 англ. текста, пункты 5–7.

<sup>121</sup> Там же, стр. 110 англ. текста, пункт 17.

<sup>122</sup> Там же, стр. 109 англ. текста, пункт 11.

<sup>123</sup> Там же, стр. 112 англ. текста, пункт 53.

<sup>124</sup> Там же, пункт 54.

<sup>125</sup> Там же, 814-е заседание, стр. 274 англ. текста, пункт 39.

<sup>126</sup> Там же, пункт 40.

<sup>127</sup> A/CONF.39/C.1/L.185 и Add.1, воспроизводится в *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) (сноска 53 выше), Доклад Комитета полного состава, стр. 144 англ. текста, пункт 224 ii) b).



Эту поправку поддержали Соединенные Штаты (если статья 22 будет сохранена, то слова «вступает в силу» следует заменить словом «применяется») <sup>128</sup>, Цейлон (поддержал употребление термина «применяется») <sup>129</sup>, Италия (следует не путать простое применение, что является практическим вопросом, и вступление в силу, что представляет собой официальное правовое понятие) <sup>130</sup>, Чехословакия (следует употребить термин «временное применение», поскольку вступление в силу вряд ли может иметь место дважды) <sup>131</sup>, Израиль (слово «временно» вносит временной элемент, и если не будет сделано упора на применение в отличие от вступления в силу, то необходимо будет уточнить, что слово «временно» относится к сроку, а не к правовым последствиям) <sup>132</sup>, Франция (понятие временного вступления в силу трудно определить юридически) <sup>133</sup>, Швейцария <sup>134</sup>, Соединенное Королевство (речь должна идти о применении, а не о вступлении в силу договора) <sup>135</sup>, Греция <sup>136</sup>, Камбоджа <sup>137</sup>, Таиланд <sup>138</sup> и Эквадор (ссылка на «временное применение» является более юридически значимой и более точной, чем ссылка на «временное вступление в силу») <sup>139</sup>. В то же время Ирак выразил свое несогласие, поскольку с правовой точки зрения эта ситуация аналогична той, когда договор вступил в силу. Единственное различие – временной фактор <sup>140</sup>.

54. Эксперт-консультант сэр Хамфри напомнил, что Комиссия, и особенно ее Редакционный комитет, подробно обсуждали выбор между выражениями «временное применение» и «временное вступление в силу». В итоге Комиссия решила использовать «временное вступление в силу», поскольку, как выяснилось, в подавляющем большинстве договоров, в которых задействован обсуждаемый институт, прямо употребляется данный термин. С точки зрения правовой эlegantности также представляется уместным говорить не о применении, поскольку очевидно, что, прежде чем положения любого договора начнут применяться, должен вступить в силу некий международный документ. Таким документом может быть сам основной договор или дополнительное соглашение, например обмен нотами вне рамок договора. Другая причина заключается в том, что этот институт очень часто употребляется в случаях, когда довольно срочно необходимо ввести положения договора в силу. В таких случаях ратификация иногда не производится, поскольку цель договора фактически достигнута до

того, как она произойдет. Совершенно очевидно, что такие акты должны иметь под собой некое юридическое основание и по этой причине необходимо употреблять выражение «временное вступление в силу» <sup>141</sup>.

55. Тем не менее поправка была принята, и в последующих вариантах статьи содержалась новая формулировка. Этот вопрос вновь возник в следующем году, когда на пленарном заседании Конференции состоялся обмен мнениями по поводу правовых последствий изменений формулировки <sup>142</sup>.

### С. Правовое основание для временного применения

56. Комиссия первоначально исходила из того, что практика временного вступления в силу возможна лишь на основании положений самого договора. В 1953 году сэр Херш привел примеры конкретных положений договоров, допускающих применение до вступления в силу <sup>143</sup>. В своем первом докладе сэр Джеральд сохранил данный подход в своем предложении по пункту 1 статьи 42 («однако в договоре может быть предусмотрено, что он вступает в силу временно») <sup>144</sup>. Аналогичным образом сэр Хамфри в своем первом докладе первоначально также ограничил его договорами, в которых такая возможность была прямо предусмотрена <sup>145</sup>. В ходе обсуждений в Комиссии в 1962 году речь также шла об этом. Например, г-н Бартош приводил примеры международных соглашений, в которых было указано, что договор должен применяться с даты подписания, тогда как обязательная сила договора ставилась в зависимость от обмена ратификационными грамотами <sup>146</sup>.

57. Однако г-н Розен отметил, что иногда, когда официальное соглашение предусматривает ратификацию, в промежуточный период заключается соглашение в упрощенной форме, с тем чтобы ввести первое в силу временно до тех пор, пока оно не будет ратифицировано или пока не станет ясно, что оно не будет ратифицировано <sup>147</sup>. Специальный докладчик сэр Хамфри согласился с этой позицией, заявив, что в комментарии необходимо дать пояснение, указав, что этот случай учтен, поскольку формулировка статьи 21

<sup>128</sup> *Ibid.*, *First Session...* (A/CONF.39/11) (сноска 52 выше), 26-е заседание Комитета полного состава, стр. 140 англ. текста, пункт 24.

<sup>129</sup> *Ibid.*, стр. 141 англ. текста, пункты 34 и 35.

<sup>130</sup> *Ibid.*, стр. 142 англ. текста, пункт 43.

<sup>131</sup> *Ibid.*, стр. 141 англ. текста, пункт 37.

<sup>132</sup> *Ibid.*, стр. 142 англ. текста, пункт 44.

<sup>133</sup> *Ibid.*, пункт 45.

<sup>134</sup> *Ibid.*, пункт 46.

<sup>135</sup> *Ibid.*, пункт 49.

<sup>136</sup> *Ibid.*, пункт 54.

<sup>137</sup> *Ibid.*, 27-е заседание Комитета полного состава, стр. 144 англ. текста, пункт 4.

<sup>138</sup> *Ibid.*, пункт 8.

<sup>139</sup> *Ibid.*, стр. 145 англ. текста, пункт 14.

<sup>140</sup> *Ibid.*, 26-е заседание Комитета полного состава, стр. 143 англ. текста, пункт 52.

<sup>141</sup> *Ibid.*, 27-е заседание Комитета полного состава, стр. 145 англ. текста, пункты 15–18.

<sup>142</sup> См. обсуждение в пунктах 77–79 ниже.

<sup>143</sup> *Ежегодник... 1953 год*, том II, стр. 114–115 англ. текста, пункт 5) b) комментария к статье 6, пункт 2 b).

<sup>144</sup> См. *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 116 англ. текста.

<sup>145</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том II, стр. 69 англ. текста, статья 20, пункт 6 («в договоре может быть установлено, что он вступает в силу временно»); и стр. 71 англ. текста, статья 21, пункт 2 a) («когда в договоре установлено, что он вступает в полную силу временно»).

<sup>146</sup> Там же, том I, 647-е заседание, стр. 117 англ. текста, пункт 97. См. также выступление г-на Юнь-ли Ляня, секретаря Комиссии, ссылающегося на текст из *Summary of the Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Agreements (ST/LEG/7, пункт 42)*, где говорится, что государство не может стать участником соглашения на временной основе или в отношении лишь отдельных его положений, если только такая возможность не предусмотрена в самом соглашении (*ibid.*, пункт 40).

<sup>147</sup> Там же, 668-е заседание, стр. 259 англ. текста, пункт 38.

прямо не охватывает этот момент<sup>148</sup>. Хотя в статье 21 (ставшей статьей 24), принятой Комиссией в том году, был закреплен ранее принятый подход, в комментарии содержалось замечание, согласно которому может возникнуть вопрос о том, следует ли считать, что договор вступает в силу временно на основании самого договора или дополнительного соглашения, заключенного между соответствующими государствами при принятии текста<sup>149</sup>.

58. В своем четвертом докладе сэр Хамфри в ответ на комментарии Швеции, в которых была отмечена возможность заключения отдельного соглашения между сторонами<sup>150</sup>, предложил пересмотреть статью 24, с тем чтобы учесть случаи, когда соглашение, заключаемое с целью временного вступления договора в силу, не указывается в самом договоре, а заключается за его рамками<sup>151</sup>. В итоге предложенный им текст гласил: «В договоре может быть установлено или стороны могут договориться иным образом о том, что до его вступления в силу он вступает в силу временно»<sup>152</sup>. Специальный докладчик пояснил, что слова «иным образом» должны охватывать случаи, когда в самом договоре на этот счет положений нет, однако стороны заключили отдельное соглашение, например путем обмена нотами. Это соглашение само по себе будет являться договором, но не тем договором, о временном вступлении в силу которого идет речь<sup>153</sup>.

59. В Комиссии на этот счет были высказаны разные точки зрения. Например, г-н Розен предложил вести речь только о соглашении между сторонами<sup>154</sup>, а г-н Ляхс предпочел бы сделать ссылку на обе ситуации<sup>155</sup>. По мнению г-на Эль-Эриана, вопрос о том, где находится источник временного вступления в силу – в самом договоре или в дополнительном соглашении, – носит теоретический характер, поэтому его решение можно оставить на усмотрение тех, кто будет заниматься толкованием<sup>156</sup>. Специальный докладчик отметил, что если в самом договоре нет положений на этот счет, то ничто не препятствует государствам ввести в силу договор в полном объеме или частично посредством отдельного соглашения<sup>157</sup>.

60. В принятом в конечном итоге Комиссией тексте в отношении временного вступления в силу договора было предусмотрено два сценария: когда это установлено в самом договоре или когда участвовавшие в переговорах государства договорились каким-либо

иным образом<sup>158</sup>. По поводу последнего в комментарии указывалось, что альтернативная процедура для той же самой цели заключается для государств в том, чтобы, не включая положения в сам договор, заключить соглашение на основе отдельного протокола или путем обмена письмами или каким-либо иным образом, с тем чтобы временно ввести договор в силу<sup>159</sup>.

61. На Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров во всех предложениях по поправкам к пункту 1 статьи 22 были сохранены обе возможности обеспечения временного применения договора, указанные в варианте, который был принят Комиссией.

#### D. Временное применение части договора

62. Первые предложения по положению о временном вступлении в силу вплоть до представления сэром Хамфри своего предложения в его первом докладе (и включая это предложение) были посвящены договору в полном объеме. Тем не менее в 1962 году Комиссия приняла в первом чтении пересмотренный вариант статьи, в которой говорилось о временном вступлении в силу договора, полностью или частично<sup>160</sup>. В 1965 году формулировка этой статьи была изменена Редакционным комитетом, который, в частности, поместил вопрос о временном вступлении в силу части договора во второй пункт, который в принятой впоследствии форме гласил: «Такая же норма применяется ко временному вступлению в силу части договора». В комментарии содержалось следующее пояснение: «Сегодня довольно часто встречаются случаи временного введения в силу лишь отдельной части договора для удовлетворения насущных потребностей ситуации или для подготовки вступления договора в силу в полном объеме немного позднее»<sup>161</sup>.

63. Хотя оба предложения исключить пункт 2<sup>162</sup> были отклонены<sup>163</sup> на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров, совместное предложение Чехословакии и Югославии по

<sup>158</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, стр. 210 англ. текста, пункт 1) комментария к статье 22.

<sup>159</sup> Там же, пункт 2) комментария к статье 22.

<sup>160</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, стр. 182 англ. текста, статья 24.

<sup>161</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 210 англ. текста, пункт 3) комментария к статье 22.

<sup>162</sup> Предложение Филиппин (A/CONF.39/C.1/L.165) и совместное предложение Чехословакии и Югославии (A/CONF.39/C.1/L.185 и Add.1) (*Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) (сноска 53 выше), доклад Комитета полного состава, стр. 143 англ. текста, пункт 223). См. также заявления Филиппин (*ibid.*, *First Session...* (A/CONF.39/11) (сноска 52 выше), 26-е заседание Комитета полного состава, стр. 140 англ. текста, пункт 25) и Малайзии и Таиланда (*ibid.*, 27-е заседание Комитета полного состава, стр. 144 англ. текста, пункты 7 и 8).

<sup>163</sup> Шестьдесятю тремя голосами против 11 при 12 воздержавшихся (*ibid.*, *First and Second Sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2, сноска 53 выше), доклад Комитета полного состава, стр. 144 англ. текста, пункт 227 а)).

<sup>148</sup> Там же, пункт 39.

<sup>149</sup> Там же, том II, стр. 182 англ. текста, пункт 1) комментария к статье 24.

<sup>150</sup> *Ежегодник... 1965 год*, том II, документ A/CN.4/177 и Add.1–2, комментарии Швеции по статье 24, стр. 58 англ. текста.

<sup>151</sup> Там же, пункт 3 замечаний и предложений Специального докладчика относительно статьи 24.

<sup>152</sup> Там же.

<sup>153</sup> *Ежегодник... 1965 год*, том I, 790-е заседание, стр. 107 англ. текста, пункт 90.

<sup>154</sup> Там же, пункт 95.

<sup>155</sup> Там же, пункт 101.

<sup>156</sup> Там же, пункт 97.

<sup>157</sup> Там же, 814-е заседание, стр. 274 англ. текста, пункт 46.

пункту 1<sup>164</sup> было одобрено<sup>165</sup>, в результате чего содержание пункта 2 варианта Комиссии было перенесено в общую часть пункта 1 («договор или часть договора применяются временно»).

### Е. Установление условий

64. На ранних этапах рассмотрения Комиссией этого вопроса формулировки в отношении временного вступления договора в силу обычно также содержали условия, при которых договор вступит в силу на временной основе. В своем первом докладе сэр Херш привел примеры вступления в силу договоров до ратификации в определенную дату, т. е. в дату подписания, или по истечении 15 дней с этой даты<sup>166</sup>. В своем предложении по пункту 1 статьи 42 сэр Джеральд предусмотрел временное вступление в силу договора в определенную дату или по наступлении определенного события, такого как сдача на хранение установленного числа ратификационных грамот<sup>167</sup>. Аналогичным образом сэр Хамфри включил в свое предложение по пункту 6 статьи 20 ссылку на временное вступление в силу, которое происходит по «подписанию или наступлении определенной даты или события»<sup>168</sup>, а также в предложении по подпункту а) пункта 2 статьи 21 – «по наступлении определенной даты или события»<sup>169</sup>. В статье 21 (ставшей 24), принятой в 1962 году, говорилось о временном вступлении в силу «в определенную дату или по выполнении установленных требований»<sup>170</sup>.

65. Однако в принятом Комиссией в 1965 году тексте были исключены всякие ссылки на дату или событие, по наступлении которых договор вступал бы в силу на временной основе. Такая формулировка была сохранена во всех последующих вариантах, включая вариант, принятый в конечном итоге в качестве статьи 25 Венской конвенции 1969 года.

### Ф. Юридическое содержание временного применения

#### 1. РАССМОТРЕНИЕ В КОНТЕКСТЕ ВРЕМЕННОГО ПРИМЕНЕНИЯ ДОГОВОРОВ

66. Общая позиция Комиссии, сохранявшаяся в ходе всего рассмотрения временного вступления в силу договоров, заключалась в том, что такая практика

ведет к возникновению обязательства исполнять договор, пусть даже на временной основе<sup>171</sup>.

67. Например, сэр Джеральд в своем докладе предложил статью 42, в пункте 1 которой предусматривалось, что в таких случаях возникает обязательство исполнять договор на временной основе<sup>172</sup>. В ходе обсуждения доклада в 1959 году в ответ на вопрос г-на Бартоша (который спросил, каков правовой статус таких соглашений в случае, если одна из сторон не ратифицирует договор)<sup>173</sup> Специальный докладчик напомнил, что этот момент охватывается пунктом 1 статьи 42<sup>174</sup>. В то же время г-н Сель выразил мнение, согласно которому договор, который не был ратифицирован, не может рассматриваться как заключенный или как действующий<sup>175</sup>.

68. Этот вопрос был вновь поднят в 1962 году в ходе рассмотрения первого доклада сэра Хамфри, и не только в контексте его предложений по временному вступлению договоров в силу. В контексте проекта статьи 9 (Правовые последствия полного подписания), конкретно в отношении ссылки на добросовестность со стороны подписавшего государства в пункте 2, подпункт е), г-н Фердросс отметил, что, если договор был подписан при условии ратификации и не был ратифицирован, никаких обязательств не возникает. Это не исключает того, что после подписания договор мог быть введен в действие, если он практически применялся еще до ратификации; тогда он будет ратифицирован де-факто<sup>176</sup>. Этот вопрос был вновь затронут г-ном Бартошем на одном из последующих заседаний в ходе обсуждения статьи 12 (Правовые последствия ратификации), где он заявил, что время от времени случается так, что обмен ратификационными грамотами происходит лишь спустя какое-то время после того, как положения договора, которые до этого момента являлись действительными лишь временно, применялись в полном объеме. Последующая ратификация в таком случае придает обязательную силу последствиям договора и актам, основанным на этом договоре<sup>177</sup>.

69. Мнение двух Специальных докладчиков, сэра Джеральда и сэра Хамфри, в их специальных докладах по вопросу о временном вступлении договоров в силу было однозначным: оба решили подходить к проблеме как к частному случаю вступления договора в силу со всеми вытекающими отсюда правовыми последствиями. Сэр Хамфри выразился более четко

<sup>164</sup> См. сноску 162 выше.

<sup>165</sup> Семьюдесятью двумя голосами против 3 при 11 воздержавшихся (см. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) (сноска 53 выше), доклад Комитета полного состава, стр. 144 англ. текста, пункт 227 b)).

<sup>166</sup> *Ежегодник... 1953 год*, том II, стр. 114–115 англ. текста, пункт 5) b) комментария к статье 6, пункт 2 b).

<sup>167</sup> *Ежегодник... 1956 год*, том II, документ A/CN.4/101, стр. 104 англ. текста.

<sup>168</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том II, документ A/CN.4/144, стр. 69 англ. текста.

<sup>169</sup> Там же, стр. 71 англ. текста.

<sup>170</sup> Там же, стр. 182 англ. текста.

<sup>171</sup> См. выступление г-на Франсуа в 1951 году, которое, хотя и касалось скорее вопроса о воздействии внутреннего права на соблюдение договоров, иллюстрировало то, какие правовые сложности могут возникнуть в контексте временного применения договоров (*Ежегодник... 1951 год*, том I, 88-е заседание, стр. 47 англ. текста, пункты 37–38).

<sup>172</sup> *Ежегодник... 1956 год*, том II, документ A/CN.4/101, стр. 116 англ. текста.

<sup>173</sup> *Ежегодник... 1959 год*, том I, 487-е заседание, стр. 36 англ. текста, пункт 37.

<sup>174</sup> Там же, пункт 38.

<sup>175</sup> Там же, пункт 39.

<sup>176</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том I, 644-е заседание, стр. 93 англ. текста, пункт 69.

<sup>177</sup> Там же, 647-е заседание, стр. 117 англ. текста, пункт 97.

по этому вопросу<sup>178</sup>. Поясняя свое предложение по пункту 6 статьи 20, он отметил, что положение о временном вступлении договора в силу, с одной стороны, представляет собой положение, касающееся порядка введения договора в силу<sup>179</sup>. «Правовые последствия» временного вступления в силу были затем изложены в его предложении по подпункту а) пункта 2 статьи 21, где говорилось, что «права и обязательства, содержащиеся в договоре, начинают действовать для его сторон»<sup>180</sup>. Он заявил, что в пункте 2 должны быть закреплены правовые последствия временного вступления договора в силу. Совершенно ясно, что содержащаяся в пункте 2, подпункт а), норма просто вытекает из временного характера вступления в силу<sup>181</sup>.

70. Несмотря на противоположное мнение по крайней мере одного члена<sup>182</sup>, Комиссия сохранила такую контекстуальную ссылку на «вступление в силу» в статье 22 (ставшей 24), принятой в 1962 году<sup>183</sup>. В соответствии с замечанием г-на Бартоша о том, что в комментарии необходимо дать какие-то пояснения, с тем чтобы отразить аргумент, согласно которому есть нечто нелогическое в том, что договор вводится в силу временно и зависит от обмена ратификационными грамотами, с тем чтобы получить обязательную силу<sup>184</sup>, в комментарии к статье 24 было подтверждено, что не может быть никаких сомнений в том, что такие положения имеют правовые последствия и вводят договор в силу на временной основе<sup>185</sup>.

71. В своих письменных комментариях по этому положению, представленных в 1965 году, Нидерланды отметили, что они толкуют эту статью как относящуюся только к случаям, когда государства взяли на себя юридическое обязательство в отношении временного вступления в силу. В то же время далее было заявлено, что государства, подписавшие договор, могут также заключить соглашение необязательного характера относительно временного вступления в силу (в пределах, установленных их соответствующими национальными законами)<sup>186</sup>.

<sup>178</sup> Мнение сэра Джеральда см. в пункте 67 выше.

<sup>179</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том II, документ A/CN.4/144 и Add.1, стр. 71 англ. текста, пункт 7) комментария к статье 20.

<sup>180</sup> Там же, статья 21, пункт 2.

<sup>181</sup> Там же, пункт 4) комментария к статье 21.

<sup>182</sup> Там же, том I, 657-е заседание, стр. 179 англ. текста, пункт 9 (г-н Кастрен).

<sup>183</sup> Там же, том II, документ A/5209, стр. 182 англ. текста («договор вступает в силу в установленном порядке и продолжает оставаться в силе»). См. также мнение Шестого комитета, принятое в следующем году в контексте правил об осуществлении Статьи 102 Устава Организации Объединенных Наций («Было признано, что для целей статьи 1 правил договор вступает в силу, когда в соответствии с соглашением он применяется временно двумя или более его сторонами») (*Ежегодник... 1963 год*, том II, стр. 29 англ. текста, пункт 129).

<sup>184</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том I, 668-е заседание, стр. 259 англ. текста, пункт 40.

<sup>185</sup> Там же, том II, документ A/5209, стр. 182 англ. текста, пункт 1) комментария к статье 24 (первоначально статья 21).

<sup>186</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, часть II, приложение, стр. 316 англ. текста.

72. В 1965 году Председатель (г-н Бартош), комментируя статью 24, выразил мнение о том, что международные отношения станут проще, если государствам будет позволено вводить определенные договоры в силу на временной основе, до ратификации, не только в качестве простого практического шага, но и со всеми правовыми последствиями вступления в силу. Он убежден в том, что временное вступление в силу в самом деле влечет за собой действительность и возникновение юридического обязательства; даже если впоследствии ввиду отсутствия ратификации договор перестанет существовать, такое исчезновение не будет иметь ретроактивных последствий и никак не скажется на том, что договор находился в силе в течение определенного времени. Имело место правовое положение, которое породило свои последствия, и в рамках этого режима возникли определенные ситуации; следовательно, нельзя утверждать, что этот вопрос носит сугубо абстрактный характер<sup>187</sup>.

73. На Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров вопрос о правовом содержании временного применения договора обсуждался главным образом в контексте принципа *pacta sunt servanda*.

## 2. РАССМОТРЕНИЕ В КОНТЕКСТЕ ПРИНЦИПА PACTA SUNT SERVANDA

74. Вопрос о юридическом содержании временного применения договора также поднимался в контексте рассмотрения Комиссией принципа *pacta sunt servanda*. В комментарии к статье 55, принятой в 1964 году, говорилось, что по логическим соображениям необходимо включить слова «в силе». Поскольку Комиссия приняла ряд статей, которые касаются вступления договоров в силу, включая случаи временного вступления в силу, представляется необходимым уточнить, что правило *pacta sunt servanda* применяется к договорам, которые находятся в силе в соответствии с положениями настоящих статей<sup>188</sup>.

75. В своих письменных комментариях, представленных в 1965 году, Израиль, касаясь комментария к статье 55, указал, что может возникнуть вопрос относительно взаимосвязи этой статьи и статьи 24 (касающейся временного вступления в силу), при том что общий принцип *pacta sunt servanda* будет применяться к основному соглашению, на основании которого установлено временное вступление в силу<sup>189</sup>.

76. В ответ на последнее замечание г-н Уолдок в своем шестом докладе напомнил, что Комиссия ни в 1962, ни в 1965 годах не пыталась уточнить, каков источник обязательств сторон в случаях временного вступления в силу<sup>190</sup>. Далее он заявил:

<sup>187</sup> *Ежегодник... 1965 год*, том I, 791-е заседание, стр. 110 англ. текста, пункт 24. См. также выступление г-на Цуруоки (там же, пункт 27).

<sup>188</sup> *Ежегодник... 1964 год*, том II, документ A/5809, стр. 177 англ. текста, пункт 3) комментария к статье 55.

<sup>189</sup> См. *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/CN.4/186 и Add.1-7, стр. 59 англ. текста.

<sup>190</sup> См. там же, стр. 61 англ. текста, пункт 3 замечаний и предложений Специального докладчика по статье 55.

В статье 24 в ее нынешней форме четко изложена правовая конструкция в плане временного вступления договора в силу; иными словами, согласно статье 24, договор обозначен как введенный «в силу». Вследствие этого, насколько можно судить, нет никакой необходимости в настоящей статье делать особую ссылку на «договоры, временно находящиеся в силе». В соответствии с настоящей статьей принцип *pacta sunt servanda* применим к любому «договору в силе»... договоры могут находиться в силе согласно статье 24, а также согласно статье 23<sup>191</sup>.

В комментарии к статье 23 (бывшая статья 55), принятой в 1966 году, подтверждалось, что слова «в силе» охватывают договоры, находящиеся в силе временно согласно статье 22<sup>192</sup>.

77. На Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров в ходе обсуждения статьи 23 в 1968 году состоялся обмен мнениями относительно того, не изменил ли переход от выражения «временное вступление в силу» к выражению «временное применение» в статье 22 правовое содержание этого положения. С одной стороны, Соединенное Королевство изложило свое понимание, согласно которому, несмотря на незначительные редакционные изменения, норма в статье 23 по-прежнему применяется в равной степени к договору, который применяется временно согласно статье 22<sup>193</sup>. Индия выразила свое несогласие, заявив, что любые обязательства, которые могут возникнуть согласно статье 22, будут относиться к категории общего обязательства проявлять добросовестность на основании статьи 15 (Обязательство не лишать договор объекта и цели до его вступления в силу), а не статьи 23 (*Pacta sunt servanda*)<sup>194</sup>.

78. Норвегия посоветовала проявлять осторожность, с тем чтобы не допустить вывода о том, что норма в статье 23 не применяется к договору, который применяется временно<sup>195</sup>. По ее мнению, совершенно ясно, что в соответствии с международным обычным правом принцип *pacta sunt servanda* также применяется к договору в период временного применения<sup>196</sup>. Колумбия выразила свое согласие, предложив добавить после слов «в силе» в статье 23 слова «или применяется временно»<sup>197</sup>. Югославия также предложила аналогичную поправку к статье 23 с целью обеспечить, чтобы формулировка этой статьи охватывала договоры, применяемые временно, при условии соблюдения статьи 22<sup>198</sup>. По мнению Румынии, совершенно очевидно, что принцип *pacta sunt servanda* в

равной степени применим к договорам, которые находятся в силе временно<sup>199</sup>.

79. Председатель Конференции г-н Аго впоследствии отметил, что никто не сомневался в целесообразности поправок Югославии и Колумбии. Затем он заявил, что выражение «договор в силе» совершенно очевидно также относится к договорам, которые применяются временно<sup>200</sup>. Поправка Югославии была передана в Редакционный комитет и рассматривалась с еще одним предложением Югославии относительно включения статьи 23 *bis* следующего содержания: «Каждый договор, применяемый временно, полностью или частично, является обязательным для договаривающихся государств и должен добросовестно выполняться»<sup>201</sup>. Председатель Редакционного комитета впоследствии отметил, что он счел предложение Югославии самоочевидным и что временное применение также входит в сферу действия статьи 23, касающейся принципа *pacta sunt servanda*<sup>202</sup>.

3. РАССМОТРЕНИЕ В КОНТЕКСТЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА НЕ НАРУШАТЬ ОБЪЕКТ ДОГОВОРА ИЛИ НЕ ПРЕПЯТСТВОВАТЬ ЕГО ПОСЛЕДУЮЩЕМУ ОСУЩЕСТВЛЕНИЮ

80. Применение договоров на временной основе упоминалось также в ходе обсуждения обязательства проявлять добросовестность, с тем чтобы воздерживаться от нарушения объекта договора и не препятствовать его последующему осуществлению. В своем первом докладе, вышедшем в 1962 году, сэр Хамфри предложил статью 9, озаглавленную «Правовые последствия полного подписания»; в подпункте *c*) ее пункта 2 предусматривалось следующее: «Подписавшее государство в период, предшествующий тому, как оно уведомит другие соответствующие государства о своем решении в отношении ратификации или принятия договора, или, в отсутствие такого уведомления, в течение разумного срока обязано добросовестно воздерживаться от любых действий, направленных на нарушение целей договора или воспрепятствование его будущему осуществлению»<sup>203</sup>.

81. В ходе обсуждения статьи 9 в том году г-н Бартош приветствовал положение о добросовестности в подпункте 2 *c*) ввиду растущей современной практики, особенно заметной в таможенных соглашениях, в соответствии с которой они вступают в силу сразу до окончательной ратификации<sup>204</sup>. Г-н Бриггс отметил, что отдельные положения отдельных договоров могут вступать в силу по подписании<sup>205</sup>. Он предложил включить положение о том, что до вступления договора в силу обязательство не нарушать целей

<sup>191</sup> Там же.

<sup>192</sup> Там же, том II, стр. 211 англ. текста, пункт 3) комментария к статье 23.

<sup>193</sup> *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session...* (A/CONF.39/11/Add.1) (сноска 60 выше), 11-е пленарное заседание, стр. 40 англ. текста, пункт 58.

<sup>194</sup> *Ibid.*, стр. 41 англ. текста, пункт 70.

<sup>195</sup> *Ibid.*, 12-е пленарное заседание, стр. 47 англ. текста, пункт 32. См. также *ibid.*, *First Session...* (A/CONF.39/11) (сноска 52 выше), 29-е заседание Комитета полного состава, стр. 157 англ. текста, пункт 58.

<sup>196</sup> *Ibid.*, *Second Session...* (A/CONF.39/11/Add.1) (сноска 60 выше), 12-е пленарное заседание, стр. 47 англ. текста, пункты 33 и 34.

<sup>197</sup> *Ibid.*, стр. 47–48 англ. текста, пункт 45.

<sup>198</sup> *Ibid.*, стр. 48 англ. текста, пункт 50. См. также мнения Непала (*ibid.*, пункт 56) и Украинской Советской Социалистической Республики (*ibid.*, стр. 49 англ. текста, пункт 61).

<sup>199</sup> *Ibid.*, стр. 48–49 англ. текста, пункт 58.

<sup>200</sup> *Ibid.*, стр. 49 англ. текста, пункт 63.

<sup>201</sup> *Ibid.*, *First and Second Sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) (сноска 53 выше), стр. 268 англ. текста, A/CONF.39/L.24.

<sup>202</sup> См. также *ibid.*, *Second Session...* (A/CONF.39/11/Add.1) (сноска 60 выше), 28-е пленарное заседание, стр. 157 англ. текста, пункт 47. См. также заявление Польши (*ibid.*, 29-е пленарное заседание, стр. 158 англ. текста, пункты 2 и 3).

<sup>203</sup> См. *Ежегодник... 1962 год*, том II, документ A/CN.4/144, стр. 46 англ. текста.

<sup>204</sup> Там же, том I, 643-е заседание, стр. 88 англ. текста, пункт 86.

<sup>205</sup> Там же, 644-е заседание, стр. 94 англ. текста, пункт 87.

договора будет не только обязательством проявлять добросовестность, но и обязательством, вытекающим из нормы общего международного права<sup>206</sup>. Кроме того, г-н Фердросс выразил мнение, согласно которому подпункт *e*) пункта 2 («Подписавшее государство также должно иметь право осуществлять любые другие права, непосредственно предоставленные ему самим договором или настоящими статьями»)<sup>207</sup> не препятствует практике, в соответствии с которой договор после подписания может быть введен в действие, если он практически осуществлялся еще до ратификации<sup>208</sup>.

82. В ответ на эти заявления Специальный докладчик, предложив перенести подпункт *d*) в отдельную статью, касающуюся прав и обязательств государств до вступления в силу договора, в разработке которого они участвовали<sup>209</sup>, добавил, что в ходе обсуждений некоторые члены заявили, что положения подпункта *e*) могут быть полезны для отражения вопроса о временном вступлении в силу. С этим он согласился<sup>210</sup>. Позднее Редакционный комитет предложил новую статью (ставшую впоследствии статьей 17), которая ограничивалась общим обязательством проявлять добросовестность, с тем чтобы воздерживаться от действий, направленных на нарушение целей договора.

83. В 1965 году г-н Бригге отметил, что статья 24 (Временное вступление в силу) отличается от статьи 17, в которой закреплены определенные обязательства, которые до вступления договора в силу на основании принципа добросовестности возлагаются на государства, которые участвовали в разработке его текста. В случае, предусмотренном в статье 24, с другой стороны, участники установили, что отдельные части договора будут применяться до обмена ратификационными грамотами<sup>211</sup>.

84. Позднее статья 17 была принята в качестве статьи 15 (Обязательство государств не нарушать объект договора до его вступления в силу). Вопрос о временном применении договоров не поднимался в ходе рассмотрения статьи 15 на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров.

### Г. Прекращение временного применения

85. Вопрос о прекращении временного вступления в силу фигурировал в представленных ранее предложениях Комиссии. Однако он по большей части был исключен из статьи 22 проекта статей о праве договоров 1966 года<sup>212</sup>, а затем по просьбе правительств

был вновь включен на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров в то, что стало статьей 25.

86. Следует напомнить о том, что в пункте 2 статьи 25 указывается только один способ прекращения временного применения, а именно посредством направления уведомления государством, желающим прекратить применение. Другие процедуры или основания могут быть прямо указаны в самом договоре или в отдельном соглашении между участвующими в переговорах государствами. История переговоров по этому положению свидетельствует о том, что рассматривались и другие возможности для прекращения временного применения.

#### 1. ПРЕКРАЩЕНИЕ ПО ВСТУПЛЕНИИ В СИЛУ ДОГОВОРА, КОТОРЫЙ ПРИМЕНЯЛСЯ ВРЕМЕННО

87. В пункте 6 статьи 20, предложенном сэром Хамфри в его первом докладе, предусматривалось, что договор может вступить в силу временно до его полного вступления в силу<sup>213</sup>. Аналогичным образом в подпункте *a*) пункта 2 статьи 21 говорилось о временном вступлении в силу договора до того, как договор вступит в полную силу в соответствии с его положениями<sup>214</sup>. Это утверждение было представлено как логически вытекающее из временного характера вступления в силу<sup>215</sup>.

88. Предложение Специального докладчика нашло свое отражение в тексте принятой в 1962 году статьи 22 (ставшей статьей 24), во втором предложении которой предусматривалось, в частности, продолжение нахождения в силе договора на временной основе «до тех пор, пока... договор не вступит в силу окончательно»<sup>216</sup>. В комментарии к статье 24 указывалось, что «временное» применение договора прекращается после того, как договор будет должным образом ратифицирован или утвержден в соответствии с его положениями<sup>217</sup>.

89. Такое понимание было сохранено во всех последующих вариантах этого положения, принятых Комиссией. Оно также пережило принятое в этой связи в 1965 году решение исключить положение о прекращении временного вступления договора в силу<sup>218</sup>. В этой статье, принятой в итоге Комиссией, в пункте 1 *a*) была сохранена идея о том, что временное

нелогичность в том, что статья 24 является единственной статьей в части I, где говорится о прекращении, Редакционный комитет постановил, что статья 24 должна касаться только случая временного вступления договора в силу (см. там же, 814-е заседание, стр. 275 англ. текста, пункт 44). См. также там же, 791-е заседание, стр. 113 англ. текста, пункт 57, и мнения г-на Аго (там же, 814-е заседание, стр. 275 англ. текста, пункт 49). Эта позиция была подтверждена в пункте 4) комментария к статье 22 статей о праве договоров 1966 года (см. *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 210 англ. текста).

<sup>213</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том II, документ A/CN.4/144, стр. 69 англ. текста.

<sup>214</sup> Там же, стр. 71 англ. текста.

<sup>215</sup> Там же, пункт 4) комментария к статье 21.

<sup>216</sup> Там же, стр. 182 англ. текста.

<sup>217</sup> Там же, пункт 2) комментария к статье 24.

<sup>218</sup> См. сноску 212 выше.

<sup>206</sup> Там же, пункт 88.

<sup>207</sup> См. *Ежегодник... 1962 год*, том II, документ A/CN.4/144, стр. 46 англ. текста.

<sup>208</sup> Там же, том I, 644-е заседание, стр. 93 англ. текста, пункт 69.

<sup>209</sup> Там же, 645-е заседание, стр. 97 англ. текста, пункт 17.

<sup>210</sup> Там же, пункт 18.

<sup>211</sup> *Ежегодник... 1965 год*, том I, 791-е заседание, стр. 108 англ. текста, пункт 2.

<sup>212</sup> До 1965 года в различных вариантах проекта статьи, включая вариант, принятый в 1962 году, прямо говорилось о прекращении временного вступления в силу. В 1965 году по предложению Специального докладчика, который отметил определенную

вступление в силу может быть осуществлено до ратификации, принятия, утверждения или присоединения со стороны договаривающихся государств<sup>219</sup>.

90. На Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров Венгрия и Польша внесли предложение, в частности, включить в новый пункт о прекращении более четкое положение о прекращении временного применения, когда договор вступает в силу (наряду с другими основаниями для прекращения)<sup>220</sup>. Однако в тексте, который впоследствии был представлен Редакционным комитетом (и который позднее был принят в качестве статьи 25 Конвенции), был сохранен подход Комиссии в плане упоминания прекращения временного применения после вступления договора в силу в пункте 1 (а не в пункте 2), касающемся прекращения временного применения. В ходе обсуждения статьи 22 на пленуме Конференции в 1969 году эксперт-консультант отметил, что в понятии временного применения подразумевается, что такое применение является временным до окончательного вступления в силу<sup>221</sup>.

## 2. ОДНОСТОРОННЕЕ ПРЕКРАЩЕНИЕ В ОТЛИЧИЕ ОТ ПРЕКРАЩЕНИЯ ПО ВЗАИМНОМУ СОГЛАСИЮ

91. В предложении сэра Хамфри по подпункту *b*) пункта 2 статьи 21, представленном в 1962 году, была предусмотрена возможность одностороннего прекращения посредством уведомления («любая из сторон может направить уведомление о прекращении временного применения договора»), правовые последствия которого были обусловлены истечением срока продолжительностью в шесть месяцев (с момента направления уведомления)<sup>222</sup>. По истечении периода уведомления содержащиеся в договоре права и обязательства прекращаются применительно в отношении этой стороны<sup>223</sup>. В своем комментарии к этой статье он характеризовал такое одностороннее прекращение как одну из форм выхода и указывал, что представляется желательным немного точнее сформулировать эту норму и, вероятно, превратить отказ от временного применения договора в упорядоченный процесс<sup>224</sup>. Он также упомянул возможность того, что данный способ прекращения временного вступления в силу может и не затронуть положение других государств, для которых договор вступил в силу временно, заявив, что в проекте также говорится, что прекращение будет затрагивать только конкретную соответствующую сторону<sup>225</sup>. Однако принятый Комиссией в

1962 году текст<sup>226</sup> не содержал ссылки на требование об уведомлении. Вместо этого элементы инициативы со стороны одного или всех государств полностью ограничивались взаимной договоренностью.

92. Предусмотренная в подпункте *b*) пункта 2 статьи 21 возможность прекращения посредством уведомления была подчинена общему условию «если только стороны не заключили дополнительное соглашение о том, что договор остается в силе на временной основе»<sup>227</sup>. Хотя подпункт *b*) в Редакционный комитет не передавался (по другим причинам), понятие прекращения временного вступления в силу на основе договоренности между сторонами сохранилось в тексте статьи 22 (ставшей статьей 24), принятой Комиссией в 1962 году<sup>228</sup>. В этом варианте договоренность сторон была представлена как один из двух способов прекращения (вторым способом является автоматическое прекращение после вступления договора в силу): «договор... продолжает оставаться в силе на временной основе до тех пор, пока... соответствующие государства не договорятся о прекращении временного применения договора»<sup>229</sup>.

93. Это положение было подвергнуто критике Нидерландами в письменных комментариях, где Нидерланды утверждали, что правительство должно также иметь право прекратить временное вступление в силу в одностороннем порядке, если оно решило не ратифицировать договор, который был отклонен парламентом, или если оно решило по другим сходным причинам его не ратифицировать<sup>230</sup>.

94. В 1965 году г-н Хосе Мария Руда изложил свое мнение, согласно которому с точки зрения теории права до тех пор, пока не получено окончательное согласие, каждая сторона должна сохранять свободу выхода из договора и, следовательно, прекращать его временное применение<sup>231</sup>. Г-н Ляхс пошел дальше, заявив, что право на инициативу возникает в тех случаях, когда ратификация договора задерживается<sup>232</sup>. Г-н Цуруока заявил, что поддерживает позицию, согласно которой прекращение временного вступления в силу договора будет презюмироваться, когда одна из сторон направила уведомление о том, что она не будет ратифицировать договор<sup>233</sup>. Однако этот вопрос был устранен решением Комиссии не включать

<sup>219</sup> *Ежегодник... 1965 год*, том II, стр. 162 англ. текста.

<sup>220</sup> A/CONF.39/C.1/L.198, воспроизводится в *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) (сноска 53 выше), стр. 144 англ. текста, пункт 224 iv) b).

<sup>221</sup> *Ibid.*, *Second Session...* (A/CONF.39/11/Add.1) (сноска 60 выше), 11-е пленарное заседание, стр. 40 англ. текста, пункт 63.

<sup>222</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том II, документ A/CN.4/144, стр. 71 англ. текста, статья 21, пункт 2 b).

<sup>223</sup> Там же.

<sup>224</sup> Там же, стр. 71 англ. текста, пункт 4) комментария к статье 21.

<sup>225</sup> Там же. В то же время он обусловил это предложение, заявив, что рассмотрение данного вопроса, вероятно, необходимо продолжить.

<sup>226</sup> Там же, документ A/5209, стр. 181 англ. текста.

<sup>227</sup> Там же, документ A/CN.4/144, стр. 71 англ. текста, статья 21, пункт 2 b).

<sup>228</sup> Там же, документ A/5209, стр. 182 англ. текста.

<sup>229</sup> Там же.

<sup>230</sup> См. *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, часть II, приложение, стр. 316 англ. текста.

<sup>231</sup> *Ежегодник... 1965 год*, том I, 790-е заседание, стр. 107 англ. текста, пункт 87.

<sup>232</sup> Там же, стр. 108 англ. текста, пункт 103.

<sup>233</sup> Там же, 791-е заседание, стр. 109 англ. текста, пункт 12. В поддержку требования об уведомлении также выступили г-н Тункин (там же, стр. 111 англ. текста, пункт 30), г-н Розен (там же, пункт 32), г-н Хименес де Аречага (там же, стр. 112 англ. текста, пункт 51) и г-н Аго (там же, 814-е заседание, стр. 275 англ. текста, пункт 49).

более конкретного положения о прекращении временного вступления в силу<sup>234</sup>.

95. В своих письменных замечаниях, представленных в 1967 году, Бельгия вернулась к тексту, принятому Комиссией в 1962 году, и возразила против увязывания прекращения временного вступления в силу с взаимной договоренностью. Она заявила, что такая позиция означает, что государство сможет отказаться от обязательства применять договор временно только в случае, когда другие договаривающиеся государства договорятся об этом, добавив, что было бы целесообразно предусмотреть способ, с помощью которого временное применение договора, который не ратифицирован, могло бы быть прекращено в одностороннем порядке<sup>235</sup>. В ходе обсуждения права договоров в Шестом комитете в 1967 году Швеция выразила согласие с комментариями Бельгии, заявив, что необходимо предоставить государствам свободу прекращать такие договоры в одностороннем порядке без предварительного уведомления<sup>236</sup>.

96. На первой сессии Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров в 1968 году было внесено два предложения о включении нового пункта, касающегося вопроса прекращения временного применения. Согласно предложению Бельгии, государство, желающее прекратить временное вступление в силу договора, может сделать это путем изъясления своего намерения не становиться стороной договора, при условии «если только стороны не установили иной порядок или не договорились об ином»<sup>237</sup>. Венгрия и Польша представили совместное предложение о включении нового пункта, предусматривающего уведомление со стороны одного такого государства о его намерении не становиться стороной договора в отношении этого государства в качестве возможных оснований для прекращения временного применения<sup>238</sup>.

97. В ходе обсуждения Соединенные Штаты поддержали идею, допускающую прекращение временного применения либо по взаимному согласию, либо посредством одностороннего уведомления, и внесли собственное предложение<sup>239</sup>. Бельгия, ссылаясь на предложенную поправку, пояснила, что речь не шла о применении положений проекта, касающихся расторжения договоров, поскольку государство не может расторгнуть договор, стороной которого оно еще не

является<sup>240</sup>. Италия<sup>241</sup>, Франция<sup>242</sup>, Швейцария<sup>243</sup>, Соединенное Королевство<sup>244</sup> и Австралия<sup>245</sup> поддержали поправку Бельгии.

98. Позднее Комитет полного состава решил вновь включить пункт о прекращении на основе поправки Бельгии и совместной поправки Польши и Венгрии. Текст статьи 22, впоследствии предложенный Редакционным комитетом, содержал новый пункт 2, в котором устанавливался основной способ прекращения временного применения на основе одностороннего уведомления, при наличии общего условия в отношении взаимного согласия, отраженного либо в договоре, либо в последующем соглашении<sup>246</sup>.

99. Новый пункт о прекращении временного применения рассматривался в ходе обсуждения статьи 22 на пленуме Конференции в 1969 году. Иран заявил, что он допускает возможность выхода государства, которое уже подписало договор, что, по всей видимости, подрывает принцип *pacta sunt servanda*<sup>247</sup>. В ответ на комментарии Председателя Конференции, отметившего сложности в понимании фразы «если в договоре не предусмотрено иное»<sup>248</sup>, Председатель Редакционного комитета напомнил о решении Комитета полного состава включить пункт о прекращении и разъяснил, что государство, которое согласилось на временное применение договора, может решить позднее, что оно не хочет становиться участником; после того как другие соответствующие государства получают уведомление об этом намерении, временное применение прекратится<sup>249</sup>.

100. Некоторые делегации, включая делегацию Ирана<sup>250</sup>, это не убедило. Греция отметила, что пункт 2 может вызвать неопределенность, поскольку в парламентских системах правительство может изменить свое мнение и выразить иное намерение на более позднем этапе<sup>251</sup>. Италия задала вопрос относительно правовых последствий прекращения временного применения (будь то *ex tunc* или *ex nunc*)<sup>252</sup>. Польша внесла запоздалое предложение (которое не было принято) установить шестимесячный период до того, как прекращение временного применения начнет действовать<sup>253</sup>. Впоследствии Конференция приняла статью 22 (позднее ставшую статьей 25), включая пункт 2, без дальнейших поправок.

<sup>240</sup> *Ibid.*, стр. 142 англ. текста, пункт 42.

<sup>241</sup> *Ibid.*, пункт 43.

<sup>242</sup> *Ibid.*, пункт 45.

<sup>243</sup> *Ibid.*, пункт 47.

<sup>244</sup> *Ibid.*, пункт 49.

<sup>245</sup> *Ibid.*, 27-е заседание, стр. 144 англ. текста, пункт 10.

<sup>246</sup> *Ibid.*, *First and Second Sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) (сноска 53 выше), стр. 144–145 англ. текста, пункт 230.

<sup>247</sup> *Ibid.*, *Second Session...* (A/CONF.39/11/Add.1) (сноска 60 выше), 11-е пленарное заседание, стр. 40 англ. текста, пункт 62.

<sup>248</sup> *Ibid.*, пункт 65.

<sup>249</sup> *Ibid.*, пункт 66.

<sup>250</sup> *Ibid.*, пункт 71.

<sup>251</sup> *Ibid.*, пункт 75.

<sup>252</sup> *Ibid.*, пункт 84.

<sup>253</sup> *Ibid.*, пункт 88.

<sup>234</sup> См. сноску 212 выше.

<sup>235</sup> См. сноску 50 выше.

<sup>236</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, двадцать вторая сессия, Шестой комитет* (A/C.6/SR.980), 980-е заседание, пункт 13.

<sup>237</sup> A/CONF.39/C.1/L.194, воспроизводится в *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions* (A/CONF.39/11/Add.2) (сноска 53 выше), стр. 144 англ. текста, пункт 224 iv) a).

<sup>238</sup> A/CONF.39/C.1/L.198, *ibid.*, пункт 224 iv) b).

<sup>239</sup> *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session...* (A/CONF.39/11) (сноска 52 выше), 26-е заседание Комитета полного состава, стр. 140 англ. текста, пункт 24.



### 3. ПРЕКРАЩЕНИЕ КАК СЛЕДСТВИЕ НЕОБОСНОВАННОЙ ЗАДЕРЖКИ ИЛИ СНИЖЕНИЯ ВЕРОЯТНОСТИ РАТИФИКАЦИИ

101. В пункте 1 предложения сэра Джеральда по статье 42, внесенного в 1956 году, говорилось следующее: «Обязательство исполнять договор на временной основе... прекратится, если окончательное вступление в силу необоснованно задерживается или явно перестает быть вероятным»<sup>254</sup>. Необоснованная задержка, в результате которой возникает ощущение, что ратификация становится маловероятной, в качестве основания для прекращения временного вступления в силу упоминалась впоследствии в нескольких случаях. Например, г-н Сель в ходе обсуждения в 1959 году другого положения заявил, что дни, когда государства дезавуировали подписи своих полномочных представителей, миновали; эти полномочные представители более не являются просто уполномоченными агентами. Они теперь имеют особые полномочия, которые в некоторой степени обязывают государство, и органы, компетентные ратифицировать документ, более не могут действовать произвольно. Если же, подчиняясь простому капризу или имея неблагоприятные намерения, они задерживают вступление в силу, у государства может возникнуть определенная ответственность. Это замечание применяется в определенной мере к особому случаю договоров, которые вступили в силу временно<sup>255</sup>.

102. В своем предложении по статье 21, пункт 2 *b*), представленном в 1962 году, сэр Хамфри привел в качестве основания для любой из сторон представить уведомление о прекращении обстоятельство, при котором вступление в полную силу договора необоснованно задерживалось<sup>256</sup>. Он пояснил, что сделал предложение, которое было внесено *de lege ferenda*, поскольку представляется очевидным, что, если необходимая ратификация или принятие и т. д. необоснованно задерживаются и временный период необоснованно продлевается, должен наступить момент, когда государства будут иметь право сказать, что временное применение договора завершилось<sup>257</sup>.

103. Однако предложение включить увязку с «необоснованной задержкой» не нашло поддержки в Комиссии в целом. Г-н Эрик Кастрен назвал это выражение далеко не четким<sup>258</sup>. Г-н Хименес де Аречага выразил сомнение в отношении целесообразности нормы, предложенной *de lege ferenda* в пункте 2 *b*); ее последствием мог бы стать подрыв определенных сложившихся договорных отношений, и, как представляется, она больше относится к прекращению договоров, чем к правовым последствиям вступления

в силу<sup>259</sup>. Г-н Тункин также выразил сомнение, отметив, что она может быть истолкована как позволяющая государству прекращать временное применение договора, несмотря на положения самого договора, на том основании, что, по его собственному мнению, налицо необоснованная задержка с полным вступлением договора в силу<sup>260</sup>. Впоследствии Специальный докладчик сообщил о своей готовности отказаться от подпункта *b*) и отметил, что иногда происходит так, что договор остается в силе временно в течение всего срока его существования, при этом механизм временного вступления в силу используется лишь потому, что никто не рассчитывает на утверждение парламента в целях ратификации в течение разумного срока. В таких случаях договор официально так и не вступает в полную силу, поскольку цели договора достигнуты благодаря тому, что «временное» вступление в силу так и не было прекращено<sup>261</sup>.

104. После устранения подпункта *b*) связь между прекращением временного вступления в силу и необоснованной задержкой более не фигурировала в последующих вариантах этого положения вплоть до статьи 25 Венской конвенции 1969 года (и включая эту статью).

105. Тем не менее элемент задержки и обусловленное им снижение вероятности ратификации были сохранены в комментарии к статье 24, принятом в 1962 году; в нем говорилось, в частности: «Совершенно очевидно, "временное" применение договора прекратится... когда станет ясно, что договор не будет ратифицирован или утвержден одной из сторон. Иногда бывает так, что это событие может быть задержано»<sup>262</sup>.

106. В 1965 году была предпринята попытка оживить элемент сниженной вероятности ратификации. В своем письменном комментарии Швеция напомнила фразу из комментария к статье 24 и заявила, что она стоит ближе всего к правовой позиции, отражающей преобладающую практику<sup>263</sup>. Специальный докладчик согласился с комментарием Швеции и в своем четвертом докладе, представленном в 1965 году, предложил включить новую ссылку на договор, который продолжает оставаться в силе временно, в частности до тех пор, «пока не станет ясно, что одна из сторон не ратифицирует или, в зависимости от случая, не одобрит его»<sup>264</sup>.

107. В том же году г-н Хименес де Аречага, соглашаясь с предложенным Специальным докладчиком новым положением, отметил, что эта формулировка больше подходит к двусторонним договорам; вовсе необязательно, что многосторонний договор прекратит

<sup>254</sup> См. *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 116 англ. текста. В своем комментарии к этому положению Специальный докладчик просто отметил, что в нем «изложена норма, применимая в случае, когда [временное вступление в силу] становится необоснованно продолжительным» (там же, стр. 127 англ. текста, пункт 106).

<sup>255</sup> *Ежегодник... 1959 год*, том I, 488-е заседание, стр. 37 англ. текста, пункт 2.

<sup>256</sup> *Ежегодник... 1962 год*, том II, стр. 71 англ. текста, статья 21, пункт 2 *b*).

<sup>257</sup> Там же, пункт 4) комментария к статье 21.

<sup>258</sup> Там же, том I, 657-е заседание, стр. 179 англ. текста, пункт 11.

<sup>259</sup> Там же, стр. 179–180 англ. текста, пункт 14.

<sup>260</sup> Там же, стр. 180 англ. текста, пункт 15.

<sup>261</sup> Там же, пункт 17.

<sup>262</sup> Там же, том II, стр. 182 англ. текста, пункт 2) комментария к статье 24.

<sup>263</sup> См. *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, часть II, приложение, стр. 339 англ. текста.

<sup>264</sup> См. *Ежегодник... 1965 год*, том II, стр. 58 англ. текста, пункт 3 замечаний и предложений Специального докладчика.

действовать для других соответствующих сторон<sup>265</sup>. Г-н Кастрен полагал, что новая формулировка приближала это положение к одностороннему прекращению, а это, по его мнению, чересчур<sup>266</sup>. Г-н Ляхс отметил, что в некоторых случаях позиция в отношении ратификации или не ратификации со стороны государства может так и не проясниться и что было много случаев, когда договоры в течение многих лет стояли в повестке дня законодательных органов, полномочных их ратифицировать, при этом никаких решений не принималось<sup>267</sup>. Он отметил также, что этот момент может быть охвачен, если указать, что государство обязано уточнить свою позицию в течение определенного периода времени<sup>268</sup>. Г-н Тункин, выражая сомнения по поводу новой формулировки Специального докладчика, заявил, что нельзя полагаться просто на некий вывод<sup>269</sup>. Этот вопрос был устранен решением Комиссии не включать конкретную ссылку на прекращение временного вступления в силу<sup>270</sup>.

<sup>265</sup> Там же, том I, 790-е заседание, стр. 106 англ. текста, пункт 77.

<sup>266</sup> Там же, пункт 80.

<sup>267</sup> Там же, стр. 108 англ. текста, пункт 102. См. также мнения г-на Аго (там же, том I, 791-е заседание, стр. 109 англ. текста, пункт 8).

<sup>268</sup> Там же, 790-е заседание, стр. 108 англ. текста, пункт 102.

<sup>269</sup> Там же, 791-е заседание, стр. 111 англ. текста, пункт 30.

<sup>270</sup> См. сноску 212 выше.

108. На Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров в 1968 году Цейлон отметил, что следует уделить внимание ограничению периода временного применения. После установленной даты временное применение должно прекратиться до ратификации<sup>271</sup>. В 1969 году Австрия предложила включить новый пункт, предусматривающий, что временное применение договора не освобождает государство от его обязательства в течение достаточного срока обозначить позицию относительно своего окончательного принятия договора<sup>272</sup>. Индия выразила мнение, согласно которому было бы, вероятно, желательно установить какой-то срок для того, чтобы государства заявляли о своем намерении по этому вопросу, с тем чтобы временное применение договора не могло длиться вечно<sup>273</sup>. Однако такие предложения одобрены не были, и позднее Конференция приняла статью без ссылки на последствия задержки<sup>274</sup>.

<sup>271</sup> *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session...* (A/CONF.39/11) (сноска 52 выше), 26-е заседание Комитета полного состава, стр. 141 англ. текста, пункт 32.

<sup>272</sup> *Ibid., Second Session...* (A/CONF.39/11/Add.1) (сноска 60 выше), 11-е пленарное заседание, стр. 40 англ. текста, пункт 61.

<sup>273</sup> *Ibid.*, стр. 41 англ. текста, пункт 70.

<sup>274</sup> После принятия этой статьи Редакционный комитет постановил не принимать никаких предложений, внесенных в ходе обсуждения (там же, 28-е пленарное заседание, стр. 157 англ. текста, пункты 45–47).

# ФОРМИРОВАНИЕ И ДОКАЗАТЕЛЬСТВА СУЩЕСТВОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА

[Пункт 8 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/663

**Первый доклад по теме «Формирование и доказательства существования международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком сэром Майклом Вудом**

[Подлинный текст на английском языке]  
[17 мая 2013 года]

## СОДЕРЖАНИЕ

		<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе .....		132
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....		132
	<i>Пункты</i>	
Предисловие .....	1–12	140
А. Введение .....	1–7	140
В. Предыдущая работа Комиссии .....	8–12	141
<i>Глава</i>		
I. СФЕРА ОХВАТА И РЕЗУЛЬТАТЫ РАБОТЫ .....	13–27	143
А. Сфера охвата и результаты работы по теме .....	13–23	143
В. Следует ли включать <i>jus cogens</i> в предмет исследования .....	24–27	145
II. МЕЖДУНАРОДНОЕ ОБЫЧНОЕ ПРАВО КАК ИСТОЧНИК МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА.....	28–45	146
А. Международное обычное право и его связь с другими источниками, перечисленными в Статье 38 Статута Международного Суда .....	28–38	146
В. Терминология .....	39–45	149
III. ВИДЫ СПРАВОЧНЫХ МАТЕРИАЛОВ ДЛЯ РАБОТЫ ПО ТЕМЕ.....	46–101	150
А. Подход государств и других межправительственных субъектов .....	48–53	151
В. Практика Международного Суда .....	54–65	152
С. Практика других судов и трибуналов .....	66–85	155
D. Работа других органов .....	86–93	163
E. Специальная литература .....	94–101	164
IV. БУДУЩАЯ ПРОГРАММА РАБОТЫ.....	102	172

## Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

### Источник

Конвенция XII 1907 года об учреждении Международной призывной палаты (Гаага, 18 октября 1907 года)	Ф. Лист, <i>Международное право в систематическом изложении</i> , Юрьев, 1912, стр. СXXXII–СXLIII.
Общий акт (мирное разрешение международных споров) (Женева, 26 сентября 1928 года)	League of Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. XCIII, No. 2123, p. 343.
Устав Организации американских государств (Богота, 30 апреля 1948 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 119, No. 1609, p. 3.
Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Париж, 9 декабря 1948 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 78, No. 1021, p. 292.
Пересмотренный Общий акт о мирном разрешении международных споров (Лейк-Саксес, Нью-Йорк, 28 апреля 1949 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 71, No. 912, p. 101.
Женевские конвенции о защите жертв войны (Женева, 12 августа 1949 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 75, Nos. 970–973, p. 31; МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, М., Госполитиздат, 1957, стр. 71 и далее.
Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) (Женева, 8 июня 1977 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1125, No. 17512, p. 330.
Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) (Женева, 8 июня 1977 года)	<i>Ibid.</i> , No. 17513, p. 658.
Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, No. 18232, p. 417.
Европейская конвенция об иммунитете государств (Базель, 16 мая 1972 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1495, No. 25699, p. 181.
Конвенция о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие (с протоколами) (Женева, 10 октября 1980 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1342, No. 22495, p. 184.
Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1834, No. 31363, p. 179.
Конвенция о правах ребенка (Нью-Йорк, 20 ноября 1989 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1577, No. 27531, p. 81.
Римский статут Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2187, No. 38544, p. 230.
Протокол об учреждении Суда Африканского союза (Мапуту, 11 июля 2003 года)	Malcolm D. Evans, <i>Blackstone's Statutes. International Law Documents</i> , 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 556.
Конвенция по кассетным боеприпасам (Дублин, 30 мая 2008 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2688, No. 47713, p. 142.

## Работы, цитируемые в настоящем докладе

ALDRICH, George H. «Customary international humanitarian law—an interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross», BYBIL, vol. 76, 2005, pp. 503–524.	AKANDE, Dapo «Sources of international criminal law», в Antonio Cassese, ed., <i>The Oxford Companion to International Criminal Justice</i> , New York, Oxford University Press, 2009, pp. 41–53.
ALLAND, Denis, ed. <i>Droit international public</i> . Paris, Presses Universitaires de France, 2000.	AKEHURST, Michael «Custom as a source of international law», BYBIL, vol. 47, No. 1, 1974–1975, pp. 1–53. «The hierarchy of the sources of international law», BYBIL, vol. 47, No. 1, 1974–1975, pp. 273–285.
ÁLVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto «Methods for the identification of customary international law in the International Court of Justice's jurisprudence: 2000–2009», <i>International and Comparative Law Quarterly</i> , vol. 60, part 3, July 2011, pp. 681–712.	ANDERSON, M.R. et al., eds. <i>The International Law Commission and the Future of International Law</i> . London, British Institute of International and Comparative Law, 1998.

- ARAJÄRVI, Noora Johanna  
«From State-centricism to where? The formation of (customary) international law and non-State actors», 2010, имеется в Исследовательской сети по социальным наукам, <http://ssrn.com/abstract=1599679>, pp. 1–28.
- BAKER, Roozbeh (Rudy) B.  
«Customary international law in the 21st century: Old challenges and new debates», *European Journal of International Law*, vol. 21, No. 1, 2010, pp. 173–204.  
«Legal recursivity and international law: rethinking the customary element», имеется в Исследовательской сети по социальным наукам, 2012, стр. 1–31.
- BANTEKAS, Ilias  
«Reflections on some sources and methods of international criminal and humanitarian law», *International Criminal Law Review*, vol. 6, 2006, pp. 121–136.
- BAXTER, R.R.  
«Treaties and custom», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1970-I, vol. 129, Leiden, Sijthoff, 1971, pp. 25–105.
- BECKETT, Jason A.  
*The End of Customary International Law? A Purposive Analysis of Structural Indeterminacy*. University of Glasgow, 2008 (doctoral thesis).
- BEDERMAN, David J.  
*The Spirit of International Law*. Athens, University of Georgia Press, 2006.  
*Custom as a Source of Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.  
«Acquiescence, objection and the death of customary international law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21, No. 1, 2010, pp. 31–45.
- BELLINGER III, John B. and William J. HAYNES II  
«A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», *International Review of the Red Cross*, vol. 89, No. 866, 2007, pp. 443–471.
- BENSON, Peter E.  
«François Gény's doctrine of customary law», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 20, 1982, pp. 267–281.
- BENVENISTI, Eyal  
«Customary international law as a judicial tool for promoting efficiency», в Eyal Benvenisti and Moshe Hirsch (eds.), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspective*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 85–116.
- BERNHARDT, Rudolf  
«Custom and treaty in the law of the sea», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1987-V*, vol. 205, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 249–330.
- BETHLEHEM, Daniel  
«The secret life of international law», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, No. 1, 2012, pp. 23–36.
- BIANCHI, Andrea  
«Human rights and the magic of *jus cogens*», *European Journal of International Law*, vol. 19, No. 3, 2008, pp. 491–508.
- BISHOP, William W.  
«General course of public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1965-II, vol. 115, Leiden, Sijthoff, 1965, pp. 151–467.
- BLACKSTONE, William  
*Commentaries on the Laws of England*. Oxford, Clarendon Press, 1765.
- BOAS, Gideon  
*Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012.
- BODANSKY, Daniel  
*The Art and Craft of International Environmental Law*. Cambridge, Harvard University Press, 2010.  
«Prologue to a theory of non-treaty norms», в Mahnouch H. Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 119–134.
- BOTHE, Michael  
«Customary international humanitarian law: some reflections on the ICRC study», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8, 2005, pp. 143–178.
- BOYLE, Alan and Christine CHINKIN  
*The Making of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRADLEY, Curtis A. and Mitu GULATI  
«Withdrawing from international custom», *Yale Law Journal*, vol. 120, No. 2, November 2010, pp. 202–275.
- BROWNLIE, Ian  
«To what extent are the traditional categories of *lex lata* and *lex ferenda* still viable?», в Antonio Cassese and Joseph H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*. Berlin, Walter de Gruyter, 1988, pp. 66–72.
- BUZZINI, Gionata Piero  
«La "généralité" du droit international général. Réflexions sur la polysémie d'un concept», *RGDIP*, vol. CVIII, 2004, pp. 381–406. Аннотация на английском языке, p. 405.  
*Le droit international général au travers et au-delà de la coutume: essai de conceptualisation d'une réalité aux contours fluctuants*. Geneva, University of Geneva, 2007 (thesis).
- BYERS, Michael  
*Custom, Power, and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- CAHIN, Gerard  
*La coutume internationale et les organisations internationales: L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*. Paris, Pedone, 2001.
- CAI, Congyan  
«International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law», *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, No. 3, 2008, pp. 659–679.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto  
*International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.
- CARREAU, Dominique and Fabrizio MARRELLA  
*Droit international*, 11th ed. Paris, Pedone, 2012.
- CASSESE, Antonio  
«General round-up», в Antonio Cassese and Joseph H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*. Berlin, Walter de Gruyter, 1988, pp. 165–183.  
*International Law*, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2005.  
«For an enhanced role of *jus cogens*», в Antonio Cassese, ed., *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 158–171.
- CASSESE, Antonio and Joseph H.H. WEILER, eds.  
*Change and Stability in International Law-Making*. Berlin, Walter de Gruyter, 1988.

- CHARLESWORTH, Hilary  
 «The unbearable lightness of customary international law», *The Challenge of Non-State Actors, American Society of International Law, Proceedings of the 92nd Annual Meeting, April 1–4 1998, Washington, D.C.*, pp. 44–47.  
 «Law-making and sources», в James Crawford and Martti Koskeniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 187–202.
- CHARNEY, Jonathan I.  
 «Universal international law», *AJIL*, vol. 87, No. 4, October 1993, pp. 529–551.
- CHEN, Lung-Chu  
*An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2nd ed. New Haven, Yale University Press, 2000.
- CHENG, Bin  
 «United Nations resolutions on outer space: "instant" international customary law?», *Indian Journal of International Law*, vol. 5, No. 1, January 1965, pp. 23–48.  
 «Epilogue», в Bin Cheng, ed., *International Law: Teaching and Practice*. London, Stevens & Sons, 1982, pp. 203–233.  
 «Custom: The future of general State practice in a divided world», в R.St.J. Macdonald and Douglas M. Johnson, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1983, pp. 513–554.
- CHIGARA, Ben  
 «The International Tribunal for the Law of the Sea and customary international law», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 22, No. 4, 2000, pp. 433–452.  
*Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique*. Aldershot, Ashgate Dartmouth, 2001.
- CHODOSH, Hiram E.  
 «Neither treaty nor custom: The emergence of declarative international law», *Texas International Law Journal*, vol. 26, No. 1, 1991, pp. 87–124.
- CLAPHAM, Andrew  
*Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, 7th ed. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- COHEN, Harlan Grant  
 «From fragmentation to constitutionalization», Symposium on the global impact and implementation of human rights norms, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, vol. 25, No. 1, 2012, pp. 381–394.
- COMBACAU, Jean and Serge SUR  
*Droit international public*, 10th ed. Paris, Montchrestien, 2012.
- CONDORELLI, Luigi  
 «Customary international law: The yesterday, today, and tomorrow of general international law», в Antonio Cassese, ed., *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 147–157.
- CONFORTI, Benedetto and Angelo LABELLA  
*An Introduction to International Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.
- CRAWFORD, James  
*Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- CRYER, Robert  
 «Of custom, treaties, scholars and the gavel: The influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC customary law study», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11, No. 2, 2006, pp. 239–263.
- CRYER, Robert *et al.*  
*An Introduction to Criminal Law and Procedure*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- DAILLIER, Patrick, Mathias FORTEAU and Alain PELLET  
*Droit international public*, 8th ed. Paris, LGDJ, 2009.
- D'AMATO, Anthony  
*The Concept of Custom in International Law*. Ithaca, New York, Cornell University Press, 1971.  
 «Trashing customary international law», *AJIL*, vol. 81, No. 1, January 1987, pp. 101–105.  
 «It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, No. 1, 1990, pp. 1–6.  
 «Customary international law: A reformulation», *International Legal Theory*, vol. IV (1), 1998, pp. 1–6.
- DANILENKO, Gennady M.  
 «The theory of international customary law», *German Yearbook of International Law*, vol. 31, 1988, pp. 9–47.  
*Law-Making in the International Community*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
- D'ASPREMONT, Jean  
*Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford, Oxford University Press, 2011.  
 «Théorie des sources», в Raphaël van Steenberghe, ed., *Droit international humanitaire: un régime spécial de droit international?*, Brussels, Bruylant, 2013, pp. 73–101.
- DE HOOGH, Andreas Johannes Joseph  
*Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*. The Hague, Kluwer, 1996.
- DE LUPIS, Ingrid Detter  
*The Concept of International Law*. Stockholm, Norstedts, 1987.
- DE VISSCHER, Charles  
 «Reflections on the present prospects of international adjudication», *AJIL*, vol. 50, No. 3, July 1956, pp. 467–474.  
*Theory and Reality in Public International Law*, rev. ed. Princeton, Princeton University Press, 1968.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel  
*Instituciones de derecho internacional público*, 18th ed. Madrid, Tecnos, 2013.
- DINSTEIN, Yoram  
 «The ICRC customary international humanitarian law study», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 36, 2006, pp. 1–15.
- DODGE, William S.  
 «Customary international law and the question of legitimacy», *Harvard Law Review Forum*, vol. 120, 2007, pp. 19–27.
- DOMB, Fania  
 «*Jus cogens* and human rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6, 1976, pp. 104–121.
- DÖRR, Oliver and Kirsten SCHMALENBACH (eds.)  
*Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Heidelberg, Springer, 2012.
- DUGARD, John  
*International Law: A South African Perspective*, 4th ed. Cape Town, Juta, 2011.
- DUNBAR, N.C.H.  
 «The myth of customary international law», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 8, 1983, pp. 1–19.

- DUPUY, Pierre-Marie  
«La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales», в *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law* (United Nations publication, Sales No. E.99.V.13), pp. 377–394.
- DUPUY, Pierre-Marie and Yann KERBRAT  
*Droit international public*, 10th ed. Paris, Dalloz, 2010.
- ESTREICHER, Samuel  
«Rethinking the binding effect of customary international law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, No. 1, 2003, pp. 5–17.
- FENWICK, Charles G.  
«The sources of international law», *Michigan Law Review*, vol. XVI, No. 6, April 1918, pp. 393–401.
- FERRER LLORET, Jaume  
«The unbearable lightness of customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice: the *Jurisdictional Immunities of the State* case» (на испанском языке), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 24, 2012, pp. 1–36. Аннотация на английском языке, p. 2.
- FIDLER, David P.  
«Challenging the classical concept of custom: Perspectives on the future of customary international law», *German Yearbook of International Law*, vol. 39, 1996, pp. 198–248.
- FITZMAURICE, Gerald  
«The law and procedure of the International Court of Justice, 1951–54: General principles and sources of law», *BYBIL*, vol. 30, 1953, pp. 1–70.
- FLECK, Dieter  
«Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie: polarisierend oder konsensbildend?», *Humanitäres Völkerrecht*. vol. 3, 2009, pp. 120–124.
- FON, Vincy and Francesco PARISI  
«International customary law and articulation theories: An economic analysis», *Brigham Young University International Law and Management Review*, vol. 2, 2006, pp. 201–232.
- FORTEAU, Mathias  
«The diversity of applicable law before international tribunals as a source of forum shopping and fragmentation of international law: An assessment», в Rüdiger Wolfrum and Ina Gätzschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 417–441.
- FRIEDMANN, Wolfgang  
*The Changing Structure of International Law*. London, Stevens & Sons, 1964.
- FROWEIN, Jochen A.  
«*Jus cogens*», в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 443–446.
- GAJA, Giorgio  
«General principles of law», в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 370–378.
- GAMBLE, JR., John King  
«The treaty/custom dichotomy: An overview», *Texas International Law Journal*, vol. 16, No. 3, 1981, pp. 305–319.
- GEIGER, Rudolf H.  
«Customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice: A critical appraisal», в Ulrich Fastenrath et al., eds., *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*. Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 673–694.
- GOLDSMITH, Jack L. and Eric A. POSNER  
«Notes toward a theory of customary international law», *The Challenge of Non-State Actors, American Society of International Law, Proceedings of the 92nd Annual Meeting, April 1–4 1998, Washington, D.C.*, pp. 53–56.  
«Understanding the resemblance between modern and traditional customary international law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 1999–2000, pp. 639–672.
- GUGGENHEIM, Paul  
«Les deux éléments de la coutume en droit international», в Charles Rousseau, *La Technique et les Principes du Droit Public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*. Paris, LGDJ, 1950, pp. 275–284.
- GUNNING, Isabelle R.  
«Modernizing customary international law: The challenge of human rights», *Virginia Journal of International Law*, vol. 31, No. 2, 1991, pp. 211–247.
- GUZMAN, Andrew T.  
«Saving customary international law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, No. 1, 2005, pp. 115–176.  
*How International Law Works: A Rational Choice Theory*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GUZMAN, Andrew T. and Timothy L. MEYER  
«Customary international law in the 21st century», в Russell A. Miller and Rebecca M. Bratspies, eds., *Progress in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 197–217.
- HAGEMANN, Max  
«Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des internationalen Gerichtshofes», *Annuaire Suisse de Droit International*, vol. X, 1953, pp. 61–88.
- HAGGENMACHER, Peter  
«La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale», *RGDIP*, vol. 90, 1986, pp. 5–125.
- HEERE, Wybo P., ed.  
*Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence, Proceedings of the Third Joint Conference*, American Society of International Law and Nederlandse Vereniging Voor Internationaal Recht. The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1996.
- HENCKAERTS, Jean-Marie  
«Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict», *International Review of the Red Cross*, vol. 87, No. 857, 2005, pp. 175–212.  
«Customary international humanitarian law—A rejoinder to Judge Aldrich», *BYBIL*, vol. 76, 2005, pp. 525–532.  
«The ICRC customary international humanitarian law study—A rejoinder to Professor Dinstein», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37, 2007, pp. 259–270.  
«Customary international humanitarian law—A response to US comments», *International Review of the Red Cross*, vol. 89, No. 866, 2007, pp. 473–488.
- HENCKAERTS, Jean-Marie and Louise DOSWALD-BECK  
*Customary International Humanitarian Law*, vol. I (Rules), vol. II (Practice). New York, Cambridge University Press, 2005.
- HENKIN, Louis  
*How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2nd ed. New York, Columbia University Press, 1979.  
*International Law: Politics and Values*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.
- HOHMANN, Harald  
*Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law. The Precautionary Principle: International Environmental Law Between Exploitation and Protection*. London, Graham & Trotman, 1994.

- HUDSON, Manley O.  
*The Permanent Court of International Justice, 1920–1942: A Treatise*. New York, Macmillan, 1943.
- HUNTER, David, James SALZMAN and Durwood ZAELKE  
*International Environmental Law and Policy*, 2nd ed. New York, Foundation Press, 2002.
- IWASAWA, Yuji  
*International Law, Human Rights, and Japanese Law: The impact of International Law on Japanese Law*. Oxford, Clarendon Press, 1998.
- JANIS, Mark Weston  
 «The nature of *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, No. 2, 1988, pp. 359–363.  
 «International law?», *Harvard International Law Journal*, vol. 32, No. 2, 1991, pp. 363–372.  
*America and the Law of Nations 1776–1939*. Oxford, Oxford University Press, 2010.
- JENNINGS, Robert Y.  
 «The identification of international law», в Bin Cheng, ed., *International Law: Teaching and Practice*. London, Stevens & Sons, 1982, pp. 3–9.  
 «What is international law and how do we tell it when we see it?», *The Cambridge–Tilburg Lectures, Third Series 1980*. Deventer (The Netherlands), Kluwer, 1983, pp. 1–32.  
 «Customary law and general principles of law as sources of space law», в Karl-Heinz Böckstiegel, ed., *Environmental Aspects of Activities in Outer Space: State of the Law and Measures of Protection*. Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1990, pp. 149–152.
- JENNINGS, Robert and Arthur WATTS, eds.  
*Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol. I: Peace, parts 2–4. Harlow, Essex, Longman, 1992.
- JIA, Bing Bing  
 «The relations between treaties and custom», *Chinese Journal of International Law*, vol. 99, 2010, pp. 81–109.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo  
 «Custom», в Antonio Cassese and Joseph H.H. Weiler, eds., *Change and Stability in International Law-Making*. Berlin, Walter de Gruyter, 1988, pp. 1–4.
- KACZOROWSKA, Alina  
*Public International Law*, 4th ed. London, Routledge, 2010.
- KADELBACH, Stefan  
 «*Jus cogens*, obligations *erga omnes* and other rules—the identification of fundamental norms», в Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin, eds., *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 21–40.
- KAIKOBAD, Kaiyan et al.  
 «United Kingdom materials on international law 2005», *BYBIL*, vol. 76, 2005, pp. 683–970.
- KAMMERHOFER, Jörg  
 «Uncertainty in the formal sources of international law: Customary international law and some of its problems», *European Journal of International Law*, vol. 15, No. 3, 2004, pp. 523–553.  
*Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*. London/New York, Routledge, 2011.  
 «Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship», в Matthew Happold, ed., *International Law in a Multipolar World*. London, Routledge, 2012, pp. 138–157.
- KAWASAKI, Kyoji  
 «A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law», *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34, 2006, pp. 27–43.
- KEARNEY, Richard D.  
 «Sources of law and the International Court of Justice», в Leo Gross, ed., *The Future of the International Court of Justice*, vol. II. Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications, 1976, pp. 610–723.
- KELLY, J. Patrick  
 «The twilight of customary international law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 1999–2000, pp. 449–543.
- KELSEN, Hans  
 «Théorie du droit international coutumier», *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, vol. 1, No. 4, 1939, pp. 253–274.
- KIRGIS, JR., Frederic L.  
 «Custom on a sliding scale», *AJIL*, vol. 81, No. 1, January 1987, pp. 146–151.
- KLABBERS, Jan  
 «The curious condition of custom», *International Legal Theory*, vol. 8, No. 1, 2002, pp. 29–39.
- KLEIN, Eckart, ed.  
*Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht. Kolloquium 26–28 September 2002 Potsdam*. Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003.
- KOLB, Robert  
 «Selected problems in the theory of customary international law», *Netherlands International Law Review*, vol. 50, No. 2, 2003, pp. 119–150.
- KONTOROVICH, Eugene  
 «Inefficient customs in international law», *William and Mary Law Review*, vol. 48, No. 3, 2006, pp. 859 and 922.
- KOPELMANAS, Lazare  
 «Custom as a means of the creation of international law», *BYBIL*, vol. 18, 1937, pp. 127–151.
- KOSKENNIEMI, Martti  
*From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989.  
 «Introduction», в Martti Koskeniemi, ed., *Sources of International Law*. Aldershot, Ashgate, 2000, pp. i–xxi.
- KUNZ, Josef L.  
 «The nature of customary international law», *AJIL*, vol. 47, No. 4, October 1953, pp. 662–669.
- KUZNETSOV, V.I. and B.R. TUZMUKHAMEDOV, eds.  
*International Law—A Russian Introduction*. Utrecht, Eleven, 2009.
- LAUTERPACHT, Hersch  
*The Development of International Law by the International Court*, rev. ed. Cambridge, Grotius, 1982.
- LEPARD, Briand D.  
*Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LILLICH, Richard B.  
 «The growing importance of customary international human rights law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, Nos. 1–2, 1995/1996, pp. 1–30.



- LINDROOS, Anja and Michael MEHLING  
«Dispelling the chimera of "self-contained regimes": international law and the WTO», *European Journal of International Law*, vol. 16, No. 5, 2006, pp. 857–877.
- LOWE, Vaughan  
*International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- LUKASHUK, Igor I.  
«Customary norms in contemporary international law», в Jerzy Makarczyk, ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*. The Hague, Kluwer, 1996, pp. 487–508.
- MACGIBBON, Iain  
«Means for the identification of international law—General Assembly resolutions: Custom, practice and mistaken identity», в Bin Cheng, ed., *International Law: Teaching and Practice*. London, Stevens & Sons, 1982, pp. 10–26.
- MACLAREN, Malcolm and Felix SCHWENDIMANN  
«An exercise in the development of international law: The new ICRC study on customary international humanitarian law», *German Law Journal*, vol. 6, No. 9, 2005, pp. 1217–1242.
- MALANCZUK, Peter  
*Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th rev. ed. London, Routledge, 1997.
- MALENOVSKY, Jiří  
«Le juge et la coutume internationale: perspective de l'Union européenne et de la Cour de justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, 2013, pp. 217–241.
- MASSEY, David B.  
«How the American Law Institute influences customary law: The reasonableness requirement of the restatement of foreign relations law», *Yale Journal of International Law*, vol. 22, No. 2, 1997, pp. 419–445.
- MAYBEE, Larry and Benarji CHAKKA, eds.  
*Custom as a Source of International Humanitarian Law: Proceedings of a Conference to Mark the Publication of the ICRC Study «Customary International Humanitarian Law» held in New Delhi, 8–9 December 2005*. New Delhi, ICRC, 2006.
- MCGINNIS, John O.  
«The appropriate hierarchy of global multilateralism and customary international law: The example of the WTO», *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, No. 1, 2003, pp. 229–284.  
«The comparative disadvantage of customary international law», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 30, No. 1, 2006, pp. 7–14.
- McNAIR, Arnold  
*Law of Treaties*. Oxford, Clarendon Press, 1961.
- MCRAE, Donald  
«The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission», *Journal of International Law and Diplomacy*, vol. 111, No. 4, 2013, pp. 75–94.
- MÉGRET, Frédéric  
«International law as law», в James Crawford and Martti Koskenniemi, eds., *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 64–92.
- MEIJERS, Herman  
«On international customary law in the Netherlands», в Ige F. Dekker and Harry H.G. Post, eds., *On the Foundations and Sources of International Law*. The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 77–128.
- MENDELSON, Maurice H.  
«The International Court of Justice and the sources of international law», в Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice, eds., *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*. Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 63–103.  
«The formation of customary international law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1998*, vol. 272. The Hague, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 155–410.
- MERON, Theodor  
«On a hierarchy of international human rights», *AJIL*, vol. 80, 1986, pp. 1–23.  
«The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law», *AJIL*, vol. 90, No. 2, 1996, pp. 238–249.  
«International law in the age of human rights», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 2003*, vol. 301, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 9–490.  
«Revival of customary humanitarian law», *AJIL*, vol. 99, No. 4, 2005, pp. 817–834.  
*The Making of International Criminal Justice: A View from the Bench. Selected Speeches*. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- METTRAUX, Guénaël  
*International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*. New York, Oxford University Press, 2005.
- MILANO, Enrico  
«The investment arbitration between Italy and Cuba: The application of customary international law under scrutiny», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 11, 2012, pp. 499–524.
- MOHD ZIN, Sharizal and Ashraf U. Sarah KAZI  
«The role of customary international law in the World Trade Organisation (WTO) disputes settlement mechanism», *International Journal of Public Law and Policy*, vol. 2, No. 3, 2012, pp. 229–262.
- MÜLLERSON, Rein  
«On the nature and scope of customary international law», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, 1997, pp. 341–360.
- MURPHY, Sean D.  
*Principles of International Law*, 2nd ed. St. Paul, Minnesota, West, 2012.
- NIETO-NAVIA, Rafael  
«International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law», в Lai Chand Vohrah et al., eds., *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*. The Hague, Kluwer, 2003, pp. 595–640.
- NORMAN, George and Joel P. TRACHTMAN  
«The customary international law game», *AJIL*, vol. 99, No. 3, 2005, pp. 541–580.
- OCHOA, Christiana  
«The individual and customary international law formation», *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, No. 1, 2007, pp. 119–186.
- O'CONNELL, Mary Ellen  
«*Jus cogens*: International law's higher ethical norms», в Donald Earl Childress III, ed., *The Role of Ethics in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 78–98.
- ONU, N.G. and Richard K. BIRNEY  
«Peremptory norms of international law: Their source, function and future», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 4, No. 2, 1974, pp. 187–198.

- ORAKHELASHVILI, Alexander  
*Peremptory Norms in International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2006.
- The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ORREGO VICUÑA, Francisco  
 «Customary international law in a global community: tailor made?», *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 38, No. 148, 2005, pp. 21–38.
- PALMER, Geoffrey  
 «New ways to make international environmental law», *AJIL*, vol. 86, No. 2, 1992, pp. 259–283.
- PALMETER, David and Petros C. MAVROIDIS  
 «The WTO legal system: sources of law», *AJIL*, vol. 92, No. 3, 1998, pp. 398–413.
- PARRY, Anthony, ed.  
*Collected Papers of Professor Clive Parry*, vol. II, London, Wildy, Simmonds & Hill, 2012.
- PARRY, Clive  
*The Sources and Evidences of International Law*. Manchester, Manchester University Press, 1965.
- PAULUS, Andreas  
 «The judge and international custom», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, 2013, pp. 253–265.
- PAUST, Jordan  
 «The reality of *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7, No. 1, 1991, pp. 81–85.
- PAUWELYN, Joost  
 «The role of public international law in the WTO: How far can we go?», *AJIL*, vol. 85, No. 3, 2001, pp. 535–578.
- PEARCE, Jeremy  
 «Customary international law: Not merely fiction or myth», *Australian International Law Journal*, 2003, pp. 125–140.
- PELLET, Alain  
 «"Droits-de-l'hommisme" et droit international», *Droits fondamentaux*, No. 1, 2001, pp. 167–179.
- «Shaping the future of international law: the role of the World Court in law-making», в Mahnoush H. Arsanjani *et al.*, eds., *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 1065–1083.
- «Article 38», в Andreas Zimmermann *et al.*, eds., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 731–870.
- PERREAU-SAUSSINE, Amanda and James Bernard MURPHY  
 «The character of customary law: An introduction», в Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy, eds., *The Nature of Customary Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 1–10.
- PETERSEN, Niels  
 «Customary law without custom? Rules, principles, and the role of State practice in international norm creation», *American University International Law Review*, vol. 23, No. 2, 2007–2008, pp. 275–310.
- POSTEMA, Gerald J.  
 «Custom in international law: A normative practice account», в Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy, eds., *The Nature of Customary Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 279–306.
- REISMAN, W. Michael  
 «The cult of custom in the late 20th century», *California Western International Law Journal*, vol. 17, No. 1, 1987, pp. 133–145.
- REUTER, Paul  
*Introduction au droit des traités*. Paris, Librairie Armand Colin, 1972.
- ROBERTS, Anthea Elizabeth  
 «Traditional and modern approaches to customary international law: A reconciliation», *AJIL*, vol. 95, No. 4, 2001, pp. 757–791.
- «Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, 2011, pp. 57–92.
- ROSENNE, Shabtai  
*Practice and Methods of International Law*. London, Oceana Publications, 1984.
- ROZAKIS, Christos L.  
*The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*. Amsterdam, North-Holland, 1976.
- SCHABAS, William  
 «Customary law or "judge-made" law: Judicial creativity at the UN criminal tribunals», в José Doria *et al.*, eds., *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Pavlovich Blishchenko*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 77–101.
- SCHACHTER, Oscar  
 «Entangled treaty and custom», в Yoram Dinstein, ed., *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 717–738.
- International Law in Theory and Practice*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.
- «New custom: Power, *opinio juris* and contrary practice», в Jerzy Makarczyk, ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*. The Hague, Kluwer, 1996, pp. 531–540.
- SCHARF, Michael P.  
 «Seizing the "Grotian moment": Accelerated formation of customary international law in times of fundamental change», *Cornell International Law Journal*, vol. 43, No. 3, 2010, pp. 439–469.
- SCHLÜTTER, Birgit  
*Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.
- SCHWARZENBERGER, Georg  
 «International jus cogens?», *Texas Law Review*, vol. 43, 1964–1965, pp. 455–478.
- SCOTT, Gary L. and Craig L. CARR  
 «The International Court of Justice and the treaty/custom dichotomy», *Texas International Law Journal*, vol. 16, 1981, pp. 347–359.
- «Multilateral treaties and the formation of customary international law», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 25, No. 1, 1996, pp. 71–94.
- SEIBERT-FOHR, Anja  
 «Modern concepts of customary international law as a manifestation of a value-based international order», в Andreas Zimmermann and Rainer Hofmann, eds., *Unity and Diversity in International Law*. Berlin, Duncker & Humblat, 2006, pp. 257–283.
- SHAW, Malcolm N.  
*International Law*, 6th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

- SHELTON, Dinah, ed.  
*International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- SIMMA, Bruno and Philip ALSTON  
«The sources of human rights law: Custom, *jus cogens*, and general principles», *Australian Year Book of International Law*, vol. 12, 1988–1989, pp. 82–108.
- SINCLAIR, Ian  
*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof  
«Elements of custom and the Hague Court», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 31, 1971, pp. 810–854.
- SOHN, Louis B.  
«"Generally accepted" international rules», *Washington Law Review*, vol. 61, No. 3, 1986, pp. 1073–1080.
- SPIERMANN, Ole  
«"Who attempts too much does nothing well": The 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice», *BYBIL*, vol. 73, 2002, pp. 187–260.  
«Historical introduction», в Andreas Zimmermann *et al.*, eds., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 47–71.
- STAHN, Carsten and Larissa VAN DEN HERIK  
«"Fragmentation", diversification and "3D" legal pluralism: international criminal law as the jack-in-the-box?», в Larissa van den Herik and Carsten Stahn, eds., *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 21–89.
- STERN, Brigitte  
«Custom at the heart of international law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, No. 1, 2011, pp. 89–108.
- STIRN, Bernard  
«La place de la coutume internationale en droit public français», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, 2013, pp. 267–271.
- SUR, Serge  
*International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations*. Oxford, Hart Publishing, 2010.
- SWAINE, Edward T.  
«Rational custom», *Duke Law Journal*, vol. 52, No. 3, 2002, pp. 559–627.
- TASIOULAS, John  
«Customary international law and the quest for global justice», в Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy, eds., *The Nature of Customary Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 307–335.
- TAVERNIER, Paul  
«L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?», в Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin, eds., *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 1–20.
- TAVERNIER, Paul and Jean-Marie HENCKAERTS, eds.  
*Droit international humanitaire coutumier: enjeux et défis contemporains*. Brussels, Bruylant, 2008.
- THIRLWAY, Hugh  
*International Customary Law and Codification: An examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law*. Leiden, Sijthoff, 1972.  
«The sources of international law», в Malcolm D. Evans, ed., *International Law*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 95–121.  
«Unacknowledged legislators: some preliminary reflections on the limits of judicial lawmaking», в Rüdiger Wolfrum and Ina Gätzschmann, eds., *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 311–323.
- THÜRER, Daniel  
«Soft law», в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 269–278.
- TOMKA, Peter  
«Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, 2013, pp. 195–216.
- TOMUSCHAT, Christian  
«What is "general international law"?, в *Guerra y Paz: 1945–2009. Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*. Bilbao, Universidad del País Vasco, 2010, pp. 329–348.
- TREVES, Tullio  
«Customary international law», в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 937–957.
- TUNKIN, Grigory I.  
«Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», *California Law Review*, vol. 49, No. 3, 1961, pp. 419–430.  
«*Jus cogens* in contemporary international law», *University of Toledo Law Review*, Nos. 1–2, vol. 1971, pp. 107–118.
- VAGTS, Detlev F.  
«International relations looks at customary international law: A traditionalist's defence», *European Journal of International Law*, vol. 15, No. 5, 2004, pp. 1031–1040.
- VAN DAMME, Isabelle  
*Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- VAN DEN HERIK, Larissa  
«Using custom to reconceptualize crimes against humanity», в Shane Darcy and Joseph Powderly, eds., *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*. Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 80–105.
- VAN HOOFF, G.J.H.  
*Rethinking the Sources of International Law*. Deventer (The Netherlands), Kluwer, 1983.
- VAN SCHAACK, Beth  
«*Crimen sine lege*: judicial lawmaking at the intersection of law and morals», *Georgetown Law Journal*, vol. 97, 2008, pp. 119–192.
- VANHAMME, Jan  
«Formation and enhancement of customary international law: the European Union's contribution», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXIX, 2008, pp. 127–154.
- VERHOEVEN, Joe  
*Droit international public*. Brussels, Larcier, 2000.
- VIDMAR, Jure  
«Norm conflicts and hierarchy in international law: Towards a vertical international legal system?», в Erika De Wet and Jure Vidmar, eds., *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 13–41.

- VIERDAG, E.W.  
«The law governing treaty relations between parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not party to the Convention», *AJIL*, vol. 76, 1982, pp. 779–801.
- VILLIGER, Mark E.  
*Customary International Law and Treaties: A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2nd ed. The Hague, Kluwer, 1997.
- VON BERNSTORFF, Jochen  
«Martens clause», в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1143–1146.
- VON GLAHN, Gerhard and James Larry TAULBEE  
*Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 10th ed. Boston, Pearson, 2013.
- VOYIAKIS, Emmanuel  
«A theory of customary international law», 2008, имеется в Исследовательской сети по социальным наукам, <http://ssrn.com/abstract=895462>, pp. 1–69.  
«Customary international law and the place of normative considerations», *American Journal of Jurisprudence*, vol. 55, 2010, pp. 163–200.
- WEIL, Prosper  
«Towards relative normativity in international law?», *AJIL*, vol. 77, 1983, pp. 413–442.
- WEISBURD, Arthur M.  
«Customary international law: the problem of treaties», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, No. 1, 1988, pp. 1–45.
- WHEATLEY, Steven  
*The Democratic Legitimacy of International Law*. Oxford, Hart Publishing, 2010.
- WILDHABER, Luzius and Stephan BREITENMOSER  
«The relationship between customary international law and municipal law in Western European countries», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 48, 1988, pp. 163–207.
- WILMSHURST, Elizabeth and Susan BREAU, eds.  
*Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- WOLFKE, Karol  
*Custom in Present International Law*, 2nd rev. ed. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.  
«Some persistent controversies regarding customary international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXIV, 1993, pp. 1–16.  
«Treaties and custom: aspects of interrelation», в Jan Klabbers and René Lefebber, eds., *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 31–39.
- WOLFRUM, Rüdiger  
«General international law (principles, rules, and standards)», в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 344–368.  
«Sources of international law», в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 299–313.
- WORSTER, William Thomas  
«The inductive and deductive methods in customary international law analysis: Traditional and modern approaches», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 45, No. 2, 2014, pp. 445–521.
- WOUTERS, Jan and Cedric RYNGAERT  
«Impact on the process of the formation of customary international law», в Menno T. Kamminga and Martin Scheinin, eds., *The Impact of Human Rights Law on General International*. Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 111–131.
- YASUAKI, Onuma  
«Is the International Court of Justice an emperor without clothes?», *International Legal Theory*, vol. 8, No. 1, 2002, pp. 1–28.
- ZAHAR, Alexander  
«Civilizing civil war: writing morality as law at the ICTY», в Bert Swart et al., eds., *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 469–504.
- ZIEMELE, Ineta  
«Customary international law in the case law of the European Court of Human Rights—The method», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, 2013, pp. 243–242.

## Предисловие\*

### А. Введение

1. На своей шестьдесят четвертой сессии в 2012 году Комиссия международного права постановила включить в свою текущую программу работы тему «Формирование и доказательства существования международного обычного права» и назначила сэра Майкла Вуда Специальным докладчиком по этой теме<sup>1</sup>. Специальный докладчик подготовил записку, в которой он изложил свои предварительные соображения по этой теме, в частности в отношении сферы охвата и ориентировочной программы работы<sup>2</sup>, и

которая легла в основу первоначального обсуждения на более позднем этапе сессии<sup>3</sup>.

2. В ходе прений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи ближе к концу года делегации подчеркнули важность и полезность этой темы, а также значительную роль, которую играет международное обычное право на международном и национальном уровнях. Были отмечены также свойственные этой теме сложности, включая трудность оценки существования нормы международного обычного права. Кроме того, делегации подчеркнули необходимость сохранения гибкости обычно-правового процесса.

\* Специальный докладчик хотел бы поблагодарить г-на Омри Сендера за его неоценимую помощь в подготовке настоящего доклада.

<sup>1</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том I, 3132-е заседание.

<sup>2</sup> Там же, том II (часть первая), документ A/CN.4/653.

<sup>3</sup> Там же, том I, 3148, 3150 и 3152-е заседания; см. также там же, том II (часть вторая), стр. 78–83, пункты 156–202.

В числе прочего указывалось на важность исследования смыслового содержания и проявлений практики и *opinio juris* государств как конститутивных элементов международного обычного права, соответствующие связи между международными договорами и международным обычным правом, необходимость изучения роли международных организаций в контексте формирования и доказательств существования норм международного обычного права и желательность получения практически значимых результатов<sup>4</sup>.

3. В своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года Генеральная Ассамблея с признательностью отметила решение Комиссии включить настоящую тему в свою программу работы и обратила внимание правительств на то, что Комиссии важно располагать их мнениями по конкретным вопросам, указанным в главе III доклада Комиссии о работе ее шестьдесят четвертой сессии<sup>5</sup>.

4. На своей шестьдесят четвертой сессии в 2012 году Комиссия просила государства

представить информацию об их практике, касающейся формирования международного обычного права и типов доказательств, приемлемых для установления норм такого права в той или иной ситуации, а именно:

a) официальных заявлениях в законодательных органах, судах и международных организациях; и

b) решениях национальных, региональных и субрегиональных судов<sup>6</sup>.

Специальный докладчик предложил Комиссии просить государства представить ответы до 31 января 2014 года.

5. Комиссия просила также Секретариат подготовить меморандум с изложением элементов предыдущей работы Комиссии, которые могут представлять особый интерес в контексте рассматриваемой темы<sup>7</sup>. Как показано далее в разделе В, в меморандуме Секретариата приводятся подробные сведения о соответствующей практике Комиссии за прошлые годы<sup>8</sup>, и он послужит полезным ресурсом для последующей работы Комиссии.

6. Настоящий доклад имеет вводный характер. Его цель – заложить основу для будущей работы и обсуждений по данной теме. Поэтому после обзора соответствующей предыдущей работы Комиссии в главе I обсуждается сфера охвата темы (включая вопрос о целесообразности включения в

нее *jus cogens*) и возможные результаты работы. В главе II рассматриваются некоторые вопросы, касающиеся международного обычного права как источника права, включая Статью 38, пункт 1 b), Статута Международного Суда и вопросы терминологии. В главе III описываются основные категории материалов о процессах формирования и доказывания существования международного обычного права (практика государств и межправительственных субъектов, практика МС и других судов и трибуналов; работа других органов; и специальная литература). При этом в докладе рассматриваются различные подходы, предлагаемые в отношении формирования и доказательств существования международного обычного права, и опыт, накопленный в этой связи.

7. С самого начала следует отметить, что особого упоминания заслуживает работа Ассоциации международного права, которая более подробно освещается в главе III, раздел D, ниже. Подготовленное Ассоциацией в 2000 году Лондонское заявление о принципах, применимых к формированию общего международного обычного права явилось результатом обширного 15-летнего исследования, имевшего целью изучение процесса формирования международного обычного права и завершившегося около 13 лет назад<sup>9</sup>. По ряду важных параметров работа Комиссии будет отличаться от работы Ассоциации, не в последнюю очередь в силу уникального положения Комиссии как вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи и обусловленных этим отношений между Комиссией и государствами<sup>10</sup>.

## В. Предыдущая работа Комиссии

8. Полезно напомнить о деятельности Комиссии в этой связи, включая ее ранние наработки в соответствии со статьей 24 ее Положения, а также ее работу по праву международных договоров и по теме «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права». Многое в работе Комиссии касается выявления международного обычного права, хотя порою она придерживается осторожного подхода в том, что касается проведения четкого различия между кодификацией международного права и его прогрессивным развитием<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 18–25-е заседание (A/C.6/67/SR.18–25)*; см. также подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят седьмой сессии (A/CN.4/657), пункты 47–52.

<sup>5</sup> Резолюция 67/92 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 2012 года, пункты 4 и 7.

<sup>6</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), пункт 29, стр. 13.

<sup>7</sup> Там же, пункт 159, стр. 78.

<sup>8</sup> Меморандум Секретариата; элементы результатов предыдущей работы Комиссии международного права, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме, документ A/CN.4/659, воспроизводится в настоящем томе.

<sup>9</sup> Резолюция 16/2000, «Формирование общего международного обычного права», принята на шестьдесят девятой Конференции Ассоциации международного права в Лондоне 29 июля 2000 года, стр. 39 англ. текста; и Лондонское заявление о принципах, применимых к формированию общего международного обычного права, *Report of the Sixty-ninth Conference held in London 25–29 July 2000*, pp. 712–777.

<sup>10</sup> Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pp. 128–129 («Наиболее авторитетное разъяснение критериев обычая могло бы быть получено посредством составления тщательно проработанного обзора, подготовленного, к примеру, Комиссией международного права Организации Объединенных Наций»).

<sup>11</sup> См. McRae, «The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission».

9. Руководствуясь статьей 24 Положения<sup>12</sup>, на своей первой и второй сессиях в 1949 и 1950 годах Комиссия рассмотрела тему «Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права». На основе меморандума Секретариата<sup>13</sup> и рабочего документа, подготовленного г-ном Мэнли О. Хадсоном<sup>14</sup>, Комиссия вынесла ряд рекомендаций, включая рекомендацию Генеральной Ассамблеи обратить внимание правительств на желательность издания ими сборников своей дипломатической корреспонденции и других материалов, относящихся к международному праву, с тем чтобы сделать свидетельства их практики более доступными<sup>15</sup>. Этот авторитетный доклад привел к появлению ряда важных изданий в сфере международного права как на национальном, так и на международном уровнях, включая *United Nations Legislative Series* («Законодательная серия Организации Объединенных Наций») и *Reports of International Arbitral Awards* («Сборники международных третейских решений»), а также внутрисударственные сборники по практике<sup>16</sup>.

10. В целях оказания содействия Комиссии в выборе тем в 1948<sup>17</sup> и 1971<sup>18</sup> годах было подготовлено два

<sup>12</sup> Статья 24 Положения о Комиссии гласит: «Комиссия рассматривает способы и средства, при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права, стали бы более доступными, как, например, путем компиляции и опубликования документов, определяющих установившуюся практику государств, судебных решений национальных и международных судов по вопросам международного права, и представляет о том доклад Генеральной Ассамблее».

<sup>13</sup> *Ежегодник... 1949 год*, документ A/CN.4/6, стр. 228–231 англ. текста.

<sup>14</sup> *Ежегодник... 1950 год*, том II, документ A/CN.4/16 и Add.1. Касаясь сферы применения обычного международного права, г-н Хадсон, в частности, предположил: «Для возникновения принципа или нормы обычного международного права требуется наличие следующих условий: а) однообразной практики ряда государств в связи с ситуацией, которая по характеру своему относится к области международных отношений; б) продолжения или повторения этой практики в течение значительного периода времени; в) сознания, что соблюдение этой практики обязательно или допустимо по действующему международному праву; д) общего молчаливого признания этой практики другими государствами» (там же, стр. 26 англ. текста, пункт 11). Далее в этом рабочем документе рассматривались свидетельства существования международного обычного права.

<sup>15</sup> Там же, стр. 367–374 англ. текста, документ A/1316, пункты 24–94, особенно стр. 373–374 англ. текста, пункты 90–94; С. Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, pp. 70–82, воспроизводится в А. Parry, ed., *Collected Papers of Professor Clive Parry*, vol. II, pp. 1–105.

<sup>16</sup> Меморандум Секретариата (сноска 8 выше), пункты 9–11. В 1968 году Комитет министров Совета Европы утвердил Типовой план по классификации документов, касающихся практики государств в области международного публичного права (СМ/Res (68) 17), который служит основой для ряда национальных изданий; в 1997 году в Типовой план были внесены существенные изменения (СМ/Res (97) 11).

<sup>17</sup> *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission*, меморандум, представленный Генеральным секретарем (United Nations publication, Sales No. 1948.V.1(1)). В 1960 году секретарь Комиссии особо отметил тот факт, что автором обзора 1948 года был сэр Херш Лаутерпахт (*Ежегодник... 1960 год*, том I, 535-е заседание, стр. 52 англ. текста, пункт 33).

<sup>18</sup> Обзор международного права: рабочий документ, подготовленный Генеральным секретарем, *Ежегодник... 1971 год*, том II (часть вторая), документ A/CN.4/245, стр. 1.

важных обзора в области международного права. Интересно напомнить, что говорилось в исследовании 1948 года под заголовком «Источники международного права»:

Этот аспект международного права был успешно кодифицирован в определении источников международного права, закрепленном в Статье 38 Статута Международного Суда. Международные арбитражные суды неоднократно указывали на авторитетный характер данного определения. Вряд ли имеют какой-либо практический смысл попытки его конкретизировать, например посредством определения условий возникновения и сохранения действия международного обычая или путем перечисления некоторых из общих принципов права, признаваемых Статьей 38 Статута в качестве одного из трех основных источников права, применяемых Судом. Включение определения источников международного права в любую общую модель кодификации будет отвечать требованиям системной симметрии, но не какой-либо насущной практической потребности. Однако любые комментарии, сопровождающие определение и систематизирующие опыт применения различных источников международного права Международным Судом и другими международными трибуналами, могли бы быть явно полезны<sup>19</sup>.

В обзоре 1971 года этот вопрос уже не затрагивался. Но в неофициальном обзоре от 1998 года в разделе, озаглавленном «Вопросы, которые не следует вносить в повестку дня КМП», говорилось:

КМП не следует включать тему «Источники» (за исключением международных договоров) в свою повестку дня. Кодификация относительно гибких процессов, посредством которых формируются нормы международного обычного права, контрпродуктивна и может оказаться неосуществимой. Кроме того, вопросы об источниках являются основополагающими (например, что есть обычай? как он формируется?) в отличие от вторичных вопросов (например, каковы правила толкования договоров?), и такие основополагающие вопросы, как представляется, носят исключительно теоретический характер<sup>20</sup>.

Принимая решение о том, чтобы заняться рассматриваемой темой, Комиссия учитывала эти ранее выраженные мнения. Но она также учитывала, как указывается в плане изучения темы 2011 года, следующее:

Для всех, кто должен применять нормы международного права, существенно важно по достоинству оценивать процесс формирования и выявления его норм. Обеспечение общего понимания этого процесса могло бы иметь важное практическое значение. И не в последнюю очередь это обусловлено тем, что вопросами международного обычного права все чаще приходится заниматься тем, кто могут не быть специалистами в области международного права, в частности сотрудникам внутренних судов многих стран, государственных ведомств, помимо министерств иностранных дел, и лицам, работающим для неправительственных организаций<sup>21</sup>.

11. Как поясняется в меморандуме Секретариата, Комиссия неоднократно обращалась к вопросам формирования и выявления международного обычного права. Опираясь на результаты соответствующей работы Комиссии начиная с 1949 года (в частности, окончательные варианты проектов, принятых Комиссией по различным темам, которые она

<sup>19</sup> *Survey of International Law* (сноска 17 выше), p. 22, para. 33.

<sup>20</sup> Anderson et al., eds., *The International Law Commission and the Future of International Law*, p. 42, para. 104.

<sup>21</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), приложение I, стр. 221, пункт 3.

рассматривала на протяжении ряда лет), составители меморандума стремились «выявить элементы результатов предыдущей работы Комиссии, которые могли бы иметь особое отношение к теме "Формирование и доказательства существования международного обычного права"». В основной части меморандума рассматривается «подход Комиссии к выявлению международного обычного права и процессу его формирования, при этом особое внимание уделяется *a)* общему подходу Комиссии; *b)* практике государств; *c)* так называемому субъективному элементу (*opinio juris sive necessitatis*); *d)* соответствующей практике международных организаций; и *e)* соответствующим судебным решениям и работам юристов». В меморандуме также рассматриваются «отдельные аспекты функционирования обычного права в рамках международной правовой системы», касающиеся «обязательного характера и характеристик норм международного обычного права, включая региональные нормы, нормы, устанавливающие обязательства *erga omnes*, и нормы *ius cogens*, а также связи между

международным обычным правом и договорами и "общим международным правом"»<sup>22</sup>.

12. В меморандуме среди прочего отмечается, что Комиссия последовательно относит единообразие и общность практики государств к ключевым факторам формирования и доказательств существования норм международного обычного права. Также в меморандуме отмечается, что в дополнение к практике государств Комиссия «нередко ссылается» в этом контексте, хотя и в разных формулировках, «на то, что часто определяют как субъективный элемент международного обычного права»<sup>23</sup>. При оценке как практики государств, так и ассоциируемого с ней «субъективного элемента» Комиссия полагалась на «самые разнообразные материалы», и довольно часто полезными в этой работе оказывались судебные решения и труды юристов, а также практика международных организаций.

<sup>22</sup> Меморандум Секретариата (сноска 8 выше), резюме.

<sup>23</sup> Там же, пункт 26.

## ГЛАВА I

### Сфера охвата и результаты работы

#### А. Сфера охвата и результаты работы по теме

13. Сфера охвата настоящей темы и возможные итоги работы Комиссии обсуждались в ходе прений в Комиссии в 2012 году<sup>24</sup> и во время прений в Шестом комитете на шестьдесят седьмой сессии Генеральной Ассамблеи<sup>25</sup>. Поднимался вопрос о том, насколько точно название темы, в котором упоминается как «формирование», так и «доказательства существования» международного обычного права, соответствует предполагаемому предмету исследования; были отмечены также некоторые расхождения в переводе этих терминов на разные языки. Кроме того, высказывалось мнение, что центральным вопросом исследования является «выявление» международного обычного права и что использование термина «формирование» может излишне расширить предмет и придать ему слишком теоретический характер.

14. По мнению Специального докладчика, каково бы ни было точное название темы, цель ее рассмотрения заключается в предоставлении субъектам, призванным применять нормы международного обычного права, некоторых указаний по способам выявления таких норм в конкретных ситуациях. К этим субъектам относятся, в частности, судьи национальных судов и судьи и арбитры специализированных международных судов и трибуналов.

15. В английском варианте названия темы понятия «formation» и «evidence» указывают на то, что для установления факта существования той или иной нормы международного обычного права нужно

рассмотреть как необходимые условия для формирования такой нормы, так и типы доказательств, подтверждающих факт выполнения этих условий. Тем не менее, возможно, будет полезно уже на ранних этапах убедиться, что название точно отражает предполагаемый охват темы и имеет один и тот же смысл на всех языках (включая английский).

16. Среди юристов-международников, особенно среди ученых-теоретиков существует много подходов к международному обычному праву: одни рассматривают его главным образом как источник международного права, других в большей степени занимает вопрос о его функционировании в рамках внутригосударственных правовых систем. В то время как одни стремятся описать и разъяснить нынешнее положение дел в отношении методов его формирования и выявления, другие явно сосредоточены на будущем<sup>26</sup>. Специальный докладчик считает, что целью Комиссии должно быть описание нынешнего состояния международного права в части формирования и доказательств существования норм международного обычного права безотносительно к событиям, которые могут иметь место в будущем.

17. В ходе прений в Комиссии и Шестом комитете в 2012 году было высказано мнение о том, что во избежание ненужного переклеста следует четко обозначить сферу охвата темы по отношению к другим темам, когда-либо фигурировавшим в повестке дня Комиссии, будь то в прошлом или настоящем. К числу таких других тем относятся «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного

<sup>24</sup> См. сноску 3 выше.

<sup>25</sup> См. сноску 4 выше.

<sup>26</sup> См. пункты 94–101 ниже.

права»<sup>27</sup> и «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров»<sup>28</sup>. Это не должно вызывать практических трудностей, поскольку разграничительные линии вполне различимы<sup>29</sup>.

18. Не следует ожидать, что итогом работы Комиссии станет набор твердых правил выявления норм международного обычного права. Вместо этого нужно стремиться осветить общие процессы формирования и доказательства существования норм обычного международного права, ведь, как показали проведенные до настоящего времени обсуждения, многие, судя по всему, сходятся во мнении, что результатом работы Комиссии по этой теме должен стать набор «выводов» с комментариями<sup>30</sup>.

19. В частности, Комиссии предстоит ответить на вопрос, различаются ли подходы к вопросам формирования и доказательств существования международного обычного права в различных областях международного права, таких как международное право прав человека<sup>31</sup>, международное уголовное право<sup>32</sup> и международное гуманитарное право<sup>33</sup>. Ввиду особых проблем, которые могут возникнуть в рамках формирования и доказательства существования международного обычного права в различных областях, вероятно, имеет смысл подумать о возможных различиях в значении, придаваемом тем или иным материалам в зависимости от области права, и

<sup>27</sup> Относительно результатов работы Комиссии по этой теме см. *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 215, пункт 251, а также «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, A/CN.4/L.682 и Add.1 и Corr.1 (размещен на веб-сайте Комиссии, документы пятьдесят восьмой сессии; окончательный текст будет опубликован в качестве добавления к *Ежегоднику... 2006 год*, том II (часть первая)).

<sup>28</sup> Ранее эта тема называлась «Договоры сквозь призму времени».

<sup>29</sup> Первый доклад по вопросу о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Георгом Нольте (документ A/CN.4/660), воспроизводится в настоящем томе, пункт 7.

<sup>30</sup> В Лондонском заявлении о принципах... (сноска 9 выше) Ассоциации международного права также содержится «изложение соответствующих норм и принципов в понимании Комитета... некое практическое руководство для тех, кто призван применять право или консультировать по вопросам его применения, равно как и для ученых и студентов. Многие могут испытывать потребность в относительно кратких и четких руководящих указаниях по данному предмету, который нередко вызывает серьезную озабоченность» (pp. 714–715, para. 4).

<sup>31</sup> См., например, Klein (ed.), *Menschenrechtsschutz durch Wohnheitsrecht, Kolloquium 26–28 September 2002 Potsdam*; Lillich, «The growing importance of customary international human rights law»; и Cohen, «From fragmentation to constitutionalization».

<sup>32</sup> См., например, Schabas, «Customary law or "judge-made" law: Judicial creativity at the UN criminal tribunals».

<sup>33</sup> См., например, D'Aspremont, «Théorie des sources»; и Meron, «The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law». Кроме того, по мнению Мерона: «Трудно найти позитивные, конкретные примеры из практики государств в отношении норм, которые в большинстве своем носят запретительный характер (каковыми обычно являются нормы гуманитарного права), поскольку такие нормы в основном соблюдаются путем воздержания от нарушений, а не совершения позитивных действий» (*The Making of International Criminal Justice: A View from the Bench*, p. 32).

о степени таких различий<sup>34</sup>. В то же время следует вспомнить слова судьи Гринвуда: «Международное право не есть набор фрагментарных специальных и самодостаточных сводов права, каждый из которых функционирует изолированно от других, – это общая, единая система права»<sup>35</sup>.

20. Еще один вопрос, поднятый в ходе первоначального обсуждения в Комиссии, заключался в том, зависит ли выбор подхода от предполагаемой аудитории<sup>36</sup>. Как известно, в самом начале своего исследования Ассоциация международного права также изучала возможность использования «позиции наблюдателя»<sup>37</sup>. Специальный докладчик считает, что принятый подход к выявлению права должен быть одинаков для всех; единое, общее понимание – это именно тот результат, который Комиссия, возможно, пожелает, получить.

21. В ходе работы Комиссии будет необходимо рассмотреть общие вопросы методологии для выявления норм международного обычного права, такие как относительное значение, которое следует придавать эмпирическому исследованию практики государств, по сравнению с дедуктивными умозаключениями. Верно и то, что методология может испытывать влияние практических соображений, особенно в мире, где

<sup>34</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, 3 February 2012, I.C.J. Reports 2012*, p. 132, para. 73 («Для целей настоящего дела наиболее уместные примеры из практики государств можно найти в... решениях национальных судебных органов»); *The Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a «DULE», case No. IT-94-1-AR72, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber, decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (2 October 1995)*, p. 465, para. 99 («Прежде чем указывать на некоторые принципы и нормы обычного права, которые появились в международном сообществе для регулирования гражданских волнений, необходимо слово предостережения в отношении нормотворчества применительно к праву вооруженных конфликтов. При попытке прояснить практику государств с целью установить факт существования той или иной обычной нормы или общего принципа трудно, если не невозможно, отыскать конкретные примеры поведения солдат на поле сражения, позволяющие оценить, соблюдают ли они определенные стандарты поведения или игнорируют их. Этот анализ чрезвычайно осложняется не только тем, что независимым наблюдателям (зачастую даже МККК), как правило, в доступе на театр военных действий отказывается, но и тем, что информация о реальных обстоятельствах ведения боевых действий не разглашается сторонами конфликта; еще хуже то, что нередко в стремлении ввести противника, а также общественность и иностранные правительства в заблуждение предоставляется заведомо ложная информация. Поэтому при оценке формирования норм обычного права или общих принципов следует понимать, что ввиду внутренней природы рассматриваемого предмета необходимо опираться в первую очередь на такие элементы, как официальные заявления государств, военные наставления и судебные решения»).

<sup>35</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgment, 19 June 2012, Declaration of Judge Greenwood, I.C.J. Reports 2012*, p. 394, para. 8. См. также *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 215, пункт 251; и аналитическое исследование, окончательно подготовленное Председателем Исследовательской группы (Фрагментация международного права..., A/CN.4/L.682 и Add.1 и Corr.1 (см. сноску 27 выше)), пункты 33–34.

<sup>36</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том I, 3148-е заседание, пункты 18 и далее, заявление г-на Мураэ.

<sup>37</sup> Лондонское заявление о принципах (сноска 9 выше), p. 716, para. 7, footnote 11; приложение к первому докладу Докладчика, «Формирование международного права с позиций наблюдателя» (1986 год), *Report of the Sixty-Third Conference held at Warsaw, August 21st to August 27th, 1988*, p. 941.



насчитывается почти 200 государств (наряду с другими международными субъектами), однако эта проблема на самом деле не нова. Следует также отметить свойственные этой теме сложности, в первую очередь саму природу международного обычного права как неписаного закона и нередко возникающие в связи с ней противоречия идеологического и теоретического характера<sup>38</sup>.

22. Рассматриваемая тема охватывает процессы, связанные с формированием норм международного обычного права, и свидетельства, необходимые для их выявления. При этом задача определения существа конкретных норм не ставится<sup>39</sup>. Цель ее изучения – выработать руководящие указания по методике выявления нормы международного обычного права на какой-либо определенный момент, не касаясь вопроса о том, какие конкретные нормы приобрели подобный статус<sup>40</sup>. Также не ставится задача рассмотрения места международного обычного права в праве, применяемом различными судами и трибуналами, или специальных положений и процедур, которые могут существовать на внутригосударственном уровне в различных странах, в целях выявления норм международного обычного права (хотя такие положения и процедуры следует иметь в виду при оценке решений национальных судов).

23. Отсюда следует, что (с учетом любых изменений, которые Комиссия может внести в название темы<sup>41</sup>) первый вывод – о сфере охвата проектов выводов – мог бы гласить:

«1. Сфера охвата.

Настоящие проекты выводов касаются формирования и доказательств существования международного обычного права».

**В. Следует ли включать jus cogens в предмет исследования**

24. В ходе прений в Комиссии и Шестом комитете в 2012 году поднимался вопрос о том, следует ли в рамках настоящей темы рассматривать формирование и свидетельства существования императивных норм общего международного права (*jus cogens*)<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> См. также Лондонское заявление о принципах (сноска 9 выше), pp. 713–714, para. 2.

<sup>39</sup> См. различие между первичными и вторичными нормами, имевшее столь важное значение в работе Комиссии по теме «Ответственность государств за международно-противоправные деяния».

<sup>40</sup> В любом случае важно помнить, что «обычно-правовой процесс носит продолжающийся характер: он не прекращается с появлением нормы»: Mendelson, «The formation of customary international law», p. 188; см. также Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 15 («В различных случаях уяснение международных обычаев и формулирование соответствующих правовых норм может производиться неоднократно. Такое выявление ни в коем случае не является окончательным»).

<sup>41</sup> См. сноски 3 и 4 выше.

<sup>42</sup> Венская конвенция о праве международных договоров (Венская конвенция 1969 года), статьи 53 и 64. Определение, содержащееся в Венской конвенции, имеет общее применение: см. пункт 5) комментария к статье 26 статей об ответственности государств, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление,

25. Норма *jus cogens* – это норма, которая «принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер»<sup>43</sup>. Хотя существование этой категории «высшего» международного права более не вызывает серьезных возражений<sup>44</sup>, среди ученых сохраняются значительные разногласия в том, что касается ее сущностного содержания, а также связанных с нею доказательственных элементов<sup>45</sup>. В этой связи особо уместно отметить, что вопрос об источнике норм *jus cogens* по-прежнему окружен «аурой тайны»<sup>46</sup>: некоторые юристы-международники относят их к особой категории международного обычного права<sup>47</sup>; другие отрицают возможность

стр. 102, ссылка на который содержится в пункте 2) комментария к статье 26 статей об ответственности международных организаций, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 89.

<sup>43</sup> Венская конвенция 1969 года, статья 53; см. также Dailler, Forteau and Pellet, *Droit international public*, pp. 220–229; и Frowein, «*Jus cogens*», p. 443.

<sup>44</sup> См., например, выводы, сделанные на основе исследований и обсуждений Исследовательской группы Комиссии международного права по теме «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права» под председательством г-на Мартти Коскенниemi: доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят восьмой сессии, 1 мая – 9 июня и 3 июля – 11 августа 2006 года, документ A/CN.4/L.702 (отпечатан на mimeографе); и ссылки на *jus cogens* в решениях МС, например: *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 52; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment of 3 February 2012, I.C.J. Reports 2012*, pp. 140–142, paras. 92–97; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012, I.C.J. Reports 2012*, p. 457, para. 99. См. также Frowein, «*Jus Cogens*», p. 444, para. 5 («Таким образом, можно сказать, что существование *jus cogens* в международном публичном праве сегодня признается в практике государств, в кодифицированном праве международных договоров и в правовой доктрине»).

<sup>45</sup> См., например, D'Amato, «It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*»; Kawasaki, «A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law»; Charlesworth, «Law-making and sources», p. 191; Tavernier, «L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?», pp. 1 and. 19; Kadelbach, «*Jus cogens*, obligations *erga omnes* and other rules – the identification of fundamental norms», p. 28; и Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, p. 7.

<sup>46</sup> Bianchi, «Human rights and the magic of *jus cogens*», p. 493.

<sup>47</sup> См., например, de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, pp. 45–48; Reuter, *Introduction au droit des traités*, pp. 139–140; Mendelson, «The formation of customary international law», p. 181; Kaczorowska, *Public International Law*, p. 28; Jennings and Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, pp. 7–8; Baker, «Customary international law in the 21st century: Old challenges and new debates», p. 177; D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 132; Cassese, «For an enhanced role of *jus cogens*», p. 164; Meron, «On a hierarchy of international human rights», pp. 13–21; McNair, *Law of Treaties*, pp. 213–215; Paust, «The reality of *jus cogens*», p. 82; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 594; Onuf and Birney, «Peremptory norms of international law: Their source, function and future», p. 191; Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: Tailor made?», pp. 36–37; и Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, pp. 243–260; на шестьдесят четвертой сессии Комиссии г-н Форто тоже отметил: «Нормы *jus cogens* по определению являются частью обычного права» (*Ежегодник... 2012 год*, том I, 3150-е заседание).

их возникновения из обычая<sup>48</sup>; третьи полагают, что международное обычное право – это лишь один из возможных источников *jus cogens*<sup>49</sup>. Высказывалось соображение, что взгляд того или иного автора на связь между *jus cogens* и международным обычным правом по существу определяется тем, что он вкладывает в понятие последнего<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> См., например, O'Connell, «*Jus cogens: international law's higher ethical norms*», p. 83; Janis, «*The nature of jus cogens*», pp. 359–361; van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 164; Vidmar, «*Norm conflicts and hierarchy in international law: Towards a vertical international legal system?*», p. 26; и Domb, «*Jus cogens and human rights*», p. 106. На шестьдесят четвертой сессии Комиссии г-н Мерфи, говоря о *jus cogens*, отметил, что оно «не вытекает ни из одного из источников международного права и, скорее, налагает ограничение на такие источники»; г-н Глади также высказал соображение о том, что «и международное договорное право, и международное обычное право основываются на согласии государств, в то время как императивные нормы... основываются на чем-то ином» (*Ежегодник... 2012 год*, том I, 3148-е заседание).

<sup>49</sup> См., например, Akehurst, «*The hierarchy of the sources of international law*», pp. 282–284; Tunkin, «*Jus cogens in contemporary international law*», p. 116; Shaw, *International Law*, p. 127; Bradley and Gulati, «*Withdrawing from international custom*», p. 212; Nieto-Navia, «*International peremptory norms (jus cogens) and international humanitarian law*», pp. 613–614; Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, p. 58; и Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, p. 126.

<sup>50</sup> Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, pp. 163–164 («Ответ на вопрос о том, играет ли международное обычное право сколько-нибудь значимую роль в установлении *jus cogens*, зависит также от того, что изначально вкладывается в понятие этого источника. Среди тех, кто придерживается гибкого понимания обычая, наиболее вероятен взгляд на международное обычное право как на идеальный источник *jus cogens*, поскольку, по их мнению, оно порождает нормы общего международного права, имеющие обязательный характер для всех государств в мире... Те же, кто, напротив, отталкивается от более жесткого понимания обычая, скорее придут к противоположному выводу; сторонники этого подхода настаивают, что в результате изменений в процессе международного правотворчества, обусловленных структурой нынешнего международного общества, осталось не

26. Существуют аргументы как за, так и против рассмотрения *jus cogens* в рамках настоящей темы. Согласно одному мнению, нормы международного обычного права могут на проверку оказаться нормами *jus cogens*, либо превратиться в такие нормы, и эти две категории могут связывать общие конститутивные элементы. Другая точка зрения заключается в том, что *jus cogens* «порождает дополнительные проблемы в части доказательств существования, формирования и классификации, выходящие за рамки рассматриваемой темы»<sup>51</sup>. Большинство членов Комиссии и представителей в Шестом комитете, которые рассматривали этот вопрос в 2012 году, сочли, что будет лучше не включать *jus cogens* в предмет настоящей темы.

27. Руководствуясь в основном прагматическими соображениями – чтобы не усложнять и без того непростую тему<sup>52</sup>, – Специальный докладчик считает, что будет предпочтительным не касаться этого вопроса в рамках рассмотрения настоящей темы. Вместе с тем, как отметили члены Комиссии, время от времени в конкретных контекстах ссылки на нормы *jus cogens* все же будут приводиться.

так много обычных норм международного права, имеющих обязательную силу для всего международного сообщества государств, и, более того, нельзя ожидать резкого увеличения числа таких норм в будущем»).

<sup>51</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том I, 3148-е заседание, заявление г-на Мерфи.

<sup>52</sup> Г-н Глади, например, выразил сомнения в том, что Комиссии «удалось бы достичь согласия по различным аспектам *jus cogens*» (там же); г-н Пак отметил, что рассмотрение *jus cogens* в настоящее время может открыть «ящик Пандоры» (там же, 3152-е заседание). См. также предложение г-на Яковидеса о включении этой темы в программу работы Комиссии (*Ежегодник... 1993 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/454, стр. 213–220).

## ГЛАВА II

### Международное обычное право как источник международного права

#### А. Международное обычное право и его связь с другими источниками, перечисленными в Статье 38 Статута Международного Суда

28. Международное публичное право есть право<sup>53</sup>, а международное обычное право – один из его главных источников<sup>54</sup>. Под «источником» в этом контексте понимается формальный источник<sup>55</sup>, «то, что придает

содержанию норм международного права их правовой характер»<sup>56</sup>.

29. Статья 38, пункт 1, Статута Международного Суда, которая широко признана в качестве авторитетного перечня источников международного права<sup>57</sup>, гласит:

1. Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет:

<sup>53</sup> Относительно недавнего исследования по этому вопросу см. Mégret, «*International law as law*».

<sup>54</sup> В интересах авторитета международного права важно четко разграничивать право и «неправо», нормы права и принципы и стандарты неюридического характера. Не является правом «мягкое право» – термин без четко определенного значения, воспринимаемый скорее как «модное словечко» и в большинстве случаев подразумевающий нормы, намеренно лишённые обязательной силы (см., например, Thüser, «*Soft law*»; Lowe, *International Law*, pp. 95–97; Shaw, *International Law*, pp. 117–119; и Murphy, *Principles of International Law*, pp. 111–123). Однако мягкое право может способствовать формированию международного обычного права; этот вопрос будет рассмотрен в будущих докладах.

<sup>55</sup> Формальные источники международного права – это «процессы, через которые нормы международного права становятся

юридически значимыми», тогда как материальные источники «можно определить как политические, социологические, экономические, моральные или религиозные истоки правовых норм». Pellet, «*Article 38*», p. 774, para. 111.

<sup>56</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 2.

<sup>57</sup> Pellet, «*Article 38*», pp. 813–832, paras. 209–249. Для нынешних целей нет необходимости вступать в полемику относительно того, можно ли считать Статью 38, пункт 1, составленную в 1920 году, полным перечнем: см. Wolfrum, «*Sources of international law*», para. 10.

a) международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;

b) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;

c) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;

d) с оговоркой, указанной в статье 59, судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм.

30. Статья 38, пункт 1 b), идентична статье 38, пункт 2, Статута ШМП, проект которого был подготовлен для Совета Лиги Наций Консультативным комитетом юристов в 1920 году<sup>58</sup>. Председатель Консультативного комитета юристов барон Декамп изначально предлагал следующее: «международный обычай, являющийся практикой между государствами, принятой ими в качестве правовой нормы»<sup>59</sup>.

Протоколов обсуждения этого положения в Консультативном комитете или в Совете и на Ассамблее Лиги имеется мало. В плане Рута – Филिमора это положение гласило: «Международный обычай как свидетельство общей практики, используемой в отношениях между государствами и принятой ими в качестве правовой нормы»<sup>60</sup>. Однако в конечном итоге Редакционный комитет представил следующий текст: «Международный обычай как доказательство всеобщей практики, которая признана в качестве правовой нормы»<sup>61</sup>. Этот текст был представлен на рассмотрение Лиги Наций и утвержден с незначительными редакционными изменениями<sup>62</sup>. В процессе

<sup>58</sup> Попытки решения этого вопроса предпринимались и раньше. В частности, согласно статье 7 (нератифицированной) Конвенции XII 1907 года об учреждении Международной призывной палаты, в отсутствие действующего договора Палата должна была применять «правила международного права», при условии, что они являются «общественными»; см. Pellet, «Article 38», pp. 736–737, paras. 11–13. Относительно работы Консультативного комитета см. Spiermann, «"Who attempts too much does nothing well": the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice» и «Historical Introduction», pp. 52–59, paras. 6–22.

<sup>59</sup> PCIJ, Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th–July 24th 1920, with Annexes* (The Hague, Van Langenhuysen, 1920), 13th meeting, p. 306, Annex No. 3. Идентичная формулировка была предложена членом Консультативного комитета от Соединенных Штатов г-ном Руттом с той лишь разницей, что его вариант включал слово «признанной» перед словом «практикой» (*ibid.*, 15th meeting, p. 344, annex No. 1). Г-н Декамп говорил о международном обычном праве как об «очень естественном и чрезвычайно надежном методе развития [международного права], поскольку оно складывается исключительно в результате постоянного выражения правовых убеждений и потребностей государств в их взаимоотношениях» (*ibid.*, 14th meeting, p. 322, annex No. 1).

<sup>60</sup> *Ibid.*, 24th meeting, p. 548.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 25th meeting, p. 567, annex No. 2, art. 31.

<sup>62</sup> *Ibid.*, 32nd meeting, p. 680, annex No. 1, art. 35. В измененном варианте, утвержденном Консультативным комитетом в первом чтении, этот подпункт гласил: «Международный обычай, являющийся признанием всеобщей практики, принятый в качестве правовой нормы». В тексте, представленном Лиге, эта формулировка не была сохранена.

разработки и принятия Статута Международного суда в 1944–1945 годах он, судя по всему, не обсуждался<sup>63</sup>.

31. О Статье 38, пункт 1 b), часто говорят, что она «составлена неудачно»<sup>64</sup>. С другой стороны, указывается, что «в формировании нормы международного обычного права имеется два ключевых элемента. Они изысканно и лаконично выражены в Статье 38 Статута МС»<sup>65</sup>; и что «Статью 38 Статута МС следует рассматривать не как простое указание, выполняющее исключительно техническую функцию в суде, а как изложение способов формирования права, несмотря на ее несовершенство»<sup>66</sup>.

32. Статья 38, пункт 1, часто упоминается или воспроизводится в более поздних документах<sup>67</sup>. Хотя согласно формулировке она касается только МС<sup>68</sup>, источники, указанные в Статье 38, пункт 1, в целом считаются применимыми и для других международных

<sup>63</sup> Об истории согласования Статьи 38, пункт 1 b), см. Hagenmacher, «La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale», pp. 19–32; Pellet, «Article 38», pp. 738–745, paras. 17–48; и Kearney, «Sources of law and the International Court of Justice». В 1950 году, возвращаясь к истории согласования, г-н Хадсон заметил, что составители Статута «не имели очень четкого представления о том, что есть международный обычай» (*Ежегодник... 1950 год*, том I, 40-е заседание, стр. 6 англ. текста, пункт 45).

<sup>64</sup> См., например, Kunz, «The nature of customary international law», p. 664; и Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law». Виллигер пишет: «Печально, что это положение несовершенно... Ведь Судом может применяться не обычай, а только обычное право; и подпункт 1 b) нарушает логическую последовательность событий, поскольку именно общая практика, признанная в качестве правовой нормы, является доказательством обычной нормы» (Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 15).

<sup>65</sup> Bederman, *The Spirit of International Law*, pp. 9 and 33; см. также Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium* («Сама Статья 38 Статута МС должным образом определяет международный обычай как "доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы"»).

<sup>66</sup> Sur, *International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations*, p. 166; см. также Jennings, «The identification of international law».

<sup>67</sup> Pellet, «Article 38», pp. 745 *et seq.*, paras. 49–54; статья 28 Общего акта о мирном разрешении международных споров 1928 года (и статья 28 пересмотренного Общего акта 1948 года); статья 33 Факультативного регламента для урегулирования споров между двумя государствами Постоянной палаты третейского суда. Иногда встречаются перекрестные ссылки на Статью 38 Статута: например, в статьях 74 и 83 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву. В других документах используются иные выражения: например, статья 21, пункт 1 b), Римского статута Международного уголовного суда («применимые международные договоры, принципы и нормы международного права, включая общепризнанные принципы международного права вооруженных конфликтов»); статья 20, пункт 1, Протокола Суда Африканского союза, в которой воспроизводится формулировка МС с уточнениями: статья 20, пункт 1 c), идентична статье 38, пункт 1 b). Относительно использования Статьи 38, пункт 1, в работе Комиссии см. статью 12 проекта конвенции об арбитражной процедуре 1953 года (*Ежегодник... 1953 год*, том II, стр. 210 англ. текста) и статью 10 проекта типовых правил арбитражного процесса 1958 года (*Ежегодник... 1958 год*, том II, документ A/3859, стр. 84 англ. текста) (каждая из которых начинается с важной оговорки: «В отсутствие любого соглашения между сторонами относительно применимого права»).

<sup>68</sup> Forteau, «The diversity of applicable law before international tribunals as a source of forum shopping and fragmentation of international law: An assessment», pp. 420–421.

судов и трибуналов с учетом любых специальных норм в их соответствующих уставах<sup>69</sup>.

33. Для целей настоящей темы необходимо рассмотреть связи между международным обычным правом и другими источниками международного права, перечисленными в Статье 38, пункт 1, Статута Международного Суда, хотя как таковые эти другие источники не относятся к предмету рассмотрения в рамках этой темы.

34. Одним из значимых аспектов данной темы<sup>70</sup>, который планируется рассмотреть в последующих докладах, является взаимосвязь между международным обычным правом и международными договорами. Короче говоря, взаимодействие между этими двумя «переплетенными» источниками международного права может иметь весьма важное значение для настоящих целей, поскольку общепризнано, что договоры могут отражать уже существующие нормы международного обычного права; порождать новые нормы и служить доказательством их существования; или способствовать, в рамках процессов их согласования, их закреплению в качестве формирующихся норм международного обычного права<sup>71</sup>. Особый интерес такая связь вызывает в свете того, что «для современного международного обычного права, хотя и неписаного, все более характерна строгая связь с письменными текстами»<sup>72</sup>. Следует также помнить, что международное обычное право «существует само по себе», даже если в том или ином международном договоре присутствует идентичная норма<sup>73</sup>.

35. Иногда высказывается мнение, что сегодня международные договоры являются более важным источником международного права, чем международное обычное право<sup>74</sup>. Такие обобщения не вносят никакой особой ясности и не обязательно соответствуют действительности. Даже в тех областях, где имеются широко признанные «кодификационные» конвенции, нормы международного обычного права продолжают регулировать вопросы, не предусмотренные

конвенциями<sup>75</sup>, и продолжают применяться в отношениях между государствами, не являющимися участниками этих конвенций<sup>76</sup>. Нормы международного обычного права могут также заполнять возможные лакуны в международных договорах и помогать в их толковании<sup>77</sup>. Кроме того, тот или иной международный суд может посчитать себя вправе применять международное обычное право в тех случаях, когда по причине ограничений его юрисдикции какой-либо конкретный договор неприменим<sup>78</sup>.

36. Важное значение имеет также различие между международным обычным правом и «общими принципами права»<sup>79</sup>, которое, однако, не всегда очевидно в судебной практике и в литературе<sup>80</sup>. В Статье 38,

<sup>75</sup> См., например, Венскую конвенцию 1969 года, последний пункт преамбулы; и статью 4 (отсутствие обратной силы). Оговорка Мартенса явилась одним из первых свидетельств сохраняющейся актуальности международного обычного права, независимо от договора (von Bernstorff, «Martens clause»). В Дополнительном протоколе к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающемся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), слова «установившиеся между образованными народами обычаи» были заменены выражением «установившиеся обычаи», которое затем было использовано и в более поздних конвенциях: Конвенция о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут наноситься наносимыми чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие, пятый пункт преамбулы; и Конвенция по касетным боеприпасам, одиннадцатый пункт преамбулы.

<sup>76</sup> Например, Венская конвенция 1969 года имеет прямое применение только в отношениях между государствами, являющимися ее участниками. Нормы международного обычного права о праве международных договоров применяются в отношениях между государствами, не являющимися участниками Венской конвенции, и между государством-участником и государством, не участвующим в Конвенции; см. Vierdag, «The law governing treaty relations between parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not party to the Convention», p. 779.

<sup>77</sup> Венская конвенция 1969 года, статья 31, пункт 3 c); Выводы по итогам работы Исследовательской группы по теме «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», выводы 17–20 (*Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 215, пункт 251). См. также *Amoco International Finance Corporation v. Iran* (1987-II), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 15 (Cambridge, Grotius, 1988), p. 222, para. 112; Baxter, «Treaties and custom», p. 103 («Международные договоры продолжают оказывать весьма значительное воздействие на содержание общего международного права. Даже если все государства в прямой форме примут на себя обязательства по кодификационному договору, при толковании этих документов все равно придется принимать во внимание международное обычное право, а договоры, в свою очередь, будут порождать новые нормы международного обычного права, формирующиеся в процессе применения соглашений»).

<sup>78</sup> Например, в деле *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, at pp. 92–97, paras. 172–182. Суд пришел к выводу, что «ему надлежит осуществлять юрисдикцию, возложенную на него заявлением Соединенных Штатов о признании в соответствии с пунктом 2 статьи 36 Статута, для вынесения решения по требованиям Никарагуа на основе международного обычного права, несмотря на исключение из его юрисдикции споров, «возникающих по» уставам Организации Объединенных Наций и Организации американских государств» (*ibid.*, p. 97, para. 182).

<sup>79</sup> Gaja, «General principles of law»; Pellet, «Article 38», pp. 832–841, paras. 250–269.

<sup>80</sup> О различиях в значении понятия «общие принципы права» см., например, Schachter, *International Law in Theory and Practice*, pp. 50–55; см. также Schlütter, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, pp. 71–86. О призыве к внесению ясности в этот

<sup>69</sup> См. пункты 66–85 ниже. Терлуэй пишет: «Общепризнано, что источники, указанные в Статье 38, применимы и для других международных трибуналов» («Unacknowledged legislators: some preliminary reflections on the limits of judicial lawmaking», p. 313). О ссылке в статье 293 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву на «другие нормы международного права, не являющиеся несовместимыми с настоящей Конвенцией» Терлуэй пишет: «Поскольку никакого дополнительного определения не приводится, признанным ориентиром остается Статья 38 МС» (*ibid.*, p. 314, footnote 9).

<sup>70</sup> Меморандум Секретариата (сноска 8 выше), пункты 37–40.

<sup>71</sup> См. в целом Schachter, «Entangled treaty and custom»; Jia, «The relations between treaties and custom»; Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, p. 84; Gamble, «The treaty/custom dichotomy: An overview»; Wolfke, «Treaties and custom: aspects of interrelation»; Scott and Carr, «Multilateral treaties and the formation of customary international law»; Villiger, *Customary International Law and Treaties*; и Baxter, «Treaties and custom».

<sup>72</sup> Treves, «Customary international law», p. 938, para. 2.

<sup>73</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, pp. 94–96, paras. 177–178.

<sup>74</sup> «В последние десятилетия роль важнейшего источника международного права перешла от международного обычного права к международным договорам...» (Dörr and Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, p. 11).

пункт 1 с), Статута Международного Суда «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями» включены в перечень источников международного права отдельно от международного обычного права. В судебной практике и в специальной литературе это понятие иногда используется применительно не только к общим принципам, единым для разных систем внутреннего права, но и к общим принципам международного права. МС и сам может обращаться к общим принципам международного права в тех случаях, когда отсутствуют признаки международного обычного права. Как поясняет один автор:

То обстоятельство, что МС сравнительно часто ссылается на принципы, не входящие в состав внутрисударственного права, объясняется, по крайней мере отчасти, узким определением международного обычного права, приводимым в Статье 38, пункт 1 b), Статута МС. Если, как указано в этом положении, обычай рассматривается как «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы», то ввиду недостаточности практики некоторые нормы международного права, которые не основаны на договорах, не подпадают под определение обычая. Отсюда указание на принципы или общие принципы<sup>81</sup>.

Хотя абстрактно провести различие между международным обычным правом и общими принципами может быть затруднительно, вне зависимости от сферы охвата общих принципов все же важно выявить те нормы, которые по своей природе должны подкрепляться реальной практикой государств<sup>82</sup>.

37. Международное обычное право также следует отличать от поведения международных субъектов, которое не порождает каких бы то ни было юридических прав или обязательств и не влечет за собой подобные правовые последствия. Не все международные акты являются юридически значимыми: так, акты вежливости и любезности или простые обыкновения, даже если они практикуются в силу традиции, находятся за рамками международного обычного права и настоящей темы<sup>83</sup>.

38. Возможно, нет необходимости, по крайней мере на данном этапе, останавливаться на природе правил, регулирующих формирование и выявление норм международного обычного права, например на том, являются ли такие правила сами по себе частью международного обычного права<sup>84</sup>. Но, как и в любой правовой системе, в международном публичном праве должны быть правила выявления источников права.

вопрос см. Simma and Alston, «The sources of human rights law: Custom, *ius cogens*, and general principles»; Petersen, «Customary law without custom? Rules, principles, and the role of State practice in international law creation».

<sup>81</sup> Gaja, «General principles of law», p. 374, para. 18.

<sup>82</sup> Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 37.

<sup>83</sup> Tunkin, «Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», p. 422; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pp. 23–24.

<sup>84</sup> См. обсуждения вопроса о природе некоторых норм договорного права, особенно *ratio sunt servanda*. Синклер в этой связи ссылается на «доктринальные доводы», рассмотрение которых «неизбежно заводит нас в несколько метафизические области» (*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pp. 2–3). См. также Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law: Customary international law and some of its problems», pp. 538–542.

Для настоящих целей они могут быть установлены посредством изучения, в частности, того, каким образом государства и суды подходят к задаче выявления правовых норм.

## В. Терминология

39. Терминология имеет важное значение. Как представляется, выражения «обычное международное право» или «нормы обычного международного права»<sup>85</sup> наиболее широко используются для обозначения рассматриваемого в рамках настоящей темы источника международного права<sup>86</sup>. Иногда встречается выражение «общее обычное международное право» – как правило, при его противопоставлении «специальным» или «региональным» нормам международного обычного права<sup>87</sup>. Термин «универсальное обычное международное право» может иметь схожее значение.

40. Кроме того, встречается выражение «международное обычное право», которое, однако, может подразумевать некую подкатегорию «обычного права»,

<sup>85</sup> Венская конвенция 1969 года, восьмой пункт преамбулы. В статье 38 Венской конвенции упоминается «обычная норма международного права». Под «нормами» в этом докладе подразумеваются также «принципы». Как указала камера МС (в связи с вопросом о делимитации морских пространств): «Объединение понятий "нормы" и "принципы" – не более чем взаимозаменяемое использование двух выражений для передачи одной и той же идеи, поскольку в этом контексте термин "принципы" явно означает принципы права, т. е. он включает также нормы международного права, применительно к которым использование термина "принципы" может быть оправдано ввиду их более общего и более основополагающего характера» (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, I.C.J. Reports 1984*, pp. 288–290, para. 79); Гая пишет: «Хотя в судебных или арбитражных решениях разница между принципами и нормами подробно не исследуется, использование термина "принципы" указывает на общий характер соответствующей нормы» («General principles of law», p. 376, para. 31).

<sup>86</sup> Более ранний термин для обозначения «международного права» – «право народов» – ни в коем случае не вышел из употребления: Janis, «International law?»; Janis, *America and the Law of Nations 1776–1939*, chap. 1 («Blackstone and Bentham: The Law of Nations and International Law»); Clapham, *Brierly's Law of Nations*, pp. xiii–xiv. Иногда высказывается мнение, что «право народов» является более подходящим термином, учитывая расширяющийся круг субъектов в этой области; см., например, Daillier, Forteau and Pellet, *Droit international public*, pp. 43–50. В работе Блэкстоуна *Commentaries on the Laws of England (1765–1769)* термин «право народов» используется для обозначения в целом той области, которая сегодня именуется международным правом, и, таким образом, включает как договоры, так и международное обычное право. Тем не менее порой термин «право народов» используется для обозначения международного права помимо договоров. Так, в первом Законе о судостроительстве 1789 года, Ch. 20, § 9, 1 Stat. 73 (1789), конгресс Соединенных Штатов принял положение, в котором говорится о нарушениях «права народов или какого-либо договора Соединенных Штатов» (*The Public Statutes at Large of the United States of America*, vol. I, Boston, Little and Brown, 1848). В этом смысле термин «право народов» синонимичен международному обычному праву в современном значении этого термина, а не международному праву в целом. Как указано в *Restatement (Third) of U.S. Foreign Relations Law*, § 111, Introductory Note (1987): «Термин "право народов" использовался для описания обычных норм и обязательств, регламентирующих поведение государств и определенные аспекты поведения государств в отношениях с индивидами» (*Restatement of the Law Third*, vol. I, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1987, p. 40).

<sup>87</sup> Во внутреннем праве различных государств для обозначения международного обычного права используются самые разные термины.

из-за чего возникает неверное представление о связи между международным обычным правом и обычным правом, что имеет место в некоторых внутренних правовых системах.

41. О международном обычном праве часто говорят как о «международном обычае» или «обычае», но это также может вводить в заблуждение в зависимости от контекста<sup>88</sup>. Эти понятия можно спутать с объективным элементом в формировании международного обычного права (практикой), поскольку другие термины из этой же области, зачастую используемые как взаимозаменяемые, – это «обыкновение» и «практика»<sup>89</sup>.

42. Часто используется термин «общее международное право»<sup>90</sup>, который, однако, нуждается в некотором разъяснении<sup>91</sup>. МС, да и сама Комиссия, используют этот термин в различных контекстах, вкладывая в него разный смысл<sup>92</sup>. Использование этого термина для обозначения только международного обычного права может вызывать путаницу. Иногда он

<sup>88</sup> Хотя следует напомнить, что термин «международный обычай» фигурирует в Статье 38, пункт 1 b), Статута Международного суда.

<sup>89</sup> См. также Tunkin, «Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», p. 422 (разграничение между «обыкновением» и «обычаем», с одной стороны, и «обычной нормой международного права» – с другой); Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 2 (где идет речь о «пресловутых разночтениях при использовании терминологии, связанной с международным обычным правом» и о необходимости различать между «международным обычаем», с одной стороны, и «практикой», «привычкой» или «обыкновением» – с другой); и Ochoa, «The individual and customary international law formation», pp. 125–129.

<sup>90</sup> См., например, статьи 53 и 64 Венской конвенции 1969 года (jus cogens).

<sup>91</sup> Buzzini, «La "généralité" du droit international general: Réflexions sur la polysémie D'un concept» и *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume*; Tomuschat, «What is "general international law"?»; и Wolfrum, «General international law (Principles, rules, and standards)».

<sup>92</sup> Меморандум Секретариата (сноска 8 выше), глава II, раздел С. Как было указано в исследовании по фрагментации (документ A/CN.4/L.682 и Add.1 и Corr.1 (сноска 27 выше), пункт 493): «четкого определения или единообразного понимания этого понятия [общее международное право] не существует. Понятие "общего международного права" явно отсылает к общему обычному праву, а также "общим принципам права, признаваемым цивилизованными нациями" по смыслу статьи 38, пункт 1 c), Статута Международного Суда. Но оно может также охватить принципы собственно международного права и аналогии из внутреннего права, особенно принципы юридического процесса (audiatur et altera pars, in dubio mitius, эстоппель и т. д.)».

используется в значении, подразумевающим нечто более широкое, чем общее международное обычное право, например нормы международного обычного права наряду с общими принципами права и/или наряду с широко признанными международными конвенциями. Желательно, чтобы конкретный смысл, вкладываемый в этот термин, пояснялся всякий раз, когда контекст не позволяет точно установить его значение.

43. Точность и последовательность в использовании терминологии как юристами-практиками, так и учеными могли бы способствовать внесению ясности в рассмотрение международного обычного права как одного из источников права. Специальный докладчик предлагает оперировать терминами «международное обычное право» и «нормы международного обычного права».

44. Обеспечению единообразного употребления терминов препятствуют среди прочего различия в их обозначении на разных языках. Возможно, по мере продвижения работы над данной темой будет полезно составить краткий глоссарий соответствующих терминов на шести официальных языках Организации Объединенных Наций. Помимо «международного обычного права» в него могли бы войти понятия «практика государств», «практика», «обыкновение» и «*opinio juris sive necessitatis*».

45. Предлагаемый далее вывод касается использования терминов. Он может быть доработан по мере продвижения работы по теме:

## «2. Употребление терминов.

Для целей настоящих проектов выводов:

a) термин "международное обычное право", или "нормы международного обычного права", означает нормы международного права, указанные в пункте 1 b) Статьи 38 Статута Международного Суда;

b) ["практика государств" или "практика"...]

c) ["*opinio juris*" или "*opinio juris sive necessitatis*"...]

d) [...]

## ГЛАВА III

### Виды справочных материалов для работы по теме

46. В данной главе рассматриваются категории материалов, которые предполагается использовать в справочных целях в ходе работы Комиссии по настоящей теме, т. е. для выработки выводов о процессе формирования и доказательства существования норм международного обычного права. На данном этапе задачи предложить такие выводы не ставится. Это дело будущего.

47. Ниже рассматриваются следующие категории материалов: материалы, отражающие позиции государств и межправительственных субъектов, практика МС и других судов и трибуналов, работы других органов, таких как Ассоциация международного права, а также мнения юристов, особенно относительно общего подхода к вопросам формирования и доказательства существования международного обычного права.

### А. Подход государств и других межправительственных субъектов

48. Если не считать решений внутрисудовых судов (см. пункты 83–85 ниже), то, как представляется, в открытом доступе имеется сравнительно немного материалов, прямо отражающих позицию государств по вопросам формирования и доказательств существования международного обычного права. Тем не менее составить представление о подходе государств можно на основании их заявлений по конкретным вопросам, а также из выступлений в судах и трибуналах.

49. Специальный докладчик продолжает испрашивать материалы, касающиеся подхода государств. Пока на просьбу Комиссии, содержащуюся в ее докладе 2012 года (см. пункт 4 выше), откликнулось лишь незначительное число государств<sup>93</sup>.

50. О позиции государств по вопросам формирования и свидетельств существования международного обычного права можно судить по их выступлениям в международных судах и трибуналах, хотя следует помнить о том, что в этом случае такие заявления носят судебно-риторический характер<sup>94</sup>. В подобных выступлениях государства регулярно демонстрируют двухэлементный подход, аргументируя свою позицию как практикой государств, так и *opinio juris*, хотя время от времени они прибегают и к иной тактике<sup>95</sup>. При этом они нередко приводят много сведений о практике государств.

51. Кроме того, государства обмениваются мнениями о нормах международного обычного права, зачастую в конфиденциальном порядке, и тем самым они несомненно влияют на то, каким образом возникают и выявляются такие нормы<sup>96</sup>. Это может происходить в режиме регулярных совещаний юрисконсультов в международных организациях, например в Организации Объединенных Наций и региональных организациях, в группах меньшего состава или на двусторонней основе.

52. О подходе государств можно судить по реакции правительств на попытки кодификации (не в последнюю очередь, на работу Комиссии). В качестве примера можно привести тот редкий случай, когда полемика, разгоревшаяся вокруг исследования МККК

2005 года *Customary International Humanitarian Law Study* («Исследование по международному гуманитарному обычному праву») (пункт 92 ниже), пролила свет на отношение некоторых государств к процессу формирования и доказательства существования норм международного обычного права, особенно в области законов войны. В первом официальном отзыве на это исследование на правительственном уровне, поступившем от Соединенных Штатов, указывалось: «Общепризнанно, что международное обычное право складывается на основе общей и единообразной практики государств, которой они следуют, руководствуясь сознанием юридической обязательности, или *opinio juris*», и подчеркивалось, что свидетельства существования такого права «так или иначе должны быть связаны с практикой государств»<sup>97</sup>. В свою очередь, Соединенное Королевство заявило, что для формирования международного обычного права «необходимым условием является "всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы"» и что «в общем и целом выявление нормы международного обычного права представляет собой тщательный процесс»<sup>98</sup>.

53. Подход межправительственных субъектов, в частности таких международных организаций, как Организация Объединенных Наций, тоже может оказаться полезным в исследовании практики по вопросам формирования и выявления норм обычного международного права<sup>99</sup>. Два недавних примера можно найти в докладе Рабочей группы по произвольным задержаниям Совету по правам человека, в котором говорится о «принятой почти во всем мире государственной практике», а также об *opinio juris*, как о свидетельствах «обычно-правового характера произвольного лишения свободы»<sup>100</sup>; и в докладе Группы Генерального секретаря по расследованию инцидента с флотилией 31 мая 2010 года, в котором указывается: «Обычай имеет силу правовой нормы и носит обязательный характер для государств, если он отражает всеобщую практику государств и признан государствами этой всеобщей практики в качестве нормы права ("требование *opinio juris*")»<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> Bellinger and Haynes, «A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», pp. 443–444.

<sup>98</sup> Юрисконсульт Министерства иностранных дел и по делам Содружества, заявление на Встрече национальных комитетов по международному гуманитарному праву государств Содружества, Найроби, 20 июля 2005 года: (Kaikobad, «United Kingdom materials on international law 2005», pp. 694–695). См. также Обновленные руководящие принципы Европейского союза относительно содействия соблюдению норм международного гуманитарного права... где международное обычное право определяется как источник международного права, «формируемый практикой государств, признаваемой ими в качестве имеющей для себя обязательную силу» (*Official Journal of the European Union*, C 303, 15 December 2009, p. 13, para. 7).

<sup>99</sup> Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*; и Vanhamme, «Formation and enhancement of customary international law: the European Union's contribution».

<sup>100</sup> A/HRC/22/44, пункт 43.

<sup>101</sup> Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, September 2011 (имеется по адресу [www.un.org/News/dh/infocus/middle\\_east/Gaza\\_Flotilla\\_Panel\\_Report.pdf](http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf)), appendix I: The applicable international legal principles, p. 76, para. 3.

<sup>93</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 13, пункт 29.

<sup>94</sup> Dupuy, «La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales».

<sup>95</sup> См., в качестве одного из новейших примеров, выступление Бельгии в деле *Belgium v. Senegal*, включая ее дополнительный ответ судье Гринвуду, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Questions put to the Parties by Members of ICJ at the close of the public hearing held on 16 March 2012 (CR 2012/5).

<sup>96</sup> См. Лондонское заявление о принципах (сноска 9 выше), p. 716, para. 6, footnote 8: «Многое из этого [того, каким образом государства определяют нормы права] совершается на основе конфиденциальности и официальной секретности, поэтому не всегда есть возможность указать точную ссылку на источник»; Bethlehem, «The secret life of international law», p. 34 (где идет речь о «целом массиве экспертной практики, которая по большей части совершенно невидима для внешнего мира»).

## В. Практика Международного Суда

54. Огромное значение для работы Комиссии по настоящей теме будет иметь практика МС и его предшественницы – ППМП. Основная функция Суда в отношении международного обычного права заключается в выявлении и применении обычных норм по необходимости при вынесении решений по рассматриваемым им делам<sup>102</sup>. Его решения (включая особые и несогласные мнения) многое проясняют в вопросах общего подхода к формированию и доказательству существования международного обычного права (когда «то, что "есть", становится тем, что "должно быть"»)<sup>103</sup>, включая специфические аспекты этих процессов.

55. Общее представление о подходе МС к этому вопросу дает рассмотрение многочисленных случаев применения им Статьи 38, пункт 1 *b*), своего Статута, в которых он «выполняет свою совершенно нормальную функцию оценки различных элементов практики государств и представленных юридических заключений... как указывающих на становление нормы обычного права»<sup>104</sup>. Как следует из упоминаемых ниже решений, Суд четко и единообразно признавал (равно как и до него – Постоянная Палата), что международное обычное право формируется на основе практики государств в сочетании с *opinio juris*.

56. В решении по делу *Лотус* ППМП заявила, что международное право проистекает от воли государств, проявляющейся в соглашениях или «в обычаях, которые обычно принимаются как закрепляющие принципы права»<sup>105</sup>. Палата подчеркнула различие между двумя конститутивными элементами международного обычного права, особо указав на необходимость наличия обоих для закрепления выявленной нормы такого права:

Даже если бы тех немногих опубликованных судебных решений было достаточно для того, чтобы доказать фактическое наличие [данного] обстоятельства... это свидетельствовало бы лишь о том, что в своей практике государства нередко воздерживались от возбуждения уголовных дел, а не о признании ими своей обязанности так поступать; ведь говорить о международном обычае можно было бы только в том случае, если бы такое воздержание основывалось на осознании ими своей обязанности воздержаться<sup>106</sup>.

57. Классическое заявление МС по вопросу о процессах формирования и доказательства существования норм международного обычного права можно

<sup>102</sup> В задачи Суда не входит развитие права, хотя иногда ему приходится этим заниматься во избежание вынесения решения *non liquet*. Вопрос о роли международных судов и трибуналов в формировании международного обычного права будет рассмотрен отдельно в одном из последующих докладов; см. недавно опубликованную статью по этому вопросу: Thirlway, «Unacknowledged legislators: some preliminary reflections on the limits of judicial lawmaking».

<sup>103</sup> *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Merits, Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*, p. 82 (Dissenting Opinion of Judge Armand-Ugon).

<sup>104</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 367, para. 112 (Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Arechaga and Waldock).

<sup>105</sup> «*Lotus*» (*France v. Turkey*), *Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 18.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 28.

найти в делах *Континентальный шельф Северного моря*:

Хотя краткость прошедшего периода не является непременно, или сама по себе, препятствием для формирования новой нормы международного обычного права на основе первоначально чисто конвенционной нормы, необходимо, чтобы в течение этого периода, пусть даже непродолжительного, правоприменительная практика государств, включая те, чьи интересы затронуты особо, была бы обширной и практически единообразной в отношении применимых положений, а также свидетельствовала бы о всеобщем признании правовой нормы или правового обязательства... Важнейший аспект в этой связи – и, как представляется, это необходимо подчеркнуть особо – заключается в том, что даже если примеры таких действий со стороны государств, не являющихся участниками Конвенции, были бы гораздо более многочисленными, они все равно сами по себе не были бы достаточными, даже в совокупности, для формирования *opinio juris*, поскольку для этого необходимо выполнение двух условий. Рассматриваемые действия должны не только представлять собой устоявшуюся практику [*une pratique constante*] во французском тексте], но и быть таковыми или выполняться таким образом, чтобы свидетельствовать об убежденности в обязательности такой практики ввиду существования нормы права, предписывающей ей следовать. Необходимость в такой убежденности, т. е. в наличии субъективного элемента, заложена в самом понятии *opinio juris sive necessitatis*. Следовательно, затрагиваемые государства должны считать, что действуют с соблюдением правового обязательства. Повторяемость или даже привычный характер действий сами по себе не являются достаточными. Есть множество международных действий, например в области церемониала и протокола, которые совершаются почти всегда, но лишь из соображений любезности, удобства или традиции, а не из какого бы то ни было чувства обязанности<sup>107</sup>.

58. Суд вновь подтвердил это в решении по делу *Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее*, в котором он указал, что для того, чтобы определить применимые нормы международного обычного права, он «должен обратить свое внимание на практику и *opinio juris* государств»<sup>108</sup>, и заявил:

Как было отмечено в делах *Континентальный шельф Северного моря*, для становления новой нормы международного обычного права рассматриваемые действия должны не только «представлять собой устоявшуюся практику», но и сопровождаться *opinio juris sive necessitatis*. Поведение государств, предпринимаящих такие действия, или других государств, имеющих возможность реагировать на них, должно было быть таково, чтобы «свидетельствовать об убежденности в обязательности такой практики ввиду существования нормы права, предписывающей ей следовать. Необходимость в такой убежденности, т. е. в наличии субъективного элемента, заложена в самом понятии *opinio juris sive necessitatis*»<sup>109</sup>.

59. В своем решении по делу *Континентальный шельф (Тунис/Ливийская Арабская Джамахирия)* МС указал на «фактическую практику государств» как на «выражающую обычные нормы или порождающую их»<sup>110</sup>. В деле *Залив Мэн* камера Суда отметила, что международное обычное право «содержит ограниченный набор норм, призванных обеспечивать сосуществование и жизненно важное сотрудничество членов международного сообщества, в сочетании с обычными нормами, наличие которых в *opinio juris* государств

<sup>107</sup> *North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 43, para. 74 and p. 44, para. 77.

<sup>108</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 97, para. 183.

<sup>109</sup> *Ibid.*, pp. 108–109, para. 207.

<sup>110</sup> *Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 46, para. 43.



можно проверить методом индукции на основе анализа достаточно обширной и убедительной практики, а не дедукцией из предвзятых представлений»<sup>111</sup>.

60. Обращаясь к изучению международного обычного права в своем консультативном заключении относительно *Законности угрозы ядерным оружием или его применения*, МС с самого начала указывает: «Как уже заявлял Суд, существо этого права следует "искать главным образом в фактической практике и *opinio juris* государств" (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1985*, pp. 29–30, para. 27)»<sup>112</sup>. Далее в этом заключении Суд отмечает, что существуют обычные нормы, которые «возникли в результате практики государств»<sup>113</sup>.

61. Самое последнее высказывание МС по вопросу о его базовом подходе содержится в решении по делу *Юрисдикционные иммунитеты государств*, в котором он заявил:

Отсюда следует, что Суд в соответствии со Статьей 38, пункт 1 b), своего Статута должен определить наличие «международного обычая как доказательства всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы»... Для этого он должен применить неоднократно излагавшиеся им критерии выявления нормы международного обычного права. В частности, как было ясно указано Судом в делах *Континентальный шельф Северного моря*, для существования нормы международного обычного права требуется «устоявшаяся практика» наряду с *opinio juris*... Кроме того, Суд отметил: «Разумеется, не требует доказательств то, что материал для международного обычного права следует искать в первую очередь в фактической практике и *opinio juris* государств, хотя многосторонние конвенции могут играть важную роль в документировании и определении норм, протекающих из обычая, или даже в их развитии» (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1985*, pp. 29–30, para. 27)<sup>114</sup>.

62. С риском чрезмерного упрощения можно сказать, что в практике МС имеется два главных подхода к выявлению конкретных норм международного обычного права. В некоторых случаях Суд приходит к выводу, что норма международного обычного права существует (или не существует), без проведения подробного анализа<sup>115</sup>. Это может происходить из-за того, что такой вывод считается очевидным (например, поскольку он основан на предыдущем заключении Суда<sup>116</sup> или на бесспорной с точки зрения Суда норме

права). Ряд примеров можно найти в решении Суда по делу *Территориальный и морской спор* от 19 ноября 2012 года<sup>117</sup>. В других случаях для того, чтобы установить наличие или отсутствие нормы международного обычного права, Суд проводит более подробный анализ практики и *opinio juris* государств. Этот подход находит отражение в решении Суда от 3 февраля 2012 года по делу *Юрисдикционные иммунитеты государства*<sup>118</sup>. Именно эти два дела особенно полезны для целей иллюстрации подхода Суда к вопросам формирования и доказательства существования международного обычного права<sup>119</sup>.

пара. 46; Мерон (см. предыдущую сноску, р. 31) («МС и другие международные суды все чаще опираются на судебную практику, предпочитая не вдаваться каждый раз заново в детальный анализ обычно-правового статуса одних и тех же принципов»); Воас, *Public International Law*, pp. 84–86 and 91–93. Может возникнуть вопрос (в том числе и у Комиссии в связи с рассмотрением настоящей темы), в какой мере факт выявления нормы международного обычного права одним трибуналом в определенный момент времени (иногда десятилетия назад) позволяет этому или другим трибуналам просто использовать такой вывод в будущем; см. также сноску 40 выше. Мнение о том, что «в тех случаях, когда тот или иной международный трибунал ссылается на норму международного обычного права и применяет ее в том виде, в каком она была ранее утверждена другим трибуналом, без проведения тщательного рассмотрения оснований для подобного утверждения, имеет место косвенное нарушение обычая», см. в Chigara, «International Tribunal for the Law of the Sea and customary international law», р. 451.

<sup>117</sup> *Nicaragua v. Colombia, Judgment, I.C.J. Reports 2012*, р. 645, para. 37 («Утверждение Никарагуа о том, что QS 32 нельзя считать островом по смыслу определения, установленного в международном обычном праве, поскольку он состоит из обломков кораллов, лишено оснований... Тот факт, что QS 32 очень мал, ничего не меняет, так как международное право не устанавливает какого-либо минимального размера, которым должен обладать тот или иной объект для того, чтобы считаться островом»); р. 666, para. 118 («Суд считает, что определение континентального шельфа, содержащееся в пункте 1 статьи 76 ЮНКЛОС, является частью международного обычного права»); р. 673, para. 138 («Стороны... согласились с тем, что несколько из наиболее важных положений ЮНКЛОС отражают международное обычное право. В частности, они согласны с тем, что в положениях статей 74 и 83, о делимитации исключительной экономической зоны и континентального шельфа, и статьи 121, о правовом режиме островов, сформулированы нормы международного обычного права»); р. 674, para. 139 («Поэтому Суд считает, что установленный в статье 121 ЮНКЛОС правовой режим островов устанавливает неделимый режим, все элементы которого (как признается Колумбией и Никарагуа) имеют статус международного обычного права»); р. 690, para. 177 («Сегодня международное право ограничивает ширину территориального моря, которую прибрежные государства имеют право устанавливать, двенадцатью морскими милями. Статья 3 ЮНКЛОС отражает текущую позицию международного обычного права по этому вопросу»); р. 693, para. 182 («Суд счел, что это положение [статья 13 ЮНКЛОС, «Осыхающие при отливе возвышения»] отражает международное обычное право (*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2001*, р. 100, para. 201)»).

<sup>118</sup> *Judgment, I.C.J. Reports 2012*, pp. 122–123, para. 55.

<sup>119</sup> См. также случаи обращения к судебной практике с целью определить существование той или иной нормы международного обычного права, например недавнее указание МС на «международное обычное право, отраженное в практике этого Суда, Международного трибунала по морскому праву (МТМП) и международных арбитражных судов и трибуналов» (*Territorial and Maritime Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 2012*, р. 666, para. 114 (см. также сноску 117 выше)). Один автор полагает, что имеется еще один метод, при помощи которого Суд провозглашает факт существования нормы международного обычного права: имплицитное признание, когда «Суд рассматривает определенную практику государств или положение договора как обычай, не делая при этом прямых заявлений относительно его природы» (см. Alvarez-Jiménez, «Methods for the identification of customary international law in the International Court of Justice's jurisprudence: 2000–2009», pp. 698–703).

<sup>111</sup> *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1984*, р. 299, para. 111; в дальнейшей практике Суда такие различные категории международного обычного права не упоминаются. Тревес предположил, что в этом заявлении «суд таким образом, как представляется, проводил различие между нормальными обычно-правовыми нормами и категорией таких норм, для которых не требуется поиска объективного и субъективного элементов» («Customary international law», р. 941, para. 19).

<sup>112</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, р. 226 at p. 253, para. 64.

<sup>113</sup> *Ibid.*, р. 256, para. 75.

<sup>114</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2012*, pp. 122–123, para. 55.

<sup>115</sup> Мерон описывает этот подход как «более мягкий подход к международному обычному праву» в сравнении с «традиционным подходом», предполагающим подробное рассмотрение имеющихся свидетельств (Мерон, *The Making of International Criminal Justice*, р. 31).

<sup>116</sup> См., например, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, р. 245, para. 41; *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1997*, р. 38,

63. Имеется значительное число дел, в которых МС рассматривал конкретные аспекты процесса формирования и выявления норм международного обычного права, затрагивая многие из относящихся к настоящей теме вопросов, в первую очередь – о характере элементов практики и *opinio juris* государств и о связи между договорами и международным обычным правом. Хотя такие дела не дают исчерпывающих ответов, в них содержатся полезные рекомендации. Судебная практика будет подробно рассматриваться в последующих докладах в рамках исследования конкретных аспектов темы.

64. В литературе широко признается вклад практики МС в укрепление роли международного обычного права и разъяснение некоторых из его аспектов<sup>120</sup>. В то же время авторы высказывают соображение о том, что пока Суд предоставил весьма ограниченные разъяснения о способах формирования и о порядке выявления норм международного обычного права, демонстрируя «явную склонность заявлять о факте существования обычной нормы, но не доказывать его»<sup>121</sup> и придерживаясь в конечном итоге достаточно гибкого подхода<sup>122</sup>. Кроме того, отмечается, что Суд не

<sup>120</sup> См., например, Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 80; Cassese, «General round-up», p. 166.

<sup>121</sup> Pellet, «Shaping the future of international law: the role of the world court in law-making», p. 1076 (где говорится о «таинственной и эмпирической алхимии, посредством которой Суд "обнаруживает" ту или иную норму, прежде чем применять ее в конкретном деле»). См. также Charney, «Universal international law», pp. 537–538; Kelly, «The twilight of customary international law», p. 469; Skubiszewski, «Elements of custom and the Hague court», p. 853; Treves, «Customary international law», p. 942, para. 21; Geiger, «Customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice: A critical appraisal», p. 692; Bishop, «General course of public international law», p. 220; D'Amato, «Trashing customary international law», p. 101; Scott and Carr, «The International Court of Justice and the treaty/custom dichotomy», p. 353; Meron, *The Making of International Criminal Justice*, p. 30; Ferrer Lloret, «The unbearable lightness of customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice: the *Jurisdictional Immunities of the State* case; Hagemann, «Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des internationalen Gerichtshofes».

<sup>122</sup> Jiménez de Aréchaga, «Custom», pp. 2–3 («Лично я считаю, что наиболее значимый вклад Суда в дело прогрессивного развития международного права заключается... в гибкости судебно-практических концепций, принятых им по этому вопросу об источниках, особенно в отношении международного обычного права»); Benvenisti, «Customary international law as a judicial tool for promoting efficiency», p. 98 (где высказывается мнение, что судьи Суда, «словно оракулы мистического "обычая"», порою изобретают международное обычное право, когда «эти усилия порождают более эффективные нормы»); Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: tailor made?», pp. 25–26 («Международный Суд не придерживается какого-либо единого подхода в отношении международного обычного права... В последнее время... может показаться, что, вовсе не следуя какой-либо конкретной теории, Суд находит обычную норму всякий раз и в любой ситуации, когда он считает необходимым или удобным выявить такую норму или выйти за рамки договорных норм»); MacGibbon, «Means for the identification of international law – General Assembly resolutions: Custom, practice and mistaken identity», p. 21 («Неизбежно складывается впечатление, что... Суд весьма широко и свободно трактует вопросы международного обычая»); Geiger, «Customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice: A critical appraisal», p. 674 («Открыто провозглашенные Судом стандарты установления конкретных обычных норм сильно отличаются от того, как на самом деле поступает Суд»); Baker, «Customary international law in the 21st century: Old challenges and new debates», pp. 178–179 (где говорится, что именно Суд «в ряде новаторских, даже революционных» заключений конца 1960-х – начала 1970-х годов заложил

всегда демонстрирует единообразие в использовании терминов международного обычного права и в проведении различий между ним и общими принципами права<sup>123</sup>.

65. Касаясь вопроса о подходе МС к международному обычному праву, Председатель Суда недавно пояснил:

Авторы справедливо обращают внимание на преобладание общих заявлений о нормах в современной практике Суда, хотя они заходят слишком далеко, настаивая на теоретической проработке этого аспекта. На самом деле Суд никогда не отказывался от своей точки зрения, прочно основанной на формулировке Статута, о том, что международное обычное право является «всеобщей практикой, признанной в качестве правовой нормы», иными словами, выражаясь языком одного из последних решений, что «для существования нормы международного обычного права требуется наличие "устоявшейся практики" в сочетании с *opinio juris*». Однако на практике Суд никогда не испытывал необходимости в связи с каким-либо конкретным делом проводить подобное исследование в отношении каждой нормы, представляемой в качестве обычной, и вместо этого принимал во внимание наилучшие и наиболее уместные из имеющихся доказательств с тем, чтобы определить, существует ли обычная норма такого рода или нет. Иногда это влечет за собой прямое рассмотрение объективных элементов самих по себе, хотя чаще бывает достаточно обратиться к обоснованным мнениям государств и таких органов, как Комиссия международного права, о том, существует ли та или иная обычная норма или нет и каково ее содержание, или, по меньшей мере, воспользоваться нормами, которые четко сформулированы в письменной форме в качестве ориентира для определения рамок и направления исследования объективных элементов обычая<sup>124</sup>.

теоретическую основу для «переосмысления традиционных источников международного обычного права: практики и *opinio juris* государств»); Müllerson, «On the nature and scope of customary international law», p. 353 (где отмечается, что в основе решения Суда признать норму международного обычного права зачастую лежит нормативное утверждение); Yasuaki, «Is the International Court of Justice an emperor without clothes?», p. 16 («МС весьма свободно оперирует понятием международного обычного права... размывая границы между практикой и *opinio juris* государств»); Kirgis, «Custom on a sliding scale» (где отмечается, что при отыскании обычных норм для Суда имеет значение важность нормы или темы; в тех случаях, когда она носит дестабилизирующий или морально неприемлемый характер, разумеется, провозглашается ограничительный обычай); Schlüter, *Developments in Customary International Law*, p. 168 («В вопросах обычая практика МС не всегда отличается единообразием и не всегда, как представляется, соответствует общей концепции, предусмотренной в различных теориях международного обычного права... Суд не имеет единого подхода к вопросам формирования международного обычного права»).

<sup>123</sup> См., например, Wolfke, *Custom in Present International Law*, pp. xv–xvii, 8; Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, p. 393; Skubiszewski, «Elements of custom and the Hague court», p. 812; Mendelson, «The International Court of Justice and the sources of international law», p. 64 (где отмечается, что Суд «довольно часто не указывает используемый им источник... [за исключением случаев, когда действительность соответствующей нормы следует непосредственно из договора] зачастую Суд просто заявляет, что правило такое-то является "широко признанной нормой [или принципом] международного права", или использует какую-нибудь иную туманную формулировку, не уточняя, проистекает ли данная норма из обычая, "общих принципов права, признанных цивилизованными нациями", какого-либо иного источника или сочетания источников»); Bodansky, «Prologue to a theory of non-treaty norms», p. 122 («Даже Международный Суд... в статуте которого проводится различие между общими принципами и обычаем, в своих решениях не всегда поступает так же»).

<sup>124</sup> Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pp. 197–198.

## С. Практика других судов и трибуналов

### 1. Другие международные суды и трибуналы

66. В число международных судов и трибуналов, чья практика может быть полезной для целей настоящей темы, входят МТП; международные и интернационализованные уголовные трибуналы; органы по урегулированию споров при ВТО; межгосударственные арбитражные трибуналы, а также другие специальные трибуналы. Ссылки на соответствующие судебные решения будут использованы в последующих докладах в рамках исследования конкретных аспектов формирования и доказательств существования международного обычного права. В настоящем докладе приводятся несколько примеров, призванных продемонстрировать круг соответствующих судебных органов и трибуналов, используемый ими единый подход и обилие информации, которую можно почерпнуть из судебной практики<sup>125</sup>. Бросается в глаза следующее. Несмотря на различные условия, в которых функционируют эти суды и трибуналы, все они в значительной мере руководствуются подходом и практикой МС, в том числе в отношении конститутивной роли, которая отводится двум элементам – практике и *opinio juris* государств.

67. МТП, который может применять (наряду с Конвенцией Организации Объединенных Наций по морскому праву) «другие нормы международного права, не являющиеся несовместимыми с [настоящей] Конвенцией»<sup>126</sup>, до сих пор лишь изредка обращался к международному обычному праву. Ссылаясь на ту или иную норму как на признанную в качестве нормы международного обычного права, Трибунал в основном опирается на высказывания МС<sup>127</sup>. Кроме того, Трибунал ссылается на выводы других международных судов и трибуналов<sup>128</sup> и на работу Комиссии<sup>129</sup>. В одном деле Трибунал, исходя из «растущего числа международных договоров и других правовых документов», пришел к выводу о «наметившейся» «тенденции к включению этого [осторожного] подхода в

состав международного обычного права»<sup>130</sup>. Трибунал указывает также на значение практики государств и судебной практики для усилий по установлению факта существования той или иной применимой «общей нормы» или толкования правовых концепций или норм права<sup>131</sup>.

68. Специальные международные трибуналы – по бывшей Югославии и по Руанде – часто обращаются к международному обычному праву при установлении своей юрисдикции<sup>132</sup>. При этом, как показано ниже, оба трибунала исходят из того, что для формирования нормы международного обычного права требуется практика и *opinio juris* государств и что для выявления такой нормы, как правило, необходимо исследовать эти два элемента. Считалось, что этот подход продиктован обязанностью трибуналов должным образом учитывать принцип законности (*nullum crimen sine lege*), согласно которому «международное обычное право может служить надежной основой для осуждения, но только если действительно приняты все необходимые меры с целью определить, что на момент совершения преступления соответствующий правовой принцип настолько прочно утвердился в качестве обычая, что преступник мог бы сказать, какую норму он должен был соблюдать»<sup>133</sup>. Тем не менее некоторые авторы отмечают, что «в контексте международного уголовного права международное обычное право означает нечто иное, нежели международное обычное право в контексте традиционного международного права»<sup>134</sup> и что судебная практика трибуналов часто характеризуется отходом «от практического понимания обычая в сторону в большей степени собственно гуманитарного толкования обычно-правового процесса»<sup>135</sup>. Однако, по мнению других авторов, «идея о том, что судебная практика международных уголовных трибуналов породила новую форму обычая, в связи с чем практика и *opinio juris* государств перестали быть обязательными условиями формирования обычая, совершенно ошибочна»<sup>136</sup>.

<sup>130</sup> *Responsibilities and obligations of States...* (сноска 127 выше), para. 135.

<sup>131</sup> *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal...* (см. сноску 126 выше), paras. 147 and 150; *M/V «SAIGA» (No. 1) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 1997*, p. 16, at pp. 29–30, para. 57.

<sup>132</sup> Относительно международного обычного права как источника права в международном уголовном процессе в целом см., например, Akande, «Sources of international criminal law», pp. 49–51; и Cryer *et al.*, *An Introduction to Criminal Law and Procedure*, p. 11. При рассмотрении практики международных уголовных судов и трибуналов, включая как Международный уголовный суд, так и специальные трибуналы, следует иметь в виду, что государства редко непосредственно участвуют в процессе в качестве сторон.

<sup>133</sup> Meron, «Revival of customary humanitarian law», p. 821.

<sup>134</sup> Schabas, «Customary law or "judge-made" law», p. 101; см. также Baker, «Customary international law in the 21st century», pp. 175 and 184–186; van den Herik, «Using custom to reconceptualize crimes against humanity»; Stahn and van den Herik, «"Fragmentation", diversification and "3D" legal pluralism: international criminal law as the jack-in-the-box?», p. 63; van Schaack, «*Crimen sine lege*: judicial lawmaking at the intersection of law and morals», p. 165; и Bantekas, «Reflections on some sources and methods of international criminal and humanitarian law».

<sup>135</sup> Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, p. 18.

<sup>136</sup> Boas, *Public International Law*, p. 90.

<sup>125</sup> В докладе приводятся ссылки на судебные решения, проливающие свет на вопросы формирования и доказательств существования международного обычного права, и их цитирование не должно рассматриваться как одобрение какого-либо конкретного решения по существу.

<sup>126</sup> Статья 293, пункт 1. Трибунал указывает также, что косвенные ссылки на нормы международного обычного права содержатся в ряде статей Конвенции; см., например, *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012*, vol. 12, p. 55, para. 183.

<sup>127</sup> *M/V «SAIGA» (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Reports 1999*, vol. 3, p. 56, paras. 133–134; *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, Advisory Opinion (of the Seabed Disputes Chamber), 1 February 2011, ITLOS Reports 2011*, paras. 57, 147–148, 169 and 178.

<sup>128</sup> *Responsibilities and obligations of States...* (см. предыдущую сноску), paras. 57 (ссылка на арбитраж по делу *Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau* и Апелляционный орган ВТО), 178 (ссылка на арбитраж по делу *Rainbow Warrior*) and 194 (ссылка на ПМП).

<sup>129</sup> *Ibid.*, paras. 169, 178, 182, 194 and 210; «SAIGA» (No. 2) (см. сноску 127 выше), para. 171.

69. Международный трибунал по бывшей Югославии часто обращается к международному обычному праву при установлении норм международного права, касающихся рассматриваемых им преступлений и процессуальных вопросов. При этом в ряде случаев трибунал указывает на практику и *opinio juris* государств, как на обязательные условия признания за каким-либо конкретным правовым принципом статуса нормы международного обычного права. Например, в деле *Обвинитель против Хаджихасановича* Апелляционная камера отметила, что «для того, чтобы считать тот или иной принцип частью международного обычного права, она должна удостовериться в признании такого принципа в практике государств на основании подтверждающих это примеров *opinio juris*»<sup>137</sup>; в деле *Обвинитель против Делалича* Судебная камера также прямо указала на «свидетельства существования такой нормы обычного права – практику и *opinio juris* государств»<sup>138</sup>. В свою очередь, в деле *Обвинитель против Алексовского* Апелляционная камера сочла, что в отсутствие «свидетельств из практики государств, которые указывали бы на формирование в международном обычном праве» требования о доказывании наличия дискриминационного умысла в составе нарушения законов или обычаев войны, существование подобной нормы не может быть установлено<sup>139</sup>. В деле *Обвинитель против Тадича* Апелляционная камера, ссылаясь на «внимательное рассмотрение соответствующей практики», указывает, что «международное обычное право не требует присутствия дискриминационного умысла в составах всех преступлений против человечности»<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> Case No. IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, para. 12, имеется по адресу [www.icty.org](http://www.icty.org).

<sup>138</sup> Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, *Judicial Reports 1998*, vol. 2, p. 1181, para. 302. См. также, например, заявление судьи Шахабудида в решении Апелляционной камеры по делу *Prosecutor v. Furundžija*, в котором говорится: «Если вопрос заключается в том, сложилась ли в международном обычном праве определенная норма или нет... необходимо изучить эволюцию международного обычного права по этому вопросу, и такое исследование, разумеется, должно проводиться в соответствии с принципами, регламентирующими такую эволюцию»; в этой связи Шахабудида говорит о «сравнительном анализе, призванном показать, сформировалась ли новая обычная норма на основании общей согласованности практики государств» и позднее отмечает, что такое исследование должно носить «систематический» характер (case No. IT-95-17/1-A, 21 July 2000, *Judicial Reports 2000*, vol. 2, pp. 2129 and 2131, 2133, paras. 257–258, 262). Еще один пример находим в совместном особом мнении судей Макдональда и Вохраха в деле *Prosecutor v. Erdemovic*: «Как авторитетно указывает Международный Суд... для того чтобы определенная норма стала частью международного обычного права, необходимо наличие обширной и единообразной практики государств, подкрепляемой *opinio juris sive necessitatis*» (case No. IT-96-22-A), Judgment (Appeals Chamber), 7 October 1997, *Judicial Reports 1997*, vol. 2, p. 1701, para. 49.

<sup>139</sup> Case No. IT-95-14/1-A, Judgment, 24 March 2000, *Judicial Reports 2000*, vol. 1, p. 1145, para. 23.

<sup>140</sup> Case No. IT-94-1-A, Judgment (Appeals Chamber), 15 July 1999, para. 288, см. также пункты 287, 289–292. См. также *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, case No. IT-98-34-A, Judgment, 3 May 2006, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Schomburg, para. 15; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, case No. IT-95-14/2-A, Judgment, 17 December 2004, para. 66; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, case Nos. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgment, 12 June 2002, para. 98, footnote 114; *Prosecutor v. Galić*, case No. IT-98-29-A, Judgment,

70. Однако в некоторых случаях камеры Международного трибунала по бывшей Югославии проявляли готовность признать, что норма международного обычного права возникает даже тогда, когда оба элемента (в частности, практика государств) четко не сложились. В деле *Обвинитель против Купрешикича* Судебная камера прямо утверждала, что

принципы международного гуманитарного права могут складываться посредством обычного процесса под давлением требований гуманности или диктата публичного сознания, даже когда практика государств скудна и непоследовательна. Другим элементом в форме *opinio necessitatis*, кристаллизующимся в результате воздействия императивов гуманности или публичного сознания, может оказаться тот решающий элемент, который возмещает о появлении общей нормы или принципа гуманитарного права<sup>141</sup>.

В других случаях камеры не всегда проводили подробный анализ практики государств и *opinio juris* (и не проводили разграничения между ними)<sup>142</sup> или просто цитировали предыдущие решения Трибунала<sup>143</sup>.

71. Международный трибунал по Руанде также обращался к международному обычному праву в ряде случаев, из которых видно, что оба трибунала и выступавшие в них стороны признавали, согласно заявлению Апелляционной камеры по делу *Рвамакуба против Обвинителя*, что «нормы международного обычного права характеризуются двумя известными компонентами – практикой государств и *opinio juris*»<sup>144</sup>. Еще в одном случае прямой ссылки судья Шахабудида заявил, говоря о концепции соучастия в своем отдельном мнении по делу *Гакумбитси против Обвинителя* (Апелляционная камера), что, «поскольку одни государства придерживаются одной теории, а другие – другой, то возможно, что не существует требуемой практики государств и *opinio juris*, позволяющих сделать любую из этих теорий частью международного обычного права»<sup>145</sup>. В своем частично несогласном мнении по делу *Наимана и другие против Обвинителя* (Апелляционная камера) судья Мерон заявляет, что в случае, когда «консенсус между государствами не складывается, совершенно очевидно, что никакой нормы международного обычного права нет»<sup>146</sup>. Ссылаясь на доказательства при

30 November 2006, paras. 86–98, and the Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Schomburg, paras. 7–21.

<sup>141</sup> Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, *Judicial Reports 2000*, vol. 2, pp. 1741 and 1743, para. 527. См. также Zahar, «Civilizing civil war: writing morality as law at the ICTY».

<sup>142</sup> См., например, *Tadić* (сноска 140 выше), at paras. 109 (сноска 129) and 303; *Delalić* (сноска 138 выше), paras. 452–454; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez* (сноска 140 выше), paras. 52–54; см. также *Prosecutor v. Galić* (сноска 140 выше), Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, para. 5.

<sup>143</sup> См., например, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, case No. IT-98-34-T, Judgment, 31 March 2003, paras. 228, 250 and 336; *Prosecutor v. Blaskić*, case No. IT-95-14-A, Judgment, 29 July 2004, paras. 145–148, 157; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, case Nos. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgment, 22 February 2001, para. 466–486.

<sup>144</sup> Case No. ICTR-98-44-AR72.4, Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide, 22 October 2004, para. 14.

<sup>145</sup> Case No. ICTR-2001-64-A, 7 July 2006, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, para. 51.

<sup>146</sup> Case No. ICTR-99-52-A, 28 November 2007, Partly Dissenting Opinion of Judge Meron, paras. 5–8. Ссылаясь на «число и объем

определении наличия или отсутствия нормы международного обычного права, Трибунал в целом не уточнил, являлись ли такие материалы доказательством практики государств или *opinio juris* (или и того и другого)<sup>147</sup>.

72. В некоторых случаях Международный трибунал по Руанде избегал подробного анализа при решении вопроса о том, возникла ли норма международного обычного права, или полагался вместо этого на исследование и заявления других судебных учреждений. Например, в деле *Наимана и другие против Обвинителя* Апелляционная камера просто сослалась на пояснительное заявление в проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссии<sup>148</sup>, утверждая, что позиция, согласно которой прямое публичное подстрекательство к совершению геноцида наказуемо только в случае, если такой акт действительно имел место, «не отражает международного обычного права по этому вопросу»<sup>149</sup>; и в деле *Обвинитель против Акаесу*, когда Судебная камера постановила, что «Конвенция о геноциде, безусловно, считается частью международного обычного права, что явствует из заключения МС относительно положений Конвенции о геноциде и о чем напомнил Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций в своем докладе об учреждении Международного уголовного суда по бывшей Югославии»<sup>150</sup>.

оговорок [к соответствующим положениям, на которые полагается Судебная камера в качестве] свидетельства того, что в международном сообществе существуют глубокие разногласия относительно того, является ли просто мотивированные ненавистью заявления запрещенными или их следует запретить», судья Мерон заключил, что такие положения не отражают «сложившегося принципа», обнаружив подтверждение этой позиции в истории разработки Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, а также в решении Международного трибунала по бывшей Югославии по делу *Kordić*.

<sup>147</sup> См., например, *Prosecutor v. Bikindi*, case No. ICTR-01-72-T, 2 December 2008, para. 379; *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, 13 December 2004, paras. 518–519; *Rwamakuba* (сноска 144 выше), para. 14. Еще один пример можно обнаружить в деле *Prosecutor v. Nahimana et al.* (Судебная камера), где Камера сослалась на «устоявшиеся принципы международного и внутреннего права и практику рассмотрения дела *Streicher* в 1946 году и многих дел в Европейском суде и внутренних судах с тех пор» для определения того, что «мотивированные ненавистью заявления, представляющие собой формы этнической и иной дискриминации, нарушают норму международного обычного права, запрещающую дискриминацию» (case No. ICTR-99-52-T, 3 December 2003, *Reports of Orders, Decisions and Judgements 2003*, para. 1076). См. также Schabas, «Customary law or "judge-made" law», pp. 84–85.

<sup>148</sup> *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 19, пункт 50.

<sup>149</sup> *Nahimana*, case No. ICTR-99-52-A (сноска 147 выше), para. 678, footnote 1614; см. также частично несогласное мнение судьи Шахабуддина по этому делу, который, ссылаясь в контексте определения преступления в виде преследования на решение военного трибунала Соединенных Штатов, заявляет, «что речь идет о разбирательстве, проходившем непосредственно после Второй мировой войны. Поэтому по общему правилу можно признать, что данное дело отражает международное обычное право» (para. 13).

<sup>150</sup> Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, *Reports of Orders, Decisions and Judgements 1998*, p. 296, para. 495; см. также *Prosecutor v. Kajelijeli*, где приводилось решение по делу *Tadić* в порядке «обзора международной практики по этому вопросу» о статусе в международном обычном праве предложения о том, что стандартом для нападения должен являться его «широкомасштабный или систематический» характер (case No. ICTR-98-44A-T,

73. Если обратиться к специализированным судам, то Специальный суд по Сьерра-Леоне в деле *Обвинитель против Нормана* заявил, что «формирование обычая требует как наличия государственной практики, так и убежденности в уже существующем обязательстве (*opinio juris*)», добавив заимствованные слова о том, что «выраженная убежденность в обязательности в отсутствие исполнительного обычновения есть не более чем риторика. И наоборот, практика государств в отсутствие *opinio juris* представляет собой лишь привычку»<sup>151</sup>. Решая вопрос о том, что запрет на вербовку детей в вооруженные силы превратился в норму международного обычного права, Суд сослался на ряд государств, в которых приняты законодательные акты, запрещающие вербовку детей («практически все государства... (...в течение длительного времени)»), и заявил, что значительное число государств, ставших участниками Женевских конвенций о защите жертв войны (185) или ратифицировавших Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) (133)<sup>152</sup>, и Конвенцию о правах ребенка («все, кроме шести государств»), свидетельствует о том, что положения этих документов пользуются широким признанием как нормы международного обычного права (применительно к последней – «практически в момент вступления в силу»)»<sup>153</sup>. Суд заключил, что «при анализе формирования международного обычного права "число государств, участвующих в практике, является более важным критерием... чем продолжительность этой практики"»<sup>154</sup>. Он заявил далее, что «обычное право, как говорит его название, вытекает из обычая. Для формирования обычая требуется время»<sup>155</sup>.

1 December 2003, *ibid.*, 2003, p. 2120, para. 869 and footnote 1076); и слова судьи Гюнея в его частично несогласном мнении по делу *Gacumbitsi v. Prosecutor* (сноска 145 выше) о том, что «меня беспокоит то, что в большей части этого дела вообще не обсуждается то обстоятельство, что любые из этих форм совершения признаны в международном обычном праве. Никакого анализа международного обычного права действительно не приводится, с тем чтобы показать, что "совершение" выходит за рамки физического исполнения преступления или участия в совместном преступном сговоре» (пункт 6). См. также *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana* (case No. ICTR-95-1-A), 1 June 2001, *ibid.*, 2001, vol. II, p. 2170, para. 51, где Апелляционная камера «напомнила, что принцип права на справедливое судебное разбирательство является частью международного обычного права» и сослалась на его закрепление «в ряде международных документов, включая статью 3, являющуюся общей для Женевских конвенций», цитируя решение по апелляции *Čelebeći* (para. 51).

<sup>151</sup> SCSL-2004-14-AR72(E) (31 May 2004), p. 13, para. 17; цитата приводится из работы Swaine, «Rational custom», *Duke Law Journal*, 52 (2002), pp. 567–568.

<sup>152</sup> *Norman* case (сноска 151 выше), para. 18.

<sup>153</sup> *Ibid.*, para. 19.

<sup>154</sup> *Ibid.*, para. 49, где цитируется Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 16 (и добавляется предложение того же автора о том, что «число государств, необходимое для создания нормы международного права, зависит от объема практики, которая противоречит этой норме, и что [даже] практика, которой следует весьма небольшое число государств, может создать норму обычного права, если отсутствует практика, которая противоречит этой норме» (p. 18)).

<sup>155</sup> *Norman* case (сноска 151 выше), para. 50. См. также the Dissenting Opinion of Judge Robertson, pp. 14–19.

74. В деле *Обвинитель против Фофана и Кондевы*<sup>156</sup> при решении вопроса о том, что запрет на разграбление, отраженный в международном обычном праве, не включает запрет на разрушения, не оправданные военной необходимостью, Апелляционная камера Специального суда по Сьерра-Леоне сослалась на заявление МС по делам *Континентальный шельф Северного моря*, согласно которому практика государств должна быть «как обширной, так и практически единообразной» и демонстрировать *opinio juris*<sup>157</sup>. Затем она провела в этой связи анализ различных материалов, хотя не указала, какие из упомянутых материалов она считала «практикой государств». Когда Суд изначально заявлял, что оба запрета на разграбление и разрушения, не оправданные военной необходимостью, «существуют в международном обычном праве, применимом к вооруженному конфликту немеждународного характера в период, относящийся к данному делу», он в подтверждение сослался на решение Апелляционной камеры Международного трибунала по бывшей Югославии по делу *Хаджихасанович*<sup>158</sup>.

75. В решении 2010 года Камера предварительного производства Чрезвычайных палат в судах Камбоджи при изучении статуса преступного сообщества в международном обычном праве сначала сослалась на Статью 38, пункт 1, Статута Международного Суда и дела *Рыболовство*<sup>159</sup> и *Континентальный шельф Северного моря*, а затем заявила:

Камера предварительного производства напоминает, что при определении состояния международного обычного права в отношении наличия преступления или формы индивидуальной ответственности суд дает оценку наличию «общей, последовательной и согласованной» практики государств или *opinio juris*, что означает, что то, что государства делают и говорят, представляет собой право. Огромный объем практики государств обычно не влечет за собой презумпцию, что *opinio juris* существует; «соответствующие деяния не только должны отражать установившуюся практику, но они также должны быть такими или осуществляться таким образом, чтобы это свидетельствовало об убежденности в том, что эта практика стала обязательной в результате существования требующей этой нормы права»<sup>160</sup>.

Затем Камера сослалась на международные документы, международные дела и «авторитетные высказывания» при определении того, что некоторые формы совместного преступного предприятия «были признанными формами ответственности в международном обычном праве в момент, относящийся к делу 002». В отношении совместного преступного предприятия III Камера предварительного производства отметила, что «нет достаточных доказательств последовательной практики государств или *opinio juris* [позволяющих заключить, что оно было признано в международном обычном праве] в момент,

<sup>156</sup> Case No. SCSL-04-14-A, 28 May 2008.

<sup>157</sup> *Ibid.*, para. 405. См. также *North Sea Continental Shelf cases, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 43, para. 74.

<sup>158</sup> Case No. SCSL-04-14-A, para. 390. См. также *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, IT-01-47-AR73.3, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98 bis Motions for Acquittal, 11 March 2005, paras. 30 and 38.

<sup>159</sup> *Judgment, I.C.J. Reports 1951*, p. 116.

<sup>160</sup> Criminal Case No. 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), 20 May 2010, para. 53.

относящийся к делу 002»<sup>161</sup>. Судебная камера «по существу согласилась» с этими выводами<sup>162</sup> и, проводя свой собственный анализ международных дел, заключила, что «обвинители не смогли доказать, что совместное преступное предприятие III охватывалось международным обычным правом в период 1975–1979 годов»<sup>163</sup>.

76. Специальный трибунал по Ливану, заключая, что норма международного обычного права «сформировалась в международном сообществе в отношении терроризма», четко указал, что подтверждение такой нормы должно осуществляться путем «демонстрации необходимой практики и *opinio juris seu necessitatis*, а именно правового взгляда, согласно которому необходимо и, по сути, обязательно привлекать к ответственности и наказывать исполнителей террористических нападений»<sup>164</sup>. Ссылаясь на «понятие международного обычая, сформулированного МС в деле *Континентальный шельф*»<sup>165</sup>, Суд начал свой анализ соответствующих материалов с заявления о том, что,

как мы увидим, ряд договоров, резолюций Организации Объединенных Наций и законодательной и судебной практики государств свидетельствует о формировании общего *opinio juris* в международном сообществе, сопровождаемого практикой, согласующейся с таким *opinio* и свидетельствующей о том, что обычная норма международного права в отношении международного преступления терроризма, по крайней мере *в мирное время*, действительно появилась<sup>166</sup>.

Он заявил далее, что «для установления безо всякой тени сомнения того, сложилась ли обычная норма международного права», мы должны, в частности,

посмотреть на поведение государств, формирующееся посредством достижения согласия по международным договорам, значение которых выходит за рамки их конвенционной сферы применения, или принятие резолюций важными межправительственными органами, такими как Организация Объединенных Наций, а также принятие государствами конкретных национальных законов и решения национальных судов<sup>167</sup>.

Рассмотрев такие «элементы» подробно, Суд далее заключил, что

можно сказать, что налицо устоявшаяся практика в отношении наказания за акты терроризма в их обычном определении, по крайней мере когда они совершаются в мирное время; кроме того, эта практика является свидетельством убежденности государств в том, что наказание за терроризм отвечает социальной необходимости

<sup>161</sup> *Ibid.*, paras. 77 and 83; здесь Камера предварительного производства проанализировала «авторитетные источники, на которые опирался [Международный трибунал по бывшей Югославии] в деле *Tadić*» и выразила мнение, что «они не содержат достаточных доказательств последовательной практики государств или *opinio juris* в период, относящийся к делу 002». См. также paras. 75, 76 and 78–82.

<sup>162</sup> Case File No. 002/19-09-2007/EEEC/TC, Decision on the Applicability of Joint Criminal Enterprise, 12 September 2011, para. 29.

<sup>163</sup> *Ibid.*, para. 38.

<sup>164</sup> Case No. STL-11-01/I, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging (Appeals Chamber), 16 February 2011, paras. 102–104.

<sup>165</sup> *Ibid.*, para. 102.

<sup>166</sup> *Ibid.*, para. 85.

<sup>167</sup> *Ibid.*, para. 87.

(*opinio necessitatis*), а значит становится обязательным в силу существования требующей этой нормы (*opinio juris*)<sup>168</sup>.

77. Органам по урегулированию споров ВТО также приходится, хотя и не часто, иметь дело с установлением наличия норм международного обычного права<sup>169</sup>. Как показывают эти случаи, при определении того, возникла ли определенная норма международного обычного права, традиционные элементы – практика государств и *opinio juris* – рассматриваются третейскими группами и Апелляционным органом как принципиально важные, хотя до настоящего времени они в целом старались не проводить самостоятельный анализ этих элементов.

а) При рассмотрении дела *Соединенные Штаты – Стандарты на реформированный и обычный бензин* Апелляционный орган, заявляя, что «общая норма толкования», изложенная в Венской конвенции 1969 года, «достигла статуса нормы обычного или общего международного права», сослался на решения МС, Европейского суда по правам человека и Межамериканского суда по правам человека, а также на литературу по международному публичному праву<sup>170</sup>. В деле *Япония – Налоги на алкогольные напитки* Апелляционный орган просто заявил, что «нет сомнений в том, что статья 32 Венской конвенции, касающаяся роли дополнительных средств толкования, достигла такого же статуса ["нормы обычного или общего международного права"]», а в сноске сослался главным образом на решения МС<sup>171</sup>.

б) В деле *ЕС – Меры в отношении мяса и мясных продуктов (Гормоны)* Апелляционный орган, касаясь вопроса о том, сложился ли предосторожный подход или принцип предосторожного подхода как «принцип общего международного или обычного права» (и в конечном счете решив не занимать позицию в этом вопросе), отметил, что «статус принципа предосторожности в международном праве по-прежнему является предметом обсуждения среди ученых, практиков,

регулирующих органов и судей», и сослался в сноске на литературу, согласно которой имеется или не имеется достаточно практики государств, позволяющей говорить о достижении уровня международного обычного права. Он отметил далее, что МС не признал этот принцип в качестве нормы, которая должна приниматься во внимание<sup>172</sup>.

с) В деле *Корея – Меры, затрагивающие государственные закупки* (доклад третейской группы, который не был обжалован) в отношении статьи 48 Венской конвенции 1969 года третейская группа заявила, что первоначальная концепция ошибки «эволюционировала через решения Постоянной палаты международного правосудия и МС до статуса международного обычного права», а затем была кодифицирована в Конвенции. Она сделала вывод о том, что «поскольку эта статья была сформулирована главным образом на основе решений соответствующих судебных органов – ШМП и МС, практически нет сомнений в том, что она в настоящее время представляет собой международное обычное право»<sup>173</sup>. Далее в сноске Группа заявила, что статья 65 Венской конвенции, «по всей видимости, не относится к числу положений Венской конвенции, которые стали международным обычным правом», при этом она не привела мотивов, кроме ссылки на рассматривавшееся в Европейском суде дело, в котором содержится аналогичное краткое заявление<sup>174</sup>.

78. В других делах ВТО заявление относительно норм международного обычного права было сделано без сопроводительного анализа или ссылок, например в деле *Европейские сообщества – Режим импорта, продажи и распространения бананов (ЕС – Бананы III)*, где Апелляционный орган отметил: «Ничто... в международном обычном праве или преобладающей практике международных арбитражей... не препятствует тому, чтобы член ВТО определял состав своей делегации для разбирательства в Апелляционном органе»<sup>175</sup>.

79. В ходе дальнейшей разработки темы необходимо будет также изучить практику межгосударственных арбитражей, например арбитража согласно приложению VII Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, а также других специальных арбитражей, таких как Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии и арбитражи в области защиты инвестиций<sup>176</sup>.

<sup>168</sup> *Ibid.*, para. 102.

<sup>169</sup> В настоящем контексте нет нужды обсуждать то, в какой степени органы по урегулированию споров ВТО могут применять международное обычное право; см., например, *Korea – Measures Affecting Government Procurement* (Panel Report), WT/DS163/R, 1 May 2000, para. 7.96 (где третейская группа заявила: «Иными словами, постольку, поскольку нет коллизии или непоследовательности или какого-либо выражения в охватываемом соглашении ВТО, которое предполагало бы иное, мы считаем, что обычные нормы международного права применяются к договорам ВТО и процессу заключения договоров в рамках ВТО»). См. также Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, pp. 13–21; Pauwelyn, «The role of public international law in the WTO: How far can we go?», pp. 542–543; Mohd Zin and Kazi, «The role of customary international law in the World Trade Organisation (WTO) disputes settlement mechanism», pp. 245–248; Lindroos and Mehling, «Dispelling the chimera of "self-contained regimes": international law and the WTO», pp. 869–873; Palmetier and Mavroidis, «The WTO legal system: sources of law»; и замечания Джозла П. Трахтмана в ответ на замечания Йоста Повелина, «The jurisdiction of the WTO is limited to trade», *American Society of International Law, Proceedings of the 98th Annual Meeting*, Washington, D.C., 2004, pp. 139–142.

<sup>170</sup> WTO Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, p. 17.

<sup>171</sup> WTO Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 October 1996, p. 11 and footnote 17.

<sup>172</sup> WTO Appellate Body Report, *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 January 1998, para. 123.

<sup>173</sup> *Korea – Measures Affecting Government Procurement* (сноска 169 выше), para. 7.123; см. также para. 7.126.

<sup>174</sup> *Ibid.*, para. 7.126, footnote 769 (со ссылкой на Court of Justice of the European Union case C-162/96, *Racke v. Hauptzollamt Mainz* – 1998 ECR, I-3655, para. 59).

<sup>175</sup> *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, 9 September 1997, para. 10 (со ссылкой на предыдущее решение от 15 июля 1997 года).

<sup>176</sup> См. также, например, Cai, «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law»; and Milano, «The investment arbitration between Italy and Cuba: The application of customary international law under scrutiny».

## 2. РЕГИОНАЛЬНЫЕ СУДЫ

80. Региональные суды также довольно часто определяют существование или несуществование норм международного обычного права, как правило конкретно в контексте толкования или применения своих собственных специфических договоров.

81. В своем консультативном заключении 2009 года в отношении толкования статьи 55 Американской конвенции о правах человека Межамериканскому суду по правам человека предстояло решить, в частности, имело ли процессуальное право назначать судей *ad hoc* Суда для рассмотрения споров, возникших в связи с заявлениями отдельных лиц, статус международного обычного права. Отметив сначала определение международного обычая в Статье 38, пункт 1 *b*), Статута Международного Суда, Суд далее привел несколько дел МС и доктрину в области международного публичного права, заявив:

В этой связи решения Международного Суда, а также международная доктрина указывают, что данный источник права состоит из двух конститутивных элементов. Первый, объективный по своему характеру, заключается в существовании общей практики, которая наработана государствами и которая неизменно и единообразно соблюдается (*uses* или *diuturnitas*). Второй элемент, носящий субъективный характер, касается убежденности государств в том, что указанная практика является правовой нормой (*opinio juris sive necessitatis*)<sup>177</sup>.

82. Суд Европейского союза и Европейский суд по правам человека также имели возможность периодически применять международное обычное право<sup>178</sup>. Например, в решении о допустимости по делу *Van Anrat против Нидерландов* Европейский суд по правам человека, приведя большой отрывок из дел *Континентальный шельф Северного моря* и *Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее*<sup>179</sup>, заявил:

Положение договора может стать международным обычным правом. Для этого необходимо, чтобы данное положение потенциально во всех случаях носило по сути нормообразующий характер, чтобы его можно было рассматривать как основание для общей нормы права; чтобы налицо была соответствующая установившаяся практика государств; и чтобы были свидетельства убежденности в том, что такая практика является обязательной в силу существования нормы права, которая этого требует (*opinio juris sive necessitatis*)<sup>180</sup>.

## 3. НАЦИОНАЛЬНЫЕ СУДЫ

83. Специальный докладчик продолжает поиск материалов в отношении подхода национальных судов к выявлению норм международного обычного права. Такая информация была бы полезна на любом этапе,

<sup>177</sup> Advisory Opinion OC-20/09 (29 September 2009), Series A No. 20, pp. 54–55, para. 48.

<sup>178</sup> См. презентации судьи Маленовски Суда Европейского союза по теме «Le juge et la coutume internationale: perspective de l'Union européenne et de la Cour de justice»; и судьи Зиемеле Европейского суда по правам человека по теме «Customary international law in the case law of the European Court of Human Rights – The method».

<sup>179</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Application No. 65389/09, decision on admissibility, 6 July 2010, paras. 35–36, 87–92.

<sup>180</sup> *Ibid.*, para. 88.

особенно до подготовки им своего второго доклада в начале 2014 года. Ценную информацию можно обнаружить в обширной литературе по этой теме<sup>181</sup>.

84. Можно многое узнать, исследуя подходы национальных судов, однако при этом следует иметь в виду, что каждый национальный суд функционирует в рамках его собственного внутреннего (конституционного) положения. То, в каком объеме и каким образом международное обычное право может применяться национальными судами, зависит от внутреннего права. Кроме того, национальные судьи вовсе не обязательно являются специалистами или вообще имеют подготовку в области международного публичного права, а национальные суды могут испытывать на себе влияние позиции своего собственного государства в отношении того, существует ли конкретная норма международного обычного права, и в любом случае скорее всего примут (и, наверное, должны принять) осторожный подход к развитию права<sup>182</sup>.

85. Вероятно, на данном этапе было бы целесообразно привести ряд хорошо известных судебных решений национальных судов, которые относятся к данной теме. Они свидетельствуют о том, что в целом национальные суды<sup>183</sup> стараются главным образом следовать подходу МС.

*a)* Суды Соединенного Королевства во многих случаях пытались выявить нормы международного обычного права. Они стремились следовать подходу МС, в связи с чем в судебных решениях данный вопрос не всегда подвергался глубокому анализу<sup>184</sup>. В деле,

<sup>181</sup> См., например, Stirn, President of the Litigation (Judicial) Division of the State Council (France), «La place de la coutume internationale en droit public français»; Paulus, Judge, Federal Constitutional Court (Germany), «The judge and international custom» (см. также *Non-State Actors and International Law*, vol. 4, No. 1 (2004)); и Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*.

<sup>182</sup> В своей речи в Палате лордов по делам *Jones* и *Mitchell* лорд Хоффман привел комментарии ученых, в которых говорится, что Верховный суд Италии в деле *Ferrini* «отдал приоритет ценностям, воплощенным в запрете пыток, по сравнению с ценностями и политикой, воплощенными в нормах об иммунитете государств», и заявил далее, что «если бы дело касалось внутреннего права, то некоторые, возможно, расценили бы это как "чрезмерную активность", которая, однако, вполне бы вписывалась в рамки судебной функции... Между тем аналогичный подход не может быть принят в международном праве, которое основано на общем согласии государств. Национальный суд не должен разрабатывать международное право путем принятия в одностороннем порядке какой-либо версии этого права, которая, как бы она ни была желательна, перспективна и основана на неких ценностях, просто не была принята другими государствами». (*Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*; *Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya* [2006] UKHL 26, at para. 63). Другие же, с другой стороны, заявили, что национальные судьи должны играть важную роль в разработке международного обычного права (Roberts, «Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law»).

<sup>183</sup> Wildhaber and Breitenmoser, «The relationship between customary international law and municipal law in Western European countries», p. 163.

<sup>184</sup> Например, в *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court*, деле, касающемся норм международного обычного права о специальных миссиях, судебная коллегия Высокого суда сочла достаточным отметить, что «[стороны] договорились о том, что в соответствии с нормами международного обычного



которое недавно рассматривал Высокий суд, судья (как и правительство) согласился с тем, что запрещение пыток является нормой *jus cogens*, сославшись для этого на дело *Вопросы, касающиеся обязательств осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)*, однако не мог найти обычных норм международного права, запрещающих установление в национальном праве нормы об исковой давности по гражданским делам<sup>185</sup>. При этом судья Маккомб привел цитату из принятого им ранее решения по тому же делу, где он заявил, что «для установления нормы международного обычного права (например, такой, которую оспаривает заявитель) необходимо продемонстрировать, что соответствующая практика государств является "как обширной, так и практически единообразной" (*North Sea Continental Shelf Cases* (1969), *I.C.J. Reports*, pp. 3, 44, paragraphs 74 and 77)»<sup>186</sup>. В деле *Р. против Джоунз (Маргарет)* Палата лордов заявила, что к концу двадцатого века преступление агрессии стало преступлением по международному обычному праву; делая этот вывод, лорд Бингхэм анализировал широкий круг материалов («основные вехи») <sup>187</sup>, включая проекты договоров, резолюции международных организаций, работу Комиссии, решение МС 1986 года по делу *Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее* и труды Броунли<sup>188</sup>.

b) Верховный суд Сингапура в деле *Юн Вун Кун против Прокурора* (2010 год) постановил, что «отсутствует обширная и почти единообразная практика государств для подтверждения... заявления о том, что международное обычное право [в настоящее время] запрещает обязательную смертную казнь как негуманное наказание»<sup>189</sup>. Ссылаясь на Статут Международного Суда и ряд решений Суда относительно подхода к выявлению нормы международного обычного права, Суд заявил, что «обширная и почти единообразная практика всех государств... наряду с *opinio juris* – вот, что необходимо для того, чтобы данная норма стала нормой международного обычного права»<sup>190</sup>. Он пояснил далее, что судебные решения и заключения экспертов могут служить «субсидиарным средством для определения существования или

несуществования норм международного обычного права»<sup>191</sup>.

c) В деле *Виницюзш* определение того, существует ли в международном обычном праве исключение из иммунитета государств в связи с деликтами, совершенными вооруженными силами на территории государства суда, Верховный суд Польши заявил, что содержание международного обычного права должно определяться в соответствии со Статьей 38, пункт 1 b), Статута Международного Суда и что для этого требуется установить наличие двух условий:

1) широко распространенное повторение государствами сходных международных актов в течение длительного периода времени (практика государств) и 2) убежденность в юридической обязательности (*opinio juris*)... К числу соответствующих правовых материалов, которые могут быть использованы для вышеприведенного определения, относятся положения Европейской конвенции об иммунитете государств («Базельская конвенция») и конвенций Организации Объединенных Наций, решения международных судов, решения национальных судов, иностранное право и правовая литература<sup>192</sup>.

Исследовав большой объем информации, Суд пришел к выводу, что нормы международного обычного права, предусматривающие исключение из иммунитета государств в случаях серьезных нарушений прав человека (в том числе в ходе вооруженных конфликтов), еще не возникли, поскольку «эта практика никак не носит универсального характера»<sup>193</sup>; он также заключил на основе определенной практики государств, что такое новое исключение, вполне возможно, находится в процессе формирования.

d) В Южной Африке Конституционный суд в деле *Каунда и другие против президента Южно-Африканской Республики и других* (2004 год) сослался на доклад Комиссии, делая вывод о том, что «в настоящее время не сложилось общей практики государств», в соответствии с которой дипломатическая защита признается в качестве права человека, и поэтому нельзя сказать, что такая норма международного обычного права существует<sup>194</sup>. Судья Нгкобо заявил далее в отдельном мнении:

148. Одним из величайших парадоксов международного обычного права является то, что его признание зависит от практики государств, выявляющей такое право. Однако государства иногда отказываются признавать существование нормы международного обычного права, ссылаясь на то, что объем практики государств недостаточен для того, чтобы она превратилась в норму международного обычного права. При этом государства отрицают превращение практики в норму международного обычного права.

149. Жертвой этого парадокса является практика возложения юридической обязанности по осуществлению дипломатической защиты в отношении пострадавшего гражданина или гражданина, который может пострадать от действий иностранного государства, по просьбе такого гражданина. Несмотря на то, что многие страны устанавливают эту правовую обязанность в своих конституциях, по-прежнему налицо нежелание признавать такую практику

права г-н Кхурц Бат имел право на неприкосновенность личности и судебный иммунитет, если бы он находился в поездке со специальной миссией, направленной Монголией в Соединенное Королевство с предварительного согласия Соединенного Королевства»: [2011] EWHC 2029 (Admin); All ER (D) 293; ILR 147 (2012), para. 22.

<sup>185</sup> *Mutua and Others v. Foreign and Commonwealth Office* [2012] EWHC 2678 (QB), paras. 154–159.

<sup>186</sup> *Mutua and Others v. Foreign and Commonwealth Office* [2011] EWHC 1913 (QB), para. 87.

<sup>187</sup> [2006] UKHL 16; [2007] 1 AC 136, para. 13.

<sup>188</sup> *Ibid.*, paras. 13–19. См. также *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport* [2004] UKHL 55, para. 23 (Lord Bingham); *Binyam Mohamed* [2009] 1 W.L.R. 2579, p. 164 (Lord Bingham).

<sup>189</sup> ILR, vol. 143, p. 418, para. 98. Подробно ссылаясь на «обширный обзор состояния смертной казни в мире», Суд пояснил, что, «хотя большинство государств в международном сообществе не назначают смертную казнь за торговлю наркотиками, это не делает запрет смертной казни нормой международного обычного права. Соблюдение какой-либо нормы большинством государств не эквивалентно обширной и почти единообразной практике всех государств» (p. 417, para. 96).

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 418, para. 98.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 417, para. 97.

<sup>192</sup> *Winiuczsz v. Federal Republic of Germany*, Supreme Court (Civil Chamber), case No. CSK 465/09, 29 October 2010, *Polish Yearbook of International Law*, 30 (2010), pp. 299–303.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>194</sup> ILR, vol. 136, *Kaunda and others v. The President of the Republic of South Africa and others* (4 August 2004), pp. 462 *et seq.*, paras. 25–29.

нормой международного обычного права. Она по-прежнему относится к области прогрессивного развития международного права<sup>195</sup>.

е) Дело *Пакете Хабана* 1900 года по-прежнему является одним из основных дел Верховного суда Соединенных Штатов в вопросе о том, какие материалы актуальны для анализа вопроса о том, существует ли норма международного обычного права. Для того чтобы в этом деле прийти к заключению о том, что «в силу древнего обычая в отношениях между цивилизованными нациями, сложившегося много веков назад и постепенно превратившегося в норму международного права, суда прибрежного рыболовства, осуществляющие промысел и доставку свежей рыбы, их груз и экипажи в виде исключения не могут быть военным трофеем», Суд попытался «отследить историю формирования этой нормы, начиная с самых ранних доступных источников, через постепенное ее признание (хотя бывали и заминки) до того, что мы сегодня можем справедливо считать ее окончательным установлением»<sup>196</sup>. С этой целью он провел обзор актов правительств (таких как постановления, договоры и судебные решения), а также «трудов юристов и комментаторов, которые за годы работы, исследований и опыта особенно хорошо изучили предметы, являющиеся объектами их внимания... являющиеся заслуживающие доверия свидетельства того, что действительно является правом»<sup>197</sup> и вынес свое определение после этого «обзора судебной практики и авторитетных источников по данной теме»<sup>198</sup>.

ф) В Сальвадоре Верховный суд сослался на формирование международного обычного права в одном из конституционных дел 2007 года, которое касалось конституционности статьи Трудового кодекса страны (*Código de Trabajo*) в свете права на минимальную заработную плату. При обсуждении правового значения международной декларации в отличие от международного договора Суд отметил:

Международные декларации выполняют косвенную нормативную функцию в том смысле, что они предлагают вариант не обязательного, а желательного поведения... Декларации превосходят *opinio juris* (убежденность в обязательности), которого государства должны придерживаться, с тем чтобы в краткосрочной или долгосрочной перспективе возник международный обычай... Международные декларации, даже необязательного характера, вносят значительный вклад в формирование обязательных источников международного права, превосходя обязательный характер отдельных видов практики государств или содействуя заключению договора на основе определенных рекомендаций [содержащихся в таких декларациях]<sup>199</sup>.

г) Специальный Верховный суд Греции в деле *Маргеллос и другие против Федеративной Республики Германия* (2002 год) заявил:

При определении наличия таких норм [т. е. общепризнанных норм международного права] необходимо установить наличие общей практики в международном сообществе, признающей, что

такая норма сформулирована в качестве обязательной правовой нормы,

сославшись в этом контексте на Статью 38, пункт 1, Статута Международного Суда<sup>200</sup>. Он отметил далее, что

при определении существования такой нормы можно обратиться к соответствующим свидетельствам, таким как международные конвенции, документы и переписка международных организаций, решения международных и национальных судов, законодательные акты государств, дипломатическая переписка, письменные правовые заключения юрисконсультов международных организаций и государств, а также кодифицированные тексты международных организаций, международных комитетов и институтов международного права. Такие данные должны рассматриваться как в отдельности, так и в целом<sup>201</sup>.

С учетом информации, представленной ему Греческим институтом международного и иностранного права, а также судебных решений Европейского суда по правам человека и МС, международных документов, включая тексты, подготовленные Комиссией, национальные судебные решения и законодательство и работы специалистов, Суд затем заявил, что состояние развития международного права в тот момент предоставляло Германии государственный иммунитет в разбирательстве, касающемся деликтной ответственности за действия германских вооруженных сил (в данном случае действия, предположительно совершенные в одной из греческих деревень в 1944 году)<sup>202</sup>.

h) В ходе рассмотрения дела *Необходимость в Аргентине* (2007 год) Федеральный конституционный суд Германии, решая вопрос о том, существует ли «общая норма международного права»<sup>203</sup>, позволяющая государству временно отказываться оплачивать частно-правовые требования платежа частным лицам ввиду состояния необходимости, объявленного в силу неплатежеспособности, заявил сначала, что «вопрос о том, является ли какая-либо норма нормой международного обычного права или же она представляет собой общий правовой принцип, вытекает из самого международного права, которое предусматривает критерии для источников международного права»<sup>204</sup>. Затем он объявил:

Ссылка на состояние необходимости признается в международном обычном праве в тех правоотношениях,

<sup>200</sup> *Margellos and Others v. Federal Republic of Germany*, Judgment No. 6/2002, 17 September 2002 (2007), ILR vol. 129, p. 528, para. 9 (термин «международное сообщество» в подлинном тексте переведен неверно; правильный перевод должен быть «международный правопорядок»).

<sup>201</sup> *Ibid.*

<sup>202</sup> *Ibid.*, pp. 529–533, paras. 12–15. В пункте постановляющей части решения говорится следующее: «На нынешнем этапе развития международного права по-прежнему существует общепризнанная норма международного права, в соответствии с которой разбирательство не может быть начато в отношении иностранного государства в судах другого государства с целью получения компенсации за предполагаемый деликт, совершенный в государстве суда, в котором предположительно участвовали вооруженные силы государства-ответчика [в оригинале добавлено "каким-либо образом"], будь то во время войны или во время мира» (р. 533).

<sup>203</sup> ILR, vol. 138, p. 1. «Общие нормы международного права» – термин, употребленный в статье 25 Основного закона Федеративной Республики Германия и включающий международное обычное право и общие принципы права.

<sup>204</sup> ILR, vol. 138, p. 10.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 496.

<sup>196</sup> *Paquete Habana, United States Reports*, vol. 175, p. 686 (1900).

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 700.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 708.

<sup>199</sup> Supreme Court of Justice, case No. 26-2006 (12 March 2007), p. 14–15 (Part VI.2.A).

которые подчинены исключительно международному праву; в противоположность этому невозможно обнаружить практику государств, основанную на необходимом правовом убеждении (*opinio juris sive necessitatis*), позволяющую распространить юридическое обоснование ссылки на состояние необходимости на отношение частно-правового характера с участием частных кредиторов<sup>205</sup>.

Причем обе посылки подтверждались национальными и международными правовыми материалами. К ним относится работа Комиссии по теме ответственности государств (в частности, статья 25 статей об ответственности государств<sup>206</sup>, которая была названа как «согласно общему признанию в правовой литературе и заключениях международных судов и трибуналов... составляющая применимое международное обычное право»<sup>207</sup>), решения МС и других международных судебных учреждений, национальные судебные решения и научная литература<sup>208</sup>. Суд четко указал, что для установления того, что норма международного обычного права действительно существует, необходимо выявить достаточную (единообразную) практику государств<sup>209</sup>.

#### Д. Работа других органов

86. Как и Комиссия, Институт международного права (*Institut de droit international*) и Ассоциация международного права (оба органа были основаны в 1887 году) в ходе своей работы по различным темам касались вопроса формирования международного обычного права. Однако, как и сама Комиссия, они, с учетом их соответствующих функций, за известным исключением работы Ассоциации в период 1984–1986–2000 годов (см. пункты 89–91 ниже) нечасто напрямую сталкивались с проблемами, возникающими в связи с этой темой.

87. Цель Института, закрепленная в его уставе, заключается в «поощрении прогресса международного права»<sup>210</sup>. Одна из рассматривавшихся Институт

<sup>205</sup> *Ibid.*

<sup>206</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 26, пункт 76.

<sup>207</sup> ILR, vol. 138, p. 11.

<sup>208</sup> *Ibid.* Делая заключение о том, что «анализ решений национальных судебных органов по вопросу о состоянии необходимости также оказался безрезультатным ввиду отсутствия согласия, предполагающего, что в обычном праве существует признание состояния необходимости, влияющее на частно-правовые отношения» (р. 17), Суд, не проводя собственного анализа, положился на доклад экспертов, в котором был дан анализ практики национальных судов по этому вопросу.

<sup>209</sup> *Ibid.* Ссылку на главенствующее значение практики государств можно обнаружить также в особом мнении судьи Люббе-Вольф («Свидетельство практики государств, из которой вытекает действительность ссылки на состояние необходимости в обычном праве...» (р. 26)).

<sup>210</sup> Institute of International Law, *Yearbook 1877*, и имеется по адресу [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org). Статья 1 устава Института предусматривает, в частности, что цель Института заключается в «поощрении прогресса международного права [favoriser le progrès du droit international] посредством формулирования общих принципов темы таким образом, который соответствует правовому сознанию цивилизованного мира; посредством сотрудничества во всех серьезных усилиях в целях постепенной прогрессивной кодификации международного права; посредством обеспечения официального одобрения принципов, которые признаны как согласующиеся с потребностями современных обществ...» (перевод с оригинала на французском языке).

в последнее время тем касается проблем, возникающих в связи с правопреемством кодификационных конвенций, включая «вопросы, связанные с соотношением между договором и обычаем». Заключение 2 (*последствия кодификационных положений*) гласит:

Кодификационная конвенция может содержать положения (именуемые далее «кодификационные положения»), которые декларируют обычное право, или которые способствуют кристаллизации норм обычного права, или которые могут содействовать возникновению норм обычного права в соответствии с критериями, установленными Международным Судом<sup>211</sup>.

88. Еще одна рассматривавшаяся Институтом тема касалась разработки общих многосторонних конвенций и документов недоговорного характера<sup>212</sup>. Заключения представляют значительный интерес для настоящей темы в том, что касается «нормативной функции или цели» резолюций Генеральной Ассамблеи.

89. Работа Ассоциации международного права в период с 1984/85 по 2000 год завершилась принятием в 2000 году Лондонского заявления о принципах, применимых к формированию общего международного обычного права (с комментариями)<sup>213</sup>. Работа Ассоциации, которая состоит из 33 принципов с комментариями, получила поддержку и вызвала критику, в том числе в момент ее принятия в 2000 году<sup>214</sup>.

90. В состав Комитета Ассоциации входили известные деятели. Его возглавляли, сменяя друг друга, г-н Цеманек (Австрия), а с 1993 года – г-н Мендельсон (Соединенное Королевство); последний ранее был докладчиком. В первом докладе докладчика (1986 год) содержался список тем, который сохраняет свою актуальность, предлагался подход к «способам формирования обычая» и содержалось приложение г-на Мендельсона о формировании международного права с позиций наблюдателя<sup>215</sup>. Во втором докладе докладчика (1988 год) содержалось приложение по терминологии, которое включало обсуждение выражения «(общее) международное обычное право»<sup>216</sup>. Третий и четвертый доклады касались соответственно

<sup>211</sup> *Ibid.*, vol. 66, Part II, Session of Lisbon, 1995, p. 435, *Problems Arising from a Succession of Codification Conventions on a Particular Subject*, resolution adopted on 1 September 1995; см. также Conclusions 10, 12 and 13, pp. 441 and 443, and the reports of the First Commission, Rapporteur Sir Ian Sinclair.

<sup>212</sup> *Ibid.*, vol. 62, Part II, Session of Cairo, 1987, *The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective*, resolution adopted on 17 September 1987; см. также *ibid.*, vol. 61, Part I, Session of Helsinki, 1985, the reports of the Thirteenth Commission, Rapporteur Krzysztof Skubiszewski, pp. 29 *et seq.*

<sup>213</sup> Лондонское заявление о принципах (сноска 9 выше); см. *Report of the Sixty-ninth Conference, 2000*, pp. 39, 712–777. Относительно обсуждения на пленарных заседаниях см. pp. 922–926.

<sup>214</sup> См. рабочую сессию Комитета 28 июля 2000 года: *ibid.*, pp. 778–790.

<sup>215</sup> *Report of the Sixty-Third Conference held at Warsaw* (сноска 37 выше), p. 936.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 949. См. также обсуждение на рабочей сессии Комитета 26 августа 1988 года, где многие выступали за или против включения слова «общее» в название данной темы (р. 960).

субъективных и объективных элементов международного обычного права<sup>217</sup>.

91. В начале заключительного доклада Комитета говорится о «неизбежных серьезных трудностях установления норм в этой области». Затем следуют 33 принципа (некоторые поделены на пункты) и комментарии к ним, образующие Лондонское заявление о принципах, применимых к формированию общего международного обычного права<sup>218</sup>. Это заявление было поделено на пять частей, озаглавленных соответственно: I. Определения; II. Объективный элемент (практика государств); III. Субъективный элемент; IV. Роль договоров в формировании международного обычного права; и V. Роль резолюций Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций и международных конференций в формировании международного обычного права. К числу вопросов, охватываемых этим заявлением, относятся употребление терминов; какие виды актов составляют практику государств; «государство» для цели определения практики государств; практика межправительственных организаций; обилие практики; субъективный элемент (*opinio juris*); роль договоров и роль резолюций Генеральной Ассамблеи и резолюций международных конференций. Соответствующие принципы и комментарии, включенные в Заявление о принципах, а также реакция на них будут отмечены Специальным докладчиком при необходимости в будущих докладах.

92. Проект МККК по международному обычному гуманитарному праву, который был начат в 1995 году, почти десятилетие спустя, после проведения обширных исследований и различных консультаций, завершился опубликованием исследования, озаглавленного *Customary International Humanitarian Law* («Международное обычное гуманитарное право»)<sup>219</sup>. Один из его авторов поясняет, что «принятый в исследовании подход для определения того, существует ли норма общего международного обычного права, носил классический характер, установленный МС, в частности в делах *Континентальный шельф Северного моря*, когда отбирается и обобщается соответствующая практика государств, а затем проводится ее анализ в свете требования *opinio juris*<sup>220</sup>. Это исследование широко обсуждалось<sup>221</sup>; его публикация вызвала бурную реакцию как со стороны отдельных

лиц<sup>222</sup>, так и правительств<sup>223</sup>, причем некоторые критиковали его за то, что в нем фактически не был определен обычай в соответствии с установленной методологией<sup>224</sup>. Авторы исследования решительно встали на его защиту<sup>225</sup>. Комитет в партнерстве с Красным Крестом Соединенного Королевства продолжает обновлять свою базу данных по соответствующей практике порядка 90 государств<sup>226</sup>.

93. В подготовленном Американским институтом права издании *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States of 1987* («Свод законов Соединенных Штатов в области внешних сношений (третье издание) 1987 года»)<sup>227</sup> проводится разграничение между «Источниками международного права» (раздел 102) и «Свидетельствами международного права» (раздел 103). В разделе 102 (2) говорится следующее:

Международное обычное право складывается на основе общей и последовательной практики государств, которой они следуют из убежденности в юридической обязательности.

В комментариях *b*, *c*, *d* и *e* к разделу 102, а также в примечаниях докладчиков 2–5 содержится краткий обзор соответствующих основных предложений.

## Е. Специальная литература

94. По поводу формирования и доказательств существования международного обычного права написано много работ<sup>228</sup>, как монографии по теме

<sup>217</sup> Третий промежуточный доклад Комитета, *Report of the Sixty-seventh Conference held at Helsinki, Finland, 12 to 17 August 1996* (London, 1996), pp. 623–646; четвертый промежуточный доклад Комитета, *Report of the Sixty-eighth Conference held in Taipei, 24–30 May 1998* (London, 1998), pp. 321–335. Пятый и шестой промежуточные доклады были включены в заключительный доклад (*Report of the Sixty-ninth Conference held in London, 25–29th July 2000* (London, 2000), p. 712).

<sup>218</sup> См. пункт 7 и сноску 9 выше.

<sup>219</sup> Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*. См. также пункт 52 выше.

<sup>220</sup> Henckaerts, «Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict»; см. также введение к исследованию.

<sup>221</sup> Wilmschurst and Breaux, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*; Maybee and Chakka (eds.), *Custom as a Source of International Humanitarian Law*; Tavernier and Henckaerts (eds.), *Droit international humanitaire coutumier: enjeux et défis contemporains*.

<sup>222</sup> См., например, Meron, «Revival of customary humanitarian law», pp. 833–834; Aldrich, «Customary international humanitarian law – An interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross»; Dinstein, «The ICRC customary international humanitarian law study»; Bothe, «Customary international humanitarian law some reflections on the ICRC study»; MacLaren and Schwendemann, «An exercise in the development of international law: The new ICRC study on customary international humanitarian law»; Cryer, «Of custom, treaties, scholars and the gavel: The influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC customary law study»; и Fleck, «Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie: polarisierend oder konsensbildend?».

<sup>223</sup> См. пункты 48–53 выше.

<sup>224</sup> См., например, сноски 100 и 101 выше.

<sup>225</sup> Henckaerts, «Customary international humanitarian law – A rejoinder to Judge Aldrich»; «The ICRC customary international humanitarian law study – A rejoinder to Professor Dinstein»; и «Customary international humanitarian law – A response to US comments».

<sup>226</sup> См. [www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home).

<sup>227</sup> *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul (Minnesota), American Law Institute, 1987. См. также Massey, «How the American Law Institute influences customary law: the reasonableness requirement of the restatement of foreign relations law».

<sup>228</sup> Библиотека Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве подготовила полезную библиографию по международному обычному праву, которая доступна по адресу <http://libraryresources.unog.ch/legal/ILC>. Специальный докладчик также намерен подготовить избранную библиографию, сначала на основе библиографии, содержащейся в разделе А к докладу Комиссии 2011 года (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая)), которая затем будет расширяться и обновляться по мере работы над темой. К числу общих учебных материалов, в которых содержится обширная библиография, относятся следующие: Daillier, Forteau and Pellet, *Droit international public*, pp. 353–379; Diez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, pp. 136–149; Clapham, *Brierly's Law of Nations*, pp. 57–63; Crawford, *Brownlie's*

в целом, так и по отдельным ее аспектам, и статей. Кроме того, эта тема всегда отражена, хотя и кратко, в общих учебниках по международному публичному праву. Цель настоящего раздела доклада заключается в том, чтобы лишь продемонстрировать разнообразие и богатство литературы в этой области, не отдавая при этом предпочтение той или иной из изложенных в них теорий.

95. Небезынтересно отметить, что в литературе еще со времен таких классиков, как Суарес и Гроций, предлагались самые разнообразные подходы в определении того, как образуются нормы международного обычного права и как их выявить. Иногда их называют «традиционный» подход и «современный» подход, и зачастую они резко противостоят друг другу.

96. «Традиционный» подход, отраженный в Статье 38, пункт 1 *b*), Статута Международного Суда, понимается многими как требующий наличия двух компонентов для формирования нормы международного обычного права: *a*) общая практика государств и *b*) признание такой практики в качестве права. Первый компонент иногда называют «объективным» (материальным) элементом, который касается последовательности и единообразия практики в течение длительного периода времени; второй компонент (также называемый *opinio juris sive necessitatis*, «убежденность в юридической обязательности или необходимости») называют «субъективным» (психическим) элементом, который касается мотивов такого поведения государств<sup>229</sup>. При таком подходе, признан-

*Principles of Public International Law*, pp. 23–30; Shaw, *International Law*, pp. 72–92; Kuznetsov and Tuzmukhamedov, *International Law – A Russian Introduction*, pp. 70–79; Cassese, *International Law*, pp. 153–169; von Glahn and Taulbee, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, pp. 53–61; Sur, *International Law, Power, Security and Justice*, pp. 165–177; Conforti and Labella, *An Introduction to International Law*, pp. 31–51; Murphy, *Principles of International Law*, pp. 92–101; Verhoeven, *Droit international public*, pp. 318–346; Alland, *Droit international public*, pp. 268–297; Dupuy and Kerbrat, *Droit international public*, pp. 360–372; Carreau and Marella, *Droit international*, pp. 301–324; Combacau and Sur, *Droit international public*, pp. 54–75.

<sup>229</sup> См., например, Thirlway, «The sources of international law», p. 102 («Традиционная доктрина заключается в том, что одного лишь факта последовательной международной практики в определенном направлении самого по себе еще недостаточно для создания нормы права в направлении этой практики; необходим еще один элемент. Таким образом, классическое международное право рассматривает обычные нормы как результат сочетания двух элементов: установившаяся, широко распространенная и последовательная практика со стороны государств; и психический элемент, который называется *opinio juris sive necessitatis* (убежденность в юридической обязательности или необходимости), который обычно сокращенно называют *opinio juris*»); Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920–1942: A Treatise*, p. 609 («Необходимыми элементами является согласованное повторяющееся действие целого ряда государств в области международных отношений, при убежденности в каждом случае в том, что такое действие предписано правом, и неспособность других государств оспорить эту убежденность в данный момент»); Guzman, *How International Law Works*, p. 184 («Традиционное определение международного обычного права носит сугубо доктринальный характер, в том смысле, что конкретная норма называется нормой международного обычного права в случае, если она удовлетворяет двuasпектному доктринальному критерию. Наиболее часто цитируемый вариант этого определения закреплен в Статье 38 Статута Международного Суда»); Conforti and Labella, *An Introduction to International Law*, p. 31; Sur, *International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations*, p. 174;

ном «доминирующей позицией в основном русле теории международного обычного права»<sup>230</sup>, каждый из двух элементов считается неотъемлемым; вместе с тем в рамках этой двухзвенной концепции, как представляется, приматом пользуется практика государств, в том смысле, что «обычай начинается с "актов", которые превращаются в "устоявшуюся практику"»; затем эта практика может породить убежденность в том, что она приобрела обязательный характер»<sup>231</sup>. Иными

von Glahn and Taulbee, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, pp. 54–55; Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 55; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 23; Bederman, «Acquiescence, objection and the death of customary international law», p. 44; Stern, «Custom at the heart of international law», p. 91; и Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, p. 41.

<sup>230</sup> Voyiakis, «Customary international law and the place of normative considerations», p. 169; см. также, например, Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 81 («Хотя многие аспекты формирования обычаев в международном праве по-прежнему вызывают споры, существует практически единодушное согласие в том, что легитимный процесс формирования обычая требует наличия двух основных элементов: практика и признание этой практики в качестве права»); Iwasawa, *International Law, Human Rights, and Japanese Law: The impact of International Law on Japanese Law*, p. 35 («В соответствии с доминирующей в международном праве точкой зрения японские суды утверждают, что, для того чтобы какая-либо норма стала международным обычным правом, налицо должны быть как общая практика государств, так и *opinio juris*»); Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», p. 265 («Одни авторы считают, что значение имеет только практика, другие иногда заявляют о том, что "непосредственное право" может быть создано в отсутствие предшествующей практики. Однако преобладающее мнение заключается в том, что двумя основополагающими элементами обычного права являются практика и *opinio juris*»); Bradley and Gulati, «Withdrawing from international custom», p. 209 («Стандартное определение международного обычного права заключается в том, что оно возникает из практики государств, которой следуют исходя из убежденности в правовой обязательности. В этом смысле международное обычное право состоит из двух элементов... Это – конвенционное определение»); Simma and Alston, «The sources of human rights law...» (сноска 80 выше), p. 98 (где традиционный подход назван «устоявшейся концепцией»); Treves, «Customary international law», p. 939, para. 8 (ссылка на традиционный подход как на «преобладающую точку зрения»); Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 123 («Сторонники преобладающей точки зрения по-прежнему выстраивают обычай с помощью испытанных средств в виде двух элементов, при этом они согласны лишь на незначительную модификацию соотношения между ними и способа их функционирования»).

<sup>231</sup> Schachter, «New custom: power, *opinio juris* and contrary practice», p. 531 (приводится «общепринятый взгляд на соотношение практики и *opinio juris*»). См. также, например, Simma and Alston, «The sources of human rights law...» (сноска 80 выше), p. 88 («В соответствии с традиционным пониманием международного обычая упор явно делается на материальный, или объективный, из двух элементов, а именно практику государств... практика имеет приоритет по отношению к *opinio juris*; значение имеют поступки, а не просто слова»); Fitzmaurice, «The law and procedure of the International Court of Justice, 1951–54: general principles and sources of law», p. 68 («По общему мнению, разумный принцип заключается в том, что в долгосрочной перспективе только действия государств образуют практику, так же как только практика ("постоянная и единообразная", как заявил Суд) составляет обыкновение или обычай и в конечном итоге превращается в норму международного обычного права»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 16 («Практика государств представляет собой сырой материал для обычного права»); Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 26 («Формулировка в Статуте [Международного Суда] использована для того, чтобы подчеркнуть, что существо этого источника международного права заключается в практике государств»); D'Amato, «Trashing customary international law», p. 102; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 53; Akehurst,

(продолжение сноски на следующей стр.)

словами, «мы должны смотреть на то, что государства фактически делают в своих отношениях друг с другом, и попытаться понять, почему они это делают, и особенно признают ли они обязанность действовать определенным образом»<sup>232</sup>. Такой подход действительно позволяет сохранить тесную связь с классическим пониманием формирования обычного права как эмпирическим, децентрализованным и восходящим процессом<sup>233</sup>; в международном плане международное обычное право должно выявляться посредством индуктивных рассуждений<sup>234</sup>, в центре которых находится государство<sup>235</sup> и в которых нет места независимым нормативным соображениям. Принято считать,

(продолжение сноски 231)

«Custom as a source of international law», p. 53; Tunkin, «Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», p. 421; Roberts, «Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation», p. 758; Danilenko, «The theory of international customary law», pp. 19–20; и Petersen, «Customary law without custom?...» (сноска 80 выше), p. 278. См., однако, Kunz, «The nature of customary international law», p. 665 («Таким образом, международные обычаи представляют собой процедуру для создания норм общего международного права. Именно международное право устанавливает условия, при которых процедура обычая создает реальные нормы общего международного права. Таких условий два: постоянное применение и *opinio juris*; они являются равноценными. Это общепризнано авторами и доказано практикой государств и международных трибуналов и судов»).

<sup>232</sup> Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 57.

<sup>233</sup> См., например, Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, p. 34 («Процесс создания обычного права является неформальным, случайным, нецеленаправленным, отчасти даже ненамеренным и незапланированным... неструктурированным и медленным»); Ted Stein discussing «Custom and treaties», в Cassese and Weiler, *Change and Stability in International Law-Making*, p. 12 (описывается классический процесс образования универсальных норм международного права как «неписанный... неосознанный... нарастающий, он сложился со временем в результате скопления разрозненных эпизодов... всегда посредством двусторонних обменов... через процессы, на которые не оказывали влияние процедуры какого бы то ни было постоянно действующего форума»); и D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, p. 162 («Согласно традиционным взглядам, нормы международного обычного права выявляются на основе восходящего процесса кристаллизации, для которого требуется совпадающее неизменное поведение значительного числа государств наряду с убежденностью (или намерением) в том, что такой процесс соответствует обязательным установкам международного права»).

<sup>234</sup> См., например, Condorelli, «Customary international law: The yesterday, today, and tomorrow of general international law», p. 148 («Эти мудрые, хотя и приблизительные и ориентировочные формулы предназначены по сути для объяснения того, что означает "индукция": это операция, заключающаяся в сборе свидетельств, доказывающих социальное воздействие соответствующих норм»).

<sup>235</sup> См., например, Thirlway, *International Customary Law and Codification: An examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law*, p. 58 («Суть требования в отношении практики заключается в том, что государства сделали или не сделали определенные вещи на международном уровне»); Benson, «François Génys's doctrine of customary law», p. 268 («Обычай в настоящее время понимается через процесс его создания, а этот процесс поясняется с сугубо внутренней и абсолютно независимой точки зрения государств, которые сами порождают и признают в качестве обязательных авторитетные обычные нормы»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pp. 16–17 («Эти эпизоды из практики должны присваиваться государствам, и по этой причине практика международных организаций или отдельных лиц исключена»); Baker, «Legal recursivity and international law: rethinking the customary element», p. 5 («Говорят, что международное обычное право зависит от согласия государств и поэтому, по крайней мере в поясняемом здесь традиционном понимании, в значительной степени сфокусировано на государстве»); и Weisburd, «Customary international law: the problem of treaties», p. 5.

что наделение юридической силой только тех фактических действий и ожиданий, которые пользуются высокой степенью признания в международном сообществе, обеспечивает стабильность, надежность и легитимность международного обычного права<sup>236</sup>.

97. Однако одни критики оспаривают «традиционный» подход, заявляя, что он доктринально непоследователен и полон «внутренних тайнств»<sup>237</sup>, которые затрудняют или даже делают невозможным его применение на практике<sup>238</sup>. Другие подчеркивают, что международное обычное право такой конструкции «формируется слишком медленно, не успевая за изменяющимися международными отношениями между государствами, которые оно пытается регулировать»<sup>239</sup> и делает это в превосходной степени

<sup>236</sup> См., например, De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, p. 161 («Особую ценность и превосходство над конвенционными институтами международному обычаю придает обстоятельство, что, будучи разработанным в результате спонтанной практики, он отражает глубокое осознание правовой общности. Поэтому его нормы носят столь сплоченный и стабильный характер»); Simma and Alston, «The sources of human rights law...» (сноска 80 выше), pp. 88–89 («В этой связи нормы международного права, твердо установившиеся с помощью индуктивных рассуждений на основе поступков, а не слов... имели и продолжают иметь ряд бесспорных преимуществ. Они прочны и тверды; они были тщательно выкованы на наковальне реально ощутимого взаимодействия государств; и они позволяют разумно и надежно предсказывать будущее поведение государств»); Thirlway, «The sources of international law», p. 76 («Обычай... формируется медленно (хотя и не всегда столь медленно, как раньше), однако он формируется из фактической практики государств и поэтому обычно четко отражает баланс их коллидирующих интересов и представляет их обдуманные намерения»); и Bederman, *Custom As a Source of Law*, p. 162.

<sup>237</sup> Jennings, «The identification of international law», pp. 4–6.

<sup>238</sup> См., например, Henkin, *International Law: Politics and Values*, p. 29 («Такое определение легко сформулировать, однако нелегко толковать и применять, и оно по-прежнему вызывает сложные вопросы, некоторые "оперативного", некоторые концептуально-процессуального характера»); Goldsmith and Posner, «Notes toward a theory of customary international law», p. 53 («Стандартное определение международного обычного права... вызывает вечные и во многом безответные вопросы»); Byers, *Custom, Power, and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, pp. 130–131 («Одна проблема с традиционной двухаспектной концепцией международного обычного права заключается в том, что она заключает в себе явный хронологический парадокс, поскольку государства, создающие новые обычные нормы, обязаны верить в то, что эти нормы уже существуют и что поэтому их практика соответствует праву»); Guzman and Meyer, «Customary international law in the 21st century», p. 199 («Традиционные критики международного обычного права указывают на то, что определение международного обычного права носит тавтологический характер, что нормы международного обычного права нечетки и поэтому их тяжело применять и что у нас нет стандартов, с помощью которых мы можем давать оценку тому, соблюдены ли оба требования в отношении нормы международного обычного права»); Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», pp. 137–141; и D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, pp. 7–10, 73–74.

<sup>239</sup> Fenwick, «The sources of international law», p. 397. См. также, например, van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 115 («Просто-напросто международное обычное право формируется слишком медленно, не обеспечивая оперативное регулирование, необходимое в новых областях, которые должно охватывать международное право»); De Visscher, «Reflections on the present prospects of international adjudication», p. 472 («Невозможно отрицать то, что традиционное развитие обычая мало подходит для современных темпов развития международных отношений»); Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», pp. 124–125 (ссылаясь на традиционный подход, отмечает, что «обычное право слишком часто является обременительным

неэффективно<sup>240</sup>. Они заявляют далее, что «традиционная» доктрина отражает огромный дефицит демократии<sup>241</sup>, что ее постпозитивистский характер

или просто отсутствует в подходящий момент [когда] возникает безотлагательная необходимость в создании общих норм международного права); и Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, pp. 121–124.

<sup>240</sup> См., например, Reisman, «The cult of custom in the late 20th century» (заявляет, что обычай представляет собой «анахронизм и атавизм» (р. 133), задавая вопрос, «если целевое законодательство является столь важным инструментом для уточнения и реализации политики в такой индустриальной и научно развитой цивилизации, как наша, тогда как мы можем обходиться без него в намного более сложной и многообразной глобальной цивилизации?» (р. 134), и заключает, что «обычные процессы нормотворчества не в состоянии решать огромные проблемы, стоящие перед миром» (pp. 142–143)); McGinnis, «The comparative disadvantage of customary international law», pp. 11–12 (заявляет, что международное обычное право «не слишком хорошо сконструировано, чтобы максимизировать благополучие людей», поскольку оно создается государствами, а не людьми, и что оно «вряд ли может создавать эффективные нормы даже для государств» ввиду неоднородности государств, составляющих международное сообщество); Estreicher, «Rethinking the binding effect of customary international law», pp. 9, 11 and 14 (заявляет, что «с чисто функциональной точки зрения аргументы в пользу международного обычного права в мире, основанном на Вестфальской системе, сложно отстаивать» и что в отсутствие значительных постепенно возрастающих выгод от поддержки международного обычного права перевешивают его преимущества); Fenwick, «The sources of international law», p. 398 («Еще один недостаток обычая как источника международного права заключается в его неспособности реорганизовать систему, которая является порочной в целом, или даже изменить отдельные ее части в прогрессивном направлении в интересах будущего»); Kontorovich, «Inefficient customs in international law», p. 921 («Международный обычай формируется в контексте, в котором отсутствуют свойства, позволяющие ориентировать развитие групповых норм в русло эффективности»); Fon and Parisi, «International customary law and articulation theories: an economic analysis», p. 202 (поясняет, что «результаты использования традиционных обычных норм могут систематически оказываться недостаточными по сравнению с тем, что можно было бы получить, если использовать разработанные нормы»); и Palmer, «New ways to make international environmental law», p. 266.

<sup>241</sup> Такие аргументы могут касаться различных аспектов демократического процесса в различных контекстах (например, международный в сравнении с национальным); см., например, Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law*, p. 150 («Обычай создает особые проблемы в плане демократической легитимности, поскольку нет такого требования, чтобы конкретное государство давало согласие на появление новой обычной нормы, или чтобы большинство государств участвовало в ее формировании, или чтобы в нем участвовали только демократические государства, или чтобы практика государств согласовывалась с волей их соответствующих народов... Кроме того, поскольку обычные нормы в силу самой своей природы не являются авторитетно прописанными, задача выявления и толкования, а следовательно, и "применения" обычных обязательств часто ложится на негосударственные субъекты, судей, ученых и т. д., при этом не существует требования учитывать позицию государства, к которому эти нормы применяются»); Schachter, «New custom: power, *opinio juris* and contrary practice», p. 536 («Исторически огромный массив международного обычного права составлялся поразительно небольшим числом государств»); Yasuaki, «Is the International Court of Justice an emperor without clothes?», p. 20; McGinnis, «The comparative disadvantage of customary international law», p. 8 («Явная проблема международного обычного права... заключается в том, что в самом его определении заложен недостаток демократии»); и Dodge, «Customary international law and the question of legitimacy», p. 26 (рассуждение о правовой системе Соединенных Штатов, которое, вероятно, актуально и для других систем, при обсуждении вопроса о том, что «по сути эта критически важная легитимность состоит из двух взаимосвязанных моментов: того, что полномочие применять международное обычное право оставляет слишком многое на усмотрение федеральным судьям – усмотрение привносить в американское право то, что "они рассматривают в качестве норм международного права", а также того, что международное

не позволяет в процессе идентификации международного обычного права должным образом учитывать ценности международного сообщества и, более того, что она может сделать международное обычное право несоизмеримым с основными правами человека<sup>242</sup>. И наконец, некоторые авторы заходят так далеко, что называют «традиционную» теорию просто фикцией<sup>243</sup>.

98. На этом фоне в рамках других подходов к международному обычному праву, которые иногда называют «современными», предпринимаются попытки дать новое толкование конститутивным элементам международного обычного права и, следовательно, переосмыслить его как источник международного обычного права. Такие отклонения от «традиционной» доктрины для одних авторов превратились в интеллектуальную попытку «сформулировать недостающую теорию обычая»<sup>244</sup>, а для других стали сознательным усилием «увязать нашу концепцию обычного нормотворчества с безотлагательностью основных проблем, которые международное право

обычное право формируется не через демократически подотчетную политическую систему»).

<sup>242</sup> См., например, Klabbers, «The curious condition of custom», p. 34 («В отношении предписаний морального свойства (в особенности прав человека) традиционная концепция обычая утратила правдоподобность»); Pellet, «"Droits-de-l'homme" et droit international», pp. 171–172; Wouters and Ryngaert, «Impact on the process of the formation of customary international law», p. 119 («Классический позитивистский подход может... создавать серьезные трудности для правовой защиты и поощрения прав человека»); Charlesworth, «Law-making and sources», p. 192 («Международный обычай в его традиционной форме отдает приоритет согласию государств в качестве источника права по отношению к нормативным концепциям»); Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, p. 72 (ссылаясь на традиционный подход к международному обычному праву, заявляет следующее: «Хотя этот метод создания является архаичным, однако он имеет последствия, поскольку обычное право ограничено по сфере применения и не может использоваться в качестве юридико-политического инструмента. Кроме того, поскольку основой обычного права является обыкновение, существуют пределы в отношении вида норм, которые могут быть созданы»); и Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, p. 41.

<sup>243</sup> См., например, Dunbar, «The myth of customary international law», p. 8 («Считать, что универсальная практика государств *ipso facto* создает право, есть миф. Право может быть создано лишь посредством законодательства, или решением суда, или – в случае международного права – договором»); Estreicher, «Rethinking the binding effect of customary international law», p. 8 (говорит, что традиционный подход «есть, безусловно, правовая фикция. Согласие, выведенное из молчания, не есть однозначная форма согласия»); и Kelly, «The twilight of customary international law» («Посылка международного обычного права заключается в том, что государства, несмотря на отсутствие консенсуса в отношении ценностей, тем не менее могут договариваться и тем самым создавать обязательные правовые нормы, минуя формальный процесс для определения принятия. Эта посылка сомнительна» (р. 460)). «Ни одна методология не позволяет с точностью определить отношение государств к норме. Используемые в настоящее время средства низводят *opinio juris* до простой фикции» (р. 469). «Кроме того, сама попытка использования практики государств для конструирования норм вызывает подозрения» (р. 472)).

<sup>244</sup> Цитата из работы D'Amato («Trashing customary international law», p. 101). По мнению некоторых, именно «либеральное» применение традиционного определения привело к «новому современному определению, которое [возникает] в литературе» (Chodosh, «Neither treaty nor custom: The emergence of declarative international law», p. 88); см. также Baker, «Legal recursivity...» (сноска 235 выше).

должно решать»<sup>245</sup>; в обоих случаях были сделаны предложения заменить кумулятивную (двухэлементную) модель формирования обычая одноэлементной теорией, главным образом посредством ослабления значения одного из двух стандартных требований или устранения их вообще. Одни авторы предлагают понизить роль *opinio juris*, заявляя, что в большинстве случаев широко распространенной и последовательной практики государств достаточно для создания международного обычного права<sup>246</sup>. Другие, отходя еще дальше от принятого понятия обычного права, требуют прямо противоположное – ослабить требование в отношении практики до минимума и сконцентрировать внимание на элементе *opinio juris*<sup>247</sup>, проявляющемся главным образом в заявлениях, которые делаются на международных форумах<sup>248</sup>. Этот

<sup>245</sup> Voyiakis, «A theory of customary international law», p. 6; см. также Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: Tailor made?», p. 38 («Вскоре было обнаружено, что если бы можно было считать, что обычное право имеет какое-то иное, помимо традиционного, значение, то достичь желаемых целей было бы гораздо проще»); и Roberts, «Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation», p. 766 («Современный обычай свидетельствует о стремлении создавать общие международные нормы, которые могут быть обязательными для всех государств по важным моральным вопросам»).

<sup>246</sup> См., например, D'Amato, «Customary international law: A reformulation», p. 1 («Другие ученые сочли мою работу радикальной; со временем я неохотно пришел к заключению, что она была недостаточно радикальной. Вместо того чтобы пытаться работать в рамках понятия *opinio juris*, я должен был бы отказаться от него вообще»); Korelmanas, «Custom as a means of the creation of international law» («Первые эти [два] условия [касающиеся материального и психического факторов формирования обычая] действительно отражают существо вопроса, который мы задали [в чем заключается особый процесс формирования, который производит обычай] (p. 129)... в то же время мы пытаемся изучить вопрос о том, возникает ли международный обычай только из деятельности, которая осуществляется из осознания того, что она требуется законом. Налицо ряд весьма разных причин, чтобы сомневаться в этом» (p. 130)); Kelsen, «Théorie du droit international coutumier», p. 263 (излагает позицию, от которой он позднее отказался: «Эта теория, согласно которой акты, составляющие обычай, должны осуществляться с намерением выполнить юридическое обязательство или осуществить право... определено ошибочно»); Guggenheim, «Les deux éléments de la coutume en droit international», p. 280 («Невозможно доказать существование этого [субъективного] элемента. В этой связи необходимо отказаться от субъективного элемента»); Mendelson, «The formation of customary international law», p. 289.

<sup>247</sup> См., например, Cheng, «Epilogue», p. 223 («Поэтому главное заключается в том, чтобы признать, что обыкновение (*consuetudo*) представляет собой лишь доказательственный, а не конститутивный элемент того, что принято называть "международное обычное право", как бы его ни называли»); Guzman, «Saving customary international law», p. 153 («Международное обычное право на самом деле связано с требованием в отношении *opinio juris*, а не с требованием в отношении практики... Тогда подход в отношении рационального выбора не оставляет иного места для требования в отношении практики государств, кроме функции доказательственного критерия для обнаружения *opinio juris*. Практика может пролить свет на то, считается ли конкретная норма обязательной, однако сама по себе она ее не создает»); Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», p. 266 («Я бы даже согласился с тем, что в исключительных обстоятельствах в практике нет необходимости, если определенная норма, согласно которой определенное поведение является либо необходимым, либо запрещенным, была универсально одобрена. Пока же я соглашусь с возможностью "непосредственного права"»); и Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*.

<sup>248</sup> См., например, Cheng, «United Nations resolutions on outer space: "instant" international customary law?», p. 37 («Нет причин для того, почему *opinio juris communis* не могло бы развиваться за весьма короткий период времени в отношениях между всеми или

последний подход, который лежит в самой основе «современного обычая» в нынешнем понимании этого термина, в конечном итоге превращает выявление «нового международного обычного права» в нормативное, а не сугубо эмпирическое мероприятие. При этом подходе используется дедуктивная методология<sup>249</sup> для того, чтобы сделать международное обычное право более оперативным и гибким источником международного права, способным восполнить «утопический потенциал» и «компенсировать негибкость договорного права»<sup>250</sup>, особенно в области прав человека и гуманитарного и экологического права<sup>251</sup>.

просто некоторыми членами Организации Объединенных Наций, в результате чего в отношениях между ними сложилась бы новая норма международного обычного права. И также нет причин для того, чтобы они не могли использовать какую-то резолюцию Ассамблеи, для того чтобы "позитивировать" их новое общее *opinio juris*»); и Sohn, «"Generally accepted" international rules», p. 1074.

<sup>249</sup> См. также Lukashuk, «Customary norms in contemporary international law», p. 493 («Общее у этих норм с традиционными обычными нормами состоит в написанной форме и *opinio juris*. Отличает же их то, что они не укрепляют уже существующую практику, а призваны положить начало таковой. В сравнении с нормами первого вида в них придается больше веса тому, что должно быть, а не тому, что уже есть»); Roberts, «Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation», p. 763 («Современный обычай извлекает нормы главным образом из абстрактных заявлений *opinio juris* – идя от теории к практике»); Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 126 («Таким образом, дедуктивный обычай есть нечто вроде "контрфактуального" обычая, который представляет собой понятие, действительно весьма далекое от классической концепции обычного права»); и Simma and Alston, «The sources of human rights law...» (сноска 80 выше), p. 89 («Таким образом, процесс обычного нормотворчества превращается в самодостаточные упражнения в риторике. Используемый в настоящее время подход является дедуктивным»).

<sup>250</sup> Charlesworth, «The unbearable lightness of customary international law», p. 44. См. также, например, Scharf, «Seizing the "Grotian moment": Accelerated formation of customary international law in times of fundamental change», pp. 450, 467–468 («В периоды коренных перемен, будь то технологические сдвиги, совершение новых форм преступлений против человечности или разработка новых средств ведения войны или терроризм, быстро развивающееся международное обычное право, которое кристаллизуется в резолюциях Генеральной Ассамблеи, может оказаться необходимым для того, чтобы международное право успевало за другими событиями (p. 450)... "момент Гротия" сводит к минимуму объем и продолжительность практики государств, которые необходимы в эпоху таких трансформаций, при условии, что имеется особо четкое и широко распространенное выражение *opinio juris*» (pp. 467–468)); и Schachter, «New custom: power, *opinio juris* and contrary practice», p. 533 («новое международное обычное право» описывается как реакция на спрос «в современном международном сообществе» «правительство, которые почувствовали потребность в новом праве, которая по тем или иным причинам не может быть в полной мере удовлетворена через многосторонние договоры»).

<sup>251</sup> См., например, Kammerhofer, «Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship», p. 147 («Ввиду ощущаемой несоизмеримости традиционных или ортодоксальных методов международного обычного нормотворчества с гуманистическими целями, поддерживаемыми учеными, в течение последнего десятилетия влиятельная часть специалистов в области прав человека и гуманитарного права разработали для этих областей международного права новый подход к международному обычному праву»); Wouters and Ryngaert, «Impact on the process of the formation of customary international law» («Часто говорят, особенно юристы, специализирующиеся на правах человека, что метод формирования обычного права в области прав человека и международного гуманитарного права структурно отличается от традиционного метода формирования обычного права в международном публичном праве» (p. 111)). «Классические методы формирования права на основе согласия государств и обширной и единообразной практики государств могут быть несколько ослаблены,



Действительно, «упор на *opinio juris* привлекает тех, кто хочет расширить свод норм, считающихся международным обычным правом. Если бы можно было игнорировать или понизить значение требования в отношении практики, то вполне можно ратовать за включение любого числа моральных прав в список норм международного обычного права»<sup>252</sup>. Такая «концептуальная растяжка»<sup>253</sup>, с пафосом названная «новой жизненной силой обычая»<sup>254</sup>, также стимулировала призывы к тому, чтобы открыть процесс создания обычного права для участия негосударственных

субъектов, а именно международных организаций и их учреждений<sup>255</sup>, а также отдельных лиц<sup>256</sup>.

99. Попытки «пересмотреть или "обновить" обычай»<sup>257</sup> натолкнулись на резкую критику представителей тех же кругов, главным образом в отношении заявления о том, что «современный обычай» по сути вообще не является международным обычным правом<sup>258</sup>. Сторонники «традиционного» подхода

когда "ставки высоки"» (р. 129). «Иными словами, практика государств используется избирательно для обоснования какой-либо обычной нормы, которая не является нейтральной с моральной точки зрения» (р. 130); Hunter, Salzman and Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, pp. 312–313 («Поскольку с течением времени число международных договоров, деклараций и резолюций, провозглашающих принципы экологической защиты, возросло, ученые начали дебатировать вопрос о том, возникают ли обычные нормы международного экологического права или они уже возникли... Эти и будущие обычные нормы сталкиваются с особыми трудностями, когда к ним применяют стандартные критерии для обычных норм (т. е. последовательная практика государств и наличие *opinio juris*)... Тем не менее эти принципы все шире признаются в судебных заключениях и других документах в качестве обычного права, что, по всей вероятности, отражает изменяющееся понятие того, как возникает обычное право»); Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law. The Precautionary Principle: International Environmental Law Between Exploitation and Protection*, p. 335; Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law*, pp. 191–204; и Jennings, «Customary law and general principles of law as sources of space law», p. 151.

<sup>252</sup> Guzman, *How International Law Works*, p. 186. См. также Simma and Alston, «The sources of human rights law...» (сноска 80 выше), p. 83 («Здесь налицо большой соблазн обратиться к обычному праву как к формальному источнику, который дает желаемые ответы относительно прямолинейно. В частности, если обычное право можно толковать или рассматривать как содержащее относительно полный пакет норм, которые применимы ко всем государствам, тогда дебаты в отношении источников международного права прав человека могут быть закончены без особого дальнейшего шума. С учетом основополагающей важности компонента прав человека в справедливом мировом порядке соблазн адаптировать или истолковать заново понятие обычного права таким образом, чтобы обеспечить получение из него "правильных" ответов, весьма велик, а для некоторых даже непреодолим»); и Meron, «International law in the age of human rights», p. 377.

<sup>253</sup> Baker, «Legal recursivity...» (сноска 235 выше), p. 31 (употребляет термин, «придуманный социологом Джованни Сартори для описания искажений, возникающих в результате привнесения устоявшихся концепций в новые случаи без необходимой соответствующей адаптации»); см. также Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 123 (referring to «increasing conceptual softness»); Henkin, *International Law: Politics and Values*, p. 37 («Целевое создание обычая представляет собой радикальное новшество и по сути отражает радикальную концепцию. Поскольку право создавалось с помощью договора, однако развивалось с помощью обычая, в настоящее время наблюдается определенная тенденция относиться к обычаю как к средству, являющемуся альтернативой разработке договоров, для целевого нормотворчества. Использование концепции обычая для этой цели влечет за собой традиционное определение, однако в настоящее время практика иногда означает деятельность, направленную на создание нормы, а не на ее отражение»); и Seibert-Fohr, «Modern concepts of customary international law as a manifestation of a value-based international order», p. 273 («Актуальность международного обычного права в конечном счете зависит от того, насколько строго применяются стандарты для допущения международного обычного права»).

<sup>254</sup> Cassese, «General round-up», p. 165; см. также Müllerson, «On the nature and scope of customary international law», p. 359.

<sup>255</sup> См., например, Gunning, «Modernizing customary international law: The challenge of human rights», pp. 212–213 («В частности, в этой статье, где ставится под вопрос всеобъемлющий характер традиционных формулировок национального суверенитета, будет изучена перспектива предоставления транснациональным и неправительственным группам права голоса в правовом смысле при создании обычая»); Meijers, «On international customary law in the Netherlands» («Как и норма договорного права, норма международного обычного права формируется в два этапа. На первом этапе субъекты международного права, в частности государства (и иногда международные организации), разрабатывают норму. На втором этапе эта норма трансформируется в норму права» (р. 80). «[Эти] два этапа... нередко частично совпадают» (р. 125)); и Arajärvi, «From State-centricism to where?: The formation of (customary) international law and non-State actors», p. 23 («Несударственные субъекты участвуют в международном нормотворчестве, не только косвенно посредством оказания влияния на государство, но и посредством прямого воздействия на разработку обычных норм через свои собственные действия и заявления»).

<sup>256</sup> См., например, Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, pp. 342 and 346; Ochoa, «The individual and customary international law formation», p. 164; и Bederman, *Custom as a Source of Law*, pp. 162–163.

<sup>257</sup> Как указывается в Simma and Alston, «The sources of human rights law...» (сноска 80 выше), p. 83.

<sup>258</sup> См., например, Weil, «Towards relative normativity in international law?», p. 435 («Происходит не просто ускорение процесса формирования обычая, а подлинная революция в теории обычая»); Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 2 («С самого начала... в частности, следует подчеркнуть, что в основе международного обычая, как и любого обычая, лежит регулярность поведения. Международное обычное право, не основанное на "обычае" (*consuetudo*) в традиционном и буквальном значении этого слова, было бы просто неверно употребленным названием»); Jennings, «What is international law and how do we tell it when we see it?», p. 11 («Возможно, настало время прямо посмотреть на то обстоятельство, что общепринятые критерии обычая – практика и *opinio juris* – часто являются не только неадекватными, но даже неактуальными для выявления большей части нового права сегодня. И за причиной далеко ходить не надо: большая часть этого нового права вообще не является обычаем и даже не похожа на обычай. Оно возникло недавно, носит новаторский характер, охватывает тематические директивные решения и часто является предметом разногласий. Было бы трудно вообразить себе что-то менее похожее на обычай в традиционном значении этого термина»); van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 86 («Обычное право и непосредственность суть две непримиримые концепции. Кроме того, для эффективного функционирования международного права как инструмента упорядочения и регулирования было бы вредно размывать значение его источников практически до точки исчезновения»); Georges Abi-Saab discussing «Custom and treaties», в Cassese and Weiler, *Change and Stability in International Law-Making*, p. 10 («Мы называем разные вещи обычаем, мы сохраняем название, однако расширяем явление... По сути, мы получили новое вино, однако стараемся залить его в старую бутылку обычая. В какой-то момент это качественное изменение придется принять во внимание и нам придется признать, что мы уже говорим не о том же источнике, а являемся свидетелями появления весьма нового вида нормотворчества»); Kelly, «The twilight of customary international law», p. 492 («При переоценке практики государств и *opinio juris* теоретики "нового международного обычного права" пытаются создать новый процесс нормотворчества, не используя методологию обычного права»); Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 123 («Название "обычай", возможно, стало слишком узким и

(продолжение сноски на следующей стр.)

подчеркивают далее, что поощрение «новых разновидностей» международного обычного права подрывает авторитет и убедительность обычая как источника международного права<sup>259</sup>, а также международного права во всей его совокупности<sup>260</sup>. Некоторые также заявляют, что «нетрадиционные» подходы сами по себе аналитически нестабильны<sup>261</sup> и что они поощряют «сомнительное функционирование»<sup>262</sup>, которое,

(продолжение сноски 258)

слишком запутанным в применении к ряду явлений современного нормотворческого процесса в международном обществе, которые втиснуты в эту рубрику только из-за отсутствия иной, новой, признанной основы для нормотворчества за пределами договорного права); Kammerhofer, «Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship» («Специалисты слегка искажают право ради достижения целей, которые не выражены в качестве международного позитивного права» (р. 152); «Наука международного права в современном климате обычно "уступает" внешнему давлению, в результате чего фальсифицируется наш взгляд на позитивное международное право посредством привнесения внешних элементов» (р. 157)); Petersen, «Customary law without custom?...» (сноска 80 выше) («В силу своего понятия обычая требует консуэтидо, наличия практики государств» (р. 282); «Обычное право без обычая вообразить трудно» (р. 284)); Koskenniemi, «Introduction», р. xxi («На практике "обычай" превратился в общую категорию, охватывающую практически все обязательные договорные стандарты... "Обычай" представляется как более легитимным по своему происхождению, так и более осязаемым по своему применению, даже при том, что различные стандарты, классифицированные в качестве "обычая", не так легко вписать в стандартную теорию происхождения и выявления обычного права»); Weisburd, «Customary international law: the problem of treaties», р. 46 («Заявления о том, что практика государств является юридически незначимой, по сути есть заявления о том, что существует некий более легкий способ создания международного права, чем способ выработки подлинного консенсуса между государствами. Более легкого пути нет, и из уважения к истине мы должны признать это обстоятельство»); Charney, «Universal international law», pp. 543 and 546 (ссылается на недавний «более структурированный метод» создания обычного права, заявляя, что этот процесс «отличается значительно от традиционного понимания процесса создания обычного права, требующего наличия общей практики в течение определенного периода времени. Поэтому было бы правильнее называть его *общее* международное право»); и Cheng, «Custom: the future of general State practice in a divided world», р. 548.

<sup>259</sup> См., например, Estreicher, «Rethinking the binding effect of customary international law», р. 15 («Поскольку мы движемся к эпохе нисходящего, вдохновляемого публицистами, заряженного политикой и практически мгновенно формирующегося международного обычного права, легитимность такой автоматической абсорбции [в национальное право] становится особенно проблематичной»); D'Amato, «Trashing customary international law»; и Jennings, «The identification of international law», р. 6.

<sup>260</sup> См., например, Chodosh, «Neither treaty nor custom...» (сноска 244 выше), р. 99; van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, р. 107; Kelly, «The twilight of customary international law», р. 540; Weil, «Towards relative normativity in international law?», р. 441 («Такая релятивизация нормативности... может в конечном итоге лишить международное право возможности выполнять то, что всегда являлось непосредственно его функциями»).

<sup>261</sup> См., например, Postema, «Custom in international law: A normative practice account», pp. 281–282.

<sup>262</sup> Simma and Alston, «The sources of human rights law...» (сноска 80 выше), р. 107; см. также de Lupis, *The Concept of International Law* («В этой работе... понятие "обычное право" устранено как туманная фикция» (предисловие)). «Остается лишь удивляться тому, как столь многие авторы до сих пор признают нечеткие контуры и аморфное содержание понятия "обычное" право. Поскольку в современном международном публичном праве за пределами территориальных требований в силу давности у него нет ни основы, ни обоснования. Оно стало тем ковром, под

можно сказать, также страдает в результате значительного демократического дефицита<sup>263</sup>.

100. Одни авторы изображают «традиционные» и «нетрадиционные» подходы к международному обычному праву как «свод спаренных противоположностей»<sup>264</sup>, другие пытаются синтезировать и примирить их, с тем чтобы получить общую концепцию или общую теорию обычая<sup>265</sup>. Сколь бы ни были убедительны результаты этих попыток,

который замечают любое неопознанное действие или норму, часто с последующей убежденностью в том, что, поскольку теперь ковер их покрывает, они должны быть действующим "правом"» (р. 116)).

<sup>263</sup> См., например, Bederman, *Custom as a Source of Law*, р. 145 («Главный недостаток современного обычая заключается в том, что, превознося идеальные стандарты поведения государств, он совершенно отделился от реальной практики государств. Если легитимность и транспарентность что-то значат как характеристики международного обычного права... тогда традиционный взгляд на международное обычное право, пусть даже не идеально отраженный в формулировке Статьи 38, пункт 1 b), должен быть сохранен»); Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: Tailor made?», р. 37 (заявляет, что «современное» международное обычное право есть «новый авторитарный подход посредством неверховенства права»); Goldsmith and Posner, «Understanding the resemblance between modern and traditional customary international law», р. 667 (заявляет, что современное международное обычное право «не имеет надлежащей родословной в области согласия государств. Содержание нового международного обычного права туманно. Кроме того, новое международное обычное право используется и употребляется оппортунистически»); Chodosh, «Neither treaty nor custom...» (сноска 244 выше), pp. 104–105 (говорит о недемократическом процессе, поскольку меньшинство создает правила для большинства); Estreicher, «Rethinking the binding effect of customary international law», р. 7 (описывает «современное» международное обычное право как попытку «высококвалифицированных публицистов из различных государств»... и других юристов-международников расширить сферу применения обычного права, с тем чтобы способствовать продвижению конкретных политических, идеологических или гуманитарных целей авторов»); и Kelly, «The twilight of customary international law», pp. 520–521 (заявляет, что новая методология международного обычного права «не устраняет "дефицит демократии". Государства еще могут дать согласие на общие, абстрактные резолюции, содержащие лишь рекомендации, но они не дадут согласия на обязательные нормы и не будут играть роль в определении того, какие нормы в резолюции (если таковые найдутся) должны быть преобразованы в обязательные обычно-правовые обязательства... Демократическая легитимность требует либо полного участия, либо фактического согласия [а ни того, ни другого здесь нет]).

<sup>264</sup> Stein (сноска 233 выше), р. 13; см. также, например, Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, р. 388; Beckett, *The End of Customary International Law? A Purposive Analysis of Structural Indeterminacy*, pp. 238–258; и Baker, «Legal recursivity...» (сноска 235 выше), р. 10.

<sup>265</sup> См., например, Roberts, «Traditional and modern approaches to customary international law: A reconciliation», р. 767; Lukashuk, «Customary norms in contemporary international law»; Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, р. 100; Seibert-Fohr, «Modern concepts of customary international law as a manifestation of a value-based international order», pp. 272–277; Condorelli, «Customary international law: The yesterday, today, and tomorrow of general international law», р. 148; Tasioulas, «Customary international law and the quest for global justice», pp. 307 and 320; Goldsmith and Posner, «Understanding the resemblance...», р. 672; Voyiakis, «A theory of customary international law», pp. 15–16; D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, р. 145; Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», р. 122; и Worster, «The inductive and deductive methods in customary international law analysis: Traditional and modern approaches».

продолжающиеся доктринальные споры и неизбежные трудности, связанные с международным обычным правом, заставили ряд юристов-международников объявить его «проблемной концепцией»<sup>266</sup>, «оспариваемой по существу» концепцией, испытывающей в настоящее время «кризис идентичности»<sup>267</sup>. К тому же отсутствие общепринятого понятия международного обычного права стимулирует критику в его адрес как права неопределенного<sup>268</sup>. Некоторые авторы даже заявляют, что «традиционное» или «современное» международное обычное право по-прежнему является крайней проблематичным или даже нелегитимным источником международного права, от которого, вероятно, вообще надо отказаться<sup>269</sup>.

<sup>266</sup> Postema, «Custom in international law...» (сноска 261 выше), p. 279.

<sup>267</sup> Simma and Alston, «The sources of human rights law...» (сноска 80 выше), p. 88. См. также Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 2; и Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law: Customary international law and some of its problems», p. 551.

<sup>268</sup> Аргументы в отношении неопределенности в целом касаются либо трудности в определении того, возникла ли норма международного обычного права, или же трудности в точном определении ее конкретного содержания (или и того, и другого). См., например, Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law...», p. 536 («Мы толком не можем узнать ни правила формирования обычая, ни то, как эти правила возникают»); Chen, *An Introduction to Contemporary International Law*, p. 351; Guzman, «Saving customary international law», p. 128; Goldsmith and Posner, «Understanding the resemblance...»; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. xiii; Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, p. 63; и Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, p. 14.

<sup>269</sup> См., например, Goldsmith and Posner, «Understanding the resemblance between modern and traditional customary international law» («Ошибочная посылка заключается в том, что международное обычное право, будь то традиционное или новое, оказывает воздействие на национальное поведение. Мы полагаем, что новое международное обычное право является не менее последовательным и легитимным, чем старое» (pp. 640–641). «Мы не согласны с тем, что современное международное обычное право отличается от старого международного обычного права каким-то существенным образом. Принципиальное различие заключается в содержании: старое международное обычное право больше касается торговых или военных отношений между государствами; современное международное обычное право больше касается прав человека... Современное международное обычное право является по большей части амбициозным, таким же, каким было и старое международное обычное право» (p. 672)); Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, p. 21 («Несмотря на утверждения относительно "непосредственного" обычного права, этот способ неформального и неписанного нормотворчества является неизбежно консервативным и регрессивным, поскольку он полагается на существующую практику государств. Неопределенность относительно существования и содержания норм обычного права позволяет делать оппортунистические заявления, у которых нет содержания в практике государств или *opinio juris*. Международное обычное право позволяет государствам отклонять договорное регулирование, претендуя при этом на выгоды от тех частей нератифицированного договора, которые они считают желательными»); McGinnis, «The appropriate hierarchy of global multilateralism and customary international law: The example of the WTO», p. 284 (называет международное обычное право правовым массивом, который потенциально может подорвать отлаженные компромиссы, закрепленные в многосторонних договорах); и Kelly, «The twilight of customary international law» («Материальные нормы как традиционного, так и "нового международного обычного права" представляют собой неэмпирические формы международного обычного права, выведенные из субъективных принципов», и как таковые «они не

101. И все же международное обычное право широко признано в литературе как «главный строительный материал для общего международного права»<sup>270</sup> и неизменно отстаивается как отрасль, играющая заметную и бесспорную роль в регулировании международных отношений<sup>271</sup>. Ряд авторов подчеркивают, что именно его гибкость делает его ценным источником международного права<sup>272</sup>, и утверждают, что трудности, связанные с уяснением права, свойственны не только международному обычному праву<sup>273</sup>. Ученые продолжают спорить по поводу международного обычного права. Такие споры, безусловно, будут продолжаться<sup>274</sup>.

подкреплены авторитетом международного сообщества» (p. 456). «Разногласия неизбежны, поскольку элементы правовой теории международного обычного права представляют собой пустые сосуды, в которые можно заливать свою собственную нормативную теорию международного права»).

<sup>270</sup> Kuznetsov and Tuzmukhamedov, *International Law – A Russian Introduction*, p. 77.

<sup>271</sup> Vagts, «International relations looks at customary international law: A traditionalist's defence»; Sur, *International Law, Power, Security and Justice*, p. 167; Norman and Trachtman, «The customary international law game», p. 541; Swaine, «Rational custom», p. 562; Bokor-Szegö, remarks on the «Contemporary role of customary international law», в Heere, *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence, Proceedings of the Third Joint Conference*, p. 18; Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 26; Chiagara, *Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique*, p. 48; Bishop, «Sources of international law», pp. 220 and 230; Kunz, «The nature of customary international law», p. 665; Treves, «Customary international law», pp. 955–956; Perreau-Saussine and Murphy, «The character of customary law: An introduction», p. 8; Guzman and Meyer, «Customary international law in the 21st century», p. 197; Guzman, «Saving customary international law», pp. 116, 119–121 and 175; Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», p. 265; Seibert-Fohr, «Modern concepts of customary international law as a manifestation of a value-based international order», p. 271; Mendelson, «The formation of customary international law», p. 169; Schwarzenberger, «International *jus cogens*?», p. 476; и Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: Tailor made?», p. 38.

<sup>272</sup> См., например, Pearce, «Customary international law: Not merely fiction or myth», p. 125; Bederman, «Acquiescence, objection and the death of customary international law», pp. 42–43. Такая позиция была также изложена на шестьдесят четвертой сессии Комиссии г-ном Мураэ, который заявил, что «сутью и, возможно, *raison d'être* международного обычного права является его расплывчатость, что и определяет его полезность» (*Ежегодник... 2012 год*, том I, 3148-е заседание).

<sup>273</sup> См., например, Brownlie, «To what extent are the traditional categories of *lex lata* and *lex ferenda* still viable?», p. 68 («Я полагаю, что на данный момент главная проблема – это старая проблема, заключающаяся в том, что уяснить право всегда трудно. Даже когда у вас в руках есть договор, необходимо выяснить, что означает та или иная его формулировка; вы можете иметь договор, который существует 20 лет, однако если он не подвергался многократному толкованию судами, то право предстоит еще уяснить. Любопытно то, что люди привыкли думать, будто стоит нам найти подходящую формулу, подходящее правило, и процесс выяснения права тогда вдруг станет для нас более легким. Я считаю это нереалистичным»).

<sup>274</sup> См., например, Klabbers, «The curious condition of custom», p. 37; Fidler, «Challenging the classical concept of custom: Perspectives on the future of customary international law», p. 199; и Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 119.

## ГЛАВА IV

**Будущая программа работы**

102. В своем втором докладе в 2014 году Специальный докладчик предлагает начать обсуждение двух элементов международного обычного права – практики государств и *opinio juris* – и связи между ними. При этом необходимо будет рассмотреть такие вопросы, как воздействие договоров на международное обычное право и роль международных организаций. В третьем докладе в 2015 году это обсуждение будет продолжено в свете прогресса, достигнутого в рассмотрении данной темы, а также будут более подробно рассмотрены отдельные

аспекты, такие как норма о «последовательно возражающей стороне» и «специальное» или «региональное» международное обычное право. Во втором и третьем докладах будет предложен ряд проектов заключений для рассмотрения Комиссией. Специальный докладчик намерен подготовить в 2016 году заключительный доклад, содержащий пересмотренные проекты заключений и комментарии с учетом результатов дискуссий в Комиссии, обсуждений в Шестом комитете и других реакций на проводимую работу.

# ФОРМИРОВАНИЕ И ДОКАЗАТЕЛЬСТВА СУЩЕСТВОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА

[Пункт 8 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/659

Элементы результатов предыдущей работы Комиссии международного права, которые  
могли бы иметь особое отношение к данной теме

## Меморандум Секретариата

[Подлинный текст на английском языке]  
[14 марта 2013 года]

### СОДЕРЖАНИЕ

Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе.....		174
Резюме.....		174
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ.....	1–11	174
А. Кодификация и прогрессивное развитие.....	4–8	175
В. Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области международного обычного права.....	9–11	176
<i>Глава</i>		
I. Идентификация международного обычного права и процесс его формирования.....	12–33	176
А. Общий подход.....	13–15	177
В. Практика государств.....	16–25	178
1. Данная Комиссией характеристика практики государств.....	17–22	178
2. Материалы, на которые полагалась Комиссия при оценке практики государств.....	23–25	181
С. Так называемый субъективный элемент (opinio juris sive necessitatis).....	26–29	182
1. Данная Комиссией характеристика субъективного элемента.....	27–28	182
2. Материалы, использованные Комиссией при оценке субъективного элемента.....	29	184
D. Соответствующая практика международных организаций.....	–	186
E. Соответствующие судебные решения и труды юристов.....	30–33	186
II. Функционирование международного обычного права в рамках международно-правовой системы....	34–40	188
А. Обязательный характер и характеристики международных обычно-правовых норм.....	35–36	188
В. Связь между международным обычным правом и договорами.....	37–40	191
С. Связь между международным обычным правом и «общим международным правом».....	–	193

## Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

Источник

Гагская конвенция от 1899 года (II) о законах и обычаях сухопутной войны (Гаага, 29 июля 1899 года)	Ф. Лист, <i>Международное право в систематическом изложении</i> , Юрьев, 1912, стр. СІХ–СХІХ; извлечение см.: <i>Международное право в избранных документах</i> , том III, изд-во ИМО, М., 1957, стр. 41–53.
Гагская конвенция от 1907 года (IV) о законах и обычаях сухопутной войны (Гаага, 18 октября 1907 года)	Там же.
Соглашение о судебном преследовании и наказании главных военных преступников европейских стран оси (Лондон, 8 августа 1945 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 82, No. 251, p. 302.
Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Париж, 9 декабря 1948 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 78, No. 1021, p. 292.
Конвенция о континентальном шельфе (Женева, 29 апреля 1958 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 499, No. 7302, p. 325.
Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, No. 18232, p. 417.
Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вена, 21 марта 1986 года)	A/CONF.129/15.

### Резюме

Настоящий меморандум был подготовлен в ответ на просьбу, сформулированную Комиссией международного права на ее шестьдесят четвертой сессии (2012 год). В нем отмечены элементы результатов предыдущей работы Комиссии, которые могли бы иметь особое отношение к теме «Формирование и доказательства существования международного обычного права».

После анализа во введении ряда вопросов предварительного толка, касающихся мандата Комиссии и ее предыдущей работы по теме «Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права» в меморандуме излагается подход Комиссии к идентификации международного обычного права и процессу его формирования, при этом особое внимание уделяется *a)* общему подходу Комиссии; *b)* практике государств; *c)* так называемому субъективному элементу (*opinio juris sive necessitatis*); *d)* соответствующей практике международных организаций; и *e)* соответствующим судебным решениям и работам юристов.

Затем в меморандуме дается обзор того, каким образом Комиссия понимает отдельные аспекты функционирования обычного права в рамках международной правовой системы. Эти аспекты касаются обязательного характера и характеристик норм международного обычного права, включая региональные нормы, нормы, устанавливающие обязательства *erga omnes*, и нормы *jus cogens*, а также связи между международным обычным правом и договорами и «общим международным правом».

### Введение

1. На своей шестьдесят третьей сессии в 2011 году Комиссия международного права постановила включить тему «Формирование и доказательства существования международного обычного права» в свою долгосрочную программу работы<sup>1</sup>. На своей шестьдесят четвертой сессии в 2012 году Комиссия включила эту тему в свою нынешнюю программу работы и назначила Специальным докладчиком сэра Майкла Вуда<sup>2</sup>. Также на той же сессии Комиссия просила Секретариат подготовить меморандум, в котором указывались бы элементы результатов предыдущей работы Комиссии, которые могли бы иметь особое

отношение к данной теме<sup>3</sup>. Для выполнения этой просьбы Секретариат провел обзор работы Комиссии начиная с 1949 года с целью выявления аспектов, имеющих особое отношение к международному обычному праву. В этой связи Секретариат сосредоточил внимание в первую очередь на аспектах работы Комиссии, которые имеют непосредственное отношение к пониманию концепции международного обычного права, на том, как возникают обычные нормы и как их следует выявлять, а также на том, как функционирует обычное право в международной правовой системе. Те аспекты работы Комиссии, которые определены Секретариатом как имеющие особое отношение к настоящей теме, отражены в настоящем меморандуме в форме замечаний и, где это уместно, сопровождаются пояснительными примечаниями.

<sup>1</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 211, пункты 365–367. В своей резолюции 66/98 от 9 декабря 2012 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению включение этой темы в долгосрочную программу работы Комиссии (пункт 7).

<sup>2</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 11, пункт 19.

<sup>3</sup> Там же, стр. 78, пункт 159.

2. При подготовке настоящего меморандума Секретариат в качестве руководства использовал имеющиеся отношение к данной теме вопросы и проблемы, которые он заимствовал из двух предварительных документов, подготовленных сэром Майклом<sup>4</sup>, а также из первоначального обсуждения этой темы на шестьдесят четвертой сессии Комиссии<sup>5</sup>. Структура меморандума отражает аспекты работы Комиссии, связанные с идентификацией международного обычного права и процессом его формирования, а также функционированием обычного права в международной правовой системе.

3. Важно сразу отметить, что представленные ниже замечания отражают систематический обзор лишь отдельных компонентов работы Комиссии. С учетом мандата Комиссии и методов ее работы целый ряд компонентов ее работы, включая доклады специальных докладчиков и общие прения на пленарных заседаниях, могли бы потенциально иметь отношение к настоящему меморандуму и его теме. Однако, чтобы подготовить меморандум оперативно, Секретариату пришлось ограничиться главным образом обзором окончательного варианта проектов, принятых Комиссией по различным темам, которые она рассмотрела до настоящего времени, вместе с сопроводительными комментариями<sup>6</sup>. Окончательные варианты таких проектов и комментариев, как представляется, лучше всего отражают коллективный подход Комиссии к международному обычному праву.

#### А. Кодификация и прогрессивное развитие

4. Прежде чем переходить к замечаниям, целесообразно вкратце рассмотреть несколько вопросов предварительного толка, относящихся к предыдущей работе Комиссии по международному обычному праву. Во-первых, исследование такой работы неизбежно требует вспомнить о различии между работой Комиссии по «кодификации» и «прогрессивному развитию».

5. Что касается кодификации, то, как хорошо известно, международное обычное право занимает значительное место в работе Комиссии. В Положении о Комиссии<sup>7</sup> «кодификация международного права» определена как «более точное формулирование и систематизация норм международного права в тех областях, в которых уже имеется обширная государственная практика, прецеденты и доктрины» (статья 15). Кроме того, в Положении Комиссия уполномочивается кодифицировать международное право посредством подготовки проектов в форме статей с комментариями, содержащими «соответствующее изложение прецедентов и других относящихся к делу данных, включая договоры, судебные решения

<sup>4</sup> См. *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), приложение I, стр. 221, а также *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/653, стр. 65.

<sup>5</sup> См. *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 79–83, пункты 169–202.

<sup>6</sup> В сферу обзора были включены также проекты статей о высылке иностранцев и комментарии к ним (*Ежегодник... 2012 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/651), принятые Комиссией в первом чтении на ее шестьдесят четвертой сессии в 2012 году.

<sup>7</sup> Резолюция 174 (II) Генеральной Ассамблеи от 21 ноября 1947 года.

и доктрину» (статья 20 a)), а также выводов относительно, с одной стороны, «степени согласия по каждому моменту в практике государств и доктрине» (статья 20 b i)) и, с другой стороны, «существующих расхождений и разногласий, а также аргументов в пользу того или иного решения» (статья 20 b ii)).

6. Однако мандат Комиссии не ограничивается кодификацией существующих международных норм. Комиссии также поручено прогрессивное развитие международного права, которое в статье 15 Положения о Комиссии определено как «подготовка проектов конвенций по тем вопросам, которые еще не регулируются международным правом или по которым право еще недостаточно развито в практике государств».

7. Таким образом, кодификация и прогрессивное развитие были предусмотрены в Положении в качестве самостоятельных концепций, хотя авторы Положения признавали, что обе эти концепции необязательно будут иметь взаимоисключающий характер: систематизация существующего правового массива может привести к выводу о том, что государствам следует предложить для принятия какую-то новую правовую норму<sup>8</sup>. Кроме того, Комиссия постоянно стремилась избегать однозначной квалификации какой-либо темы как исключительно относящейся к кодификации или прогрессивному развитию<sup>9</sup>. Комиссия также отмечала, что «различия, проводимые в Положении между двумя процессами, оказались неприменимыми к практической работе и могли бы быть устранены при каком-либо пересмотре Положения»<sup>10</sup>.

8. В ряде случаев в связи с формулировкой конкретных норм Комиссия проводила четкое различие между своей работой по кодификации и своей работой по прогрессивному развитию международного права<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> См. доклад Комитета по прогрессивному развитию международного права и его кодификации, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, вторая сессия, Шестой комитет*, приложение I, пункт 7.

<sup>9</sup> См., например, *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 19, пункт 72 («Комиссия хотела бы отметить, что, как она считает, ее работа по клаузулам о наиболее благоприятствуемой нации представляет собой как кодификацию, так и прогрессивное развитие международного права в том смысле, в каком эти концепции определены в статье 15 Положения о Комиссии. Статьи, которые она сформулировала, содержат элементы как прогрессивного развития, так и кодификации права, и, как это имеет место и в отношении некоторых ранее принятых проектов, нереально определить, под какую категорию подпадает каждое положение»). См. также: *Работа Комиссии международного права*, 8-е издание (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.12.V.2), том I, 2012 год, стр. 58.

<sup>10</sup> *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 107, пункт 147 a). См. также стр. 110, пункты 156–159, где говорится, что «предположение о том, что прогрессивное развитие, в отличие от кодификации, ассоциируется прежде всего с разработкой конвенций, является слишком упрощенным» (пункт 156) и что, «таким образом, Комиссия неизбежно исходит из комбинированных идей "кодификации и прогрессивного развития"» (пункт 157).

<sup>11</sup> См., например, *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 16, пункт 54 («Комиссия пришла к выводу о том, что действие клаузулы [о наиболее благоприятствуемой нации] в сфере экономических отношений в особой связи с развивающимися странами не является областью, которая легко поддается кодификации в международном праве, в том смысле, в котором данный термин употребляется в Положении о Комиссии, поскольку необходимые для этого процесса условия... такие как обширная

Однако во многих других случаях Комиссия не указала, что она имеет в виду при разработке какой-либо конкретной нормы: кодификацию или прогрессивное развитие<sup>12</sup>. Более того, Комиссия, независимо от того, указывала она или нет под какую категорию подпадает рассматриваемая ею конкретная норма, часто употребляла термины, которые делают ее анализ весьма актуальным для обычного права. В этой связи подход Секретариата заключался в том, чтобы включить в настоящий меморандум те элементы из работы Комиссии, которые, по всей видимости, представляют собой усилия по установлению или оценке возможного существования или появления нормы международного обычного права.

(продолжение сноски 11)

практика государств, прецеденты и доктрины, не так легко разграничить»; пункт 2) комментария к проекту статьи 5 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 33 (где говорится, что практика государств и теория не дают четкого ответа, и поэтому эта норма была составлена в порядке прогрессивного развития права); пункт 2) комментария к проекту статьи 8 о дипломатической защите, там же, стр. 39 («Проект статьи 8, представляющий собой попытку прогрессивного развития права, отстает от традиционной нормы...»); и пункт 3) комментария к проекту статьи 19 о дипломатической защите, там же, стр. 62 («Если международное обычное право еще не достигло этой стадии развития, то положение подпункта а) проекта статьи 19 следует рассматривать как результат усилий по прогрессивному развитию»); пункт 1) комментария к руководящему положению 1.2.1. об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 63 (где говорится, что руководящее положение 1.1.5 «содержит, однако, в себе элемент прогрессивного развития международного права, поскольку четкого прецедента такого рода не имеется»); пункт 5) комментария к проекту статьи 23 о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 44 («Таким образом, пункт 2 проекта статьи 23 стал результатом прогрессивного развития в двух аспектах...»); пункт 1) комментария к проекту статьи 27 о высылке иностранцев, там же, стр. 52 («Проект статьи 27... представляет собой попытку прогрессивного развития международного права»); и пункт 1) комментария к проекту статьи 29 о высылке иностранцев, там же, стр. 54 («Проект статьи 29 признает в целях прогрессивного развития международного права и при соблюдении известных условий право на возвращение в выславшее государство за иностранцем, который был вынужден покинуть территорию этого государства после незаконной высылки»). См. также пункт 5) общего комментария об ответственности международных организаций, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 54 («Тот факт, что несколько из настоящих проектов статей основаны на ограниченной практике, перемещает водораздел между кодификацией и прогрессивным развитием в сторону последнего»).

<sup>12</sup> Комиссия даже заявляла, что она не считает нужным указывать правовой статус конкретной нормы; см., например, пункт 8) комментария к проекту статьи 68 по морскому праву, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 298 англ. текста («Комиссия не считает нужным распространяться по вопросу о характере и юридическом основании суверенных прав, присваиваемых прибрежному государству [в отношении континентального шельфа]... Все эти соображения общего порядка создают достаточно основания для принципа суверенных прав прибрежного государства, сформулированного в настоящее время Комиссией»).

## В. Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области международного обычного права

9. Рассматривая тему «Формирование и доказательства существования международного обычного права», Комиссия не впервые занимается темой, касающейся непосредственно доказательства существования международного обычного права. После своей второй сессии на основе рабочего документа, подготовленного по этой теме г-ном Мэнли О. Хадсоном<sup>13</sup>, Комиссия представила в 1950 году Генеральной Ассамблее доклад по теме, озаглавленной «Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области международного обычного права»<sup>14</sup>. Этот доклад был подготовлен непосредственно во исполнение статьи 24 Положения о Комиссии<sup>15</sup>.

10. Осуществление Комиссией статьи 24 в значительной степени концептуально отличалось от рассматриваемой здесь темы. В докладе Комиссии, занятой главным образом вопросом наличия и доступности материалов, связанных со свидетельствами обычного права, были указаны существующие собрания текстов и международных правовых материалов и было предложено, чтобы Секретариат подготовил определенные публикации для расширения доступности свидетельств, потенциально относящихся к международным обычаям<sup>16</sup>.

11. Однако в докладе Комиссии также кратко была рассмотрена сфера применения международного обычного права<sup>17</sup>. Особое значение для рассматриваемой в настоящее время темы имеет то, что Комиссия, в частности, указала, что отдельные государства при формулировании конвенций довольно часто полагаются на установление наличия обычного права и что «свидетельства практики государств можно обнаружить в самых разнообразных материалах»<sup>18</sup>. Эти выводы и другие основные аспекты анализа Комиссии будут вновь рассмотрены в рамках представленных ниже замечаний.

<sup>13</sup> *Ежегодник... 1950 год*, том II, документ A/CN.4/16 и Add.1, стр. 24 англ. текста.

<sup>14</sup> Там же, стр. 367–374 англ. текста, пункты 24–94.

<sup>15</sup> Статья 24 Положения о Комиссии предусматривает следующее: «Комиссия рассматривает способы и средства, делающие более доступными свидетельства из области международного права, такие как сбор и публикация документов, касающихся практики государств, и судебных решений национальных и международных судов по вопросам международного права, и представляет Генеральной Ассамблее доклад по этому вопросу».

<sup>16</sup> *Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 368–374 англ. текста.

<sup>17</sup> Там же, стр. 367–368 англ. текста, пункты 28–32.

<sup>18</sup> Там же, стр. 368 англ. текста, пункт 31.

## Глава I

### Идентификация международного обычного права и процесс его формирования

12. В настоящей главе содержатся замечания, касающиеся подхода Комиссии к идентификации норм международного обычного права и процессу их формирования. Глава начинается с замечаний, касающихся общего подхода Комиссии к идентификации

обычных норм, далее следуют замечания, касающиеся практики государств, так называемого субъективного элемента (*opinio juris sive necessitatis*) и соответствующей практики международных организаций и судебных решений, а также работ юристов.



## А. Общий подход

### Замечание 1

Для выявления наличия нормы международного обычного права Комиссия нередко проводит обзор всех имеющихся свидетельств в общей практике государств, а также их взглядов или позиций, часто вместе с решениями международных судов и трибуналов, а также работ юристов<sup>19</sup>.

13. В комментарии к проекту статьи 5 о праве несудоходных видов использования международных водотоков приводится пример подхода Комиссии:

Обзор всех имеющихся данных общей практики государств, признаваемых в качестве права и касающихся несудоходных видов использования международных водотоков, таких данных, как положения договоров, позиции, занятые государствами в конкретных спорах, решения международных судов и трибуналов, изложение правовых норм межправительственными и неправительственными органами, мнения ученых и решения муниципальных судов по аналогичным делам, свидетельствует о всецелой поддержке доктрины справедливого использования в качестве общей правовой нормы для определения прав и обязанностей государств в этой области<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> При этом Комиссия полагается на самые разнообразные материалы, примерный перечень которых приводится в разделах В и С настоящей главы. См. также, например, комментарий к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 256–261; после рассмотрения самых разнообразных материалов Комиссия пришла к выводу в пункте 18), что «новое независимое государство не обязано *ipso jure* наследовать договоры своего предшественника». В некоторых случаях соображения логики или справедливости также учитывались Комиссией при определении отдельных норм; см., например, пункт 2) комментария к проекту статьи 36 о представительстве государств в их отношениях с международными организациями, *Ежегодник... 1971 год*, том II (часть первая), стр. 369 (оценка соответствующей практики, подтвержденная посредством аналогии с привилегиями и иммунитетами дипломатических агентов и постоянных представителей, а также их соответствующих членов семей и персонала); и пункт 2) комментария к статье 39 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 133 («В статье 39 признается, что следует учитывать при оценке формы и объема возмещения поведение потерпевшего государства либо любого лица или образования, в отношении которого истребуется возмещение. Это соответствует тому принципу, что полное возмещение причитается за вред – но не более того, – вытекающий из последствий международно-противоправного деяния. Это также соответствует принципу справедливости между ответственным государством и стороной, пострадавшей в результате нарушения обязательства\*»). В отдельных случаях применение аналогии, насколько можно судить, было результатом убежденности Комиссии в малом объеме имеющейся практики; см., например, следующие замечания, сделанные в пункте 2) общего комментария к проектам статей об ответственности международных организаций относительно обстоятельств, исключающих противоправность, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 53 («Кроме того, определенные обстоятельства вряд ли могут возникать в связи с некоторыми и даже с большинством международных организаций. Однако, было бы необоснованно утверждать, что обстоятельства, исключающие противоправность поведения государств, не могут быть применимы и в отношении международных организаций, например что только государства могут ссылаться на форс-мажор. Это не подразумевает обязательного наличия презумпции о том, что условия, при которых какая-либо организация может ссылаться на то или иное обстоятельство, исключающее противоправность, аналогичны условиям, применяемым в отношении государств»).

<sup>20</sup> Пункт 10) комментария к проекту статьи 5, *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 108. См. также пункты 3)–6)

14. Вышеприведенный пример как раз иллюстрирует то, что Комиссия в своих комментариях часто не проводила разграничения между материалами, которые она использовала для установления общей практики государств, и материалами, которые она использовала для определения взглядов или позиций государств в отношении какой-либо нормы<sup>21</sup>. Полезно также отметить, что Комиссия признала, что различные источники, упоминавшиеся при идентификации норм международного обычного права, юридически не равноценны<sup>22</sup>.

комментария к проекту статьи 7 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 92–94 (использование обзора практики государств, международных судебных органов и работ юристов для подкрепления вывода о том, что норма существует); пункты 12)–14) комментария к проекту статьи 10 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, там же, стр. 108–110 («Арбитражные решения вместе с государственной практикой и литературой указывают на широкое признание двух позитивных норм присвоения поведения, изложенных в статье 10»); пункты 24)–25) комментария к проекту статьи 10 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 45–46 (где определяется, что сформулированная в проектах статей норма имеет прецедент, что явствует из обзора источников, которые включают судебные решения, национальное законодательство и договорную практику); пункты 10)–18) комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 241–244 (проведение обзора практики государств, пограничных споров и договорной практики для установления наличия общей нормы); пункты 2)–4) комментария к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, там же, стр. 256–261 (обзор практики государств, правовых заключений Секретариата, практики депозитариев и работ юристов для установления общей нормы); пункты 1) и 8) комментария к проекту статьи 49 о праве договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 246–247 англ. текста (использование при обсуждении обычной нормы Устава Организации Объединенных Наций и практики Организации Объединенных Наций, а также мнений подавляющего большинства юристов-международников); и пункт 2) комментария к статье 25 о праве договоров, там же, стр. 213 англ. текста («Практика государств, судебная практика международных трибуналов и работы юристов, насколько можно судить, поддерживают... норму, которая сформулирована в нынешней статье 7»).

<sup>21</sup> Более подробное изучение проведенного Комиссией анализа практики государств и взглядов и позиций государств в отношении какой-либо нормы см. в разделах В и С настоящей главы ниже. См. также пункт 13) комментария к проекту статьи 16 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 61 (где сделан вывод о том, что «нормы, закрепленные... подтверждаются государственной, законодательной и судебной практикой государств, а также многосторонними и двусторонними договорами», при этом в комментарии не содержится отдельного анализа практики и взглядов государств); пункты 11)–21) комментария к проекту статьи 13 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник... 1981 год*, том II (часть вторая), стр. 38–41 (где приводятся показательные примеры и делается вывод о том, что норма подкрепляется практикой государств, судебными решениями и теорией права, при этом не проводится разграничения между материалами, которые использовались для вывода в отношении практики, взглядов и позиций государств).

<sup>22</sup> См. пункт 24) комментария к проекту статьи 5 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 111 («Вышеприведенный обзор правовых материалов, хотя и был в силу необходимости кратким, отражает преобладающую тенденцию в практике и доктрине по этому вопросу. Следует признать, что все указанные источники не имеют одинаковой правовой ценности. Однако обзор содержит указания на широкую и последовательную поддержку правил, содержащихся в статье 5»).

15. Однако в других случаях Комиссия делала вывод о том, что норма имеет поддержку в практике государств, не включая при этом в комментарии свидетельств проведения систематического обзора<sup>23</sup>.

## В. Практика государств

16. В своем определении норм международного обычного права Комиссия признала, что заметную роль играет практика государств<sup>24</sup>. В этом разделе дается обзор того, каким образом Комиссия характеризовала и оценивала практику государств, а также материалов, которые Комиссия использовала для анализа.

### 1. Данная Комиссией характеристика практики государств

#### Замечание 2

Единообразие практики государств рассматривалось Комиссией в качестве ключевого соображения при идентификации нормы международного обычного права.

17. В ряде случаев Комиссия установила, что наличие требуемое единообразие практики государств, позволяющее выявить норму международного обычного права<sup>25</sup>. И наоборот, в некоторых случаях отсутствие

<sup>23</sup> См., например, пункт 1) комментария к проекту статьи 22 по морскому праву, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 276 англ. текста (где просто говорится, что эти правила «отвечают господствующей практике государств», при этом более никаких аргументов не приводится); комментарий к проекту статьи 32 по морскому праву, там же, стр. 280 англ. текста (где делается вывод о том, что принцип иммунитета военных кораблей, «изложенный в пункте 1, общепризнан в международном праве», при этом данные обзоров не приводятся); и пункты 1) и 2) комментария к проекту статьи 16 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 103 англ. текста (где делается вывод о том, что «широко распространена практика, согласно которой штатным консулам принадлежит, в порядке старшинства, место перед консулами почетными», при этом в комментарии ссылок на источники нет). Следует отметить, однако, что в некоторых из этих случаев, где в комментариях Комиссии не приводится данных систематического обзора, сведения из такого обзора вполне могут содержаться в докладах Специального докладчика или исследованиях Секретариата.

<sup>24</sup> Однако следует отметить, что, как указала Комиссия, простое отсутствие практики не обязательно исключает существование права или правомочия в соответствии с общим международным обычным правом; см. пункт 2) комментария к проекту статьи 57 об ответственности международных организаций, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 114 («По сути дела, на практике не имеется примеров принятия контрмер непотерпевшими государствами или непотерпевшими организациями в отношении ответственной международной организации. С другой стороны, в контексте крайне ограниченного числа случаев, в которых контрмеры в отношении международной организации могли бы быть приняты непотерпевшими государствами или непотерпевшими международными организациями, отсутствие практики, касающейся контрмер, не может приводить к заключению о том, что контрмеры со стороны непотерпевших государств или непотерпевших международных организаций были бы неприемлемыми»).

<sup>25</sup> См. пункт 1) комментария к проекту статьи 9 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 99 англ. текста («В настоящее время практика государств, как она отражена в их внутренних законодательствах и в международных конвенциях, свидетельствует о достаточной мере единообразия, поскольку это касается четырех классов, перечисленных в статье 9, и это дает возможность сделать теперь классы глав консульских учреждений предметом кодификации»); и пункты 1)–2) комментария к проекту статьи 16 о консульских сношениях, там же, стр. 103 англ. текста («Поскольку у Комиссии имеются сведения, существуют, очевидно,

единообразие рассматривалось как обстоятельство, препятствующее существованию нормы международного обычного права<sup>26</sup>.

#### Замечание 3

Общность практики государств также рассматривалось Комиссией в качестве ключевого

некоторые единообразные обыкновения, попытка кодифицировать которые и делается в этой статье. Представляется, что широко распространена практика, согласно которой штатным консулам принадлежит, в порядке старшинства, место перед консулами почетными»). См. также пункты 8) и 23) комментария к руководящему положению 4.5.1 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 352 и 355–356 («Ничтожность недействительной оговорки никак не относится к *lex ferenda*; она прочно укоренилась в практике государств... Практика государств весьма обширна (и по сути однородна) и не ограничивается какой-то определенной группой государств»).

<sup>26</sup> См., например, пункт 4) комментария к проекту статьи 35 о специальных миссиях, *Ежегодник... 1967 год*, том II, стр. 363 англ. текста («Комиссия, однако, констатировала, что ввоз этих предметов потребления регулируется сложными таможенными правилами, которые различны в каждом государстве, и что, по-видимому, нет никаких общепризнанных правовых норм в этой области»); пункт 2) комментария к проекту статьи 17 о дипломатических сношениях и дипломатическом иммунитете, *Ежегодник... 1958 год*, том II, стр. 94 англ. текста («Обычаи в различных странах различны... Строго определенного правила установить нельзя»); пункт 2) комментария к проекту статьи 36 о дипломатических сношениях и дипломатическом иммунитете, там же, стр. 101 англ. текста («Согласно общей практике, членом дипломатического персонала представительства представляются те же привилегии и иммунитет, которыми пользуются главы представительства, и никто не оспаривает, что это – нормы международного права. Однако за этими пределами в практике государств неодинаково разрешается вопрос о том, какие сотрудники представительства должны пользоваться привилегиями и иммунитетом... При таком положении вещей нельзя утверждать, что по этому предмету имеется какая-либо норма международного права, кроме уже упомянутой»); пункт 3) комментарий к проекту статьи 3, пункт 1, по морскому праву, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 265 англ. текста («Комиссия находит, что, поскольку речь идет о пределах территориального моря, в международной практике нет единообразия»); пункт 2) комментария к проекту статьи 4 по морскому праву, там же, стр. 267 англ. текста («Традиционное выражение "отметка наибольшего отлива" может иметь разное значение; нет единого стандарта, при помощи которого государства в своей практике определяли бы эту отметку»); пункт 18) комментария к проекту статьи 14 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник... 1981 год*, том II (часть вторая), стр. 48 («Практика государств, касающаяся денег, не является единообразной, хотя существует твердый принцип, согласно которому привилегия эмиссии принадлежит государству-преемнику...»); пункты 8)–9) комментария к проекту статьи 11 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 101 англ. текста (где говорится, что «универсально признанное» право принимающего государства отклонять экзекватуру имплицитно признано в этой статье, однако отмечается, что «ввиду разнообразной противоречивой практики государств невозможно сказать, что существует норма, требующая, чтобы государства приводили мотивы для своих решений в подобном случае»); пункт 1) комментария к проекту статьи 27 о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 52 («В этой связи Комиссия решила, что в практике государств в этой области нет достаточного единообразия и сближения, из которых можно было бы вывести существование в действующем праве нормы общего международного права, предусматривающей приостанавливающее действие обжалования решения о высылке»); и пункт 1) комментария к проекту статьи 29 о высылке иностранцев, там же, стр. 54 («Хотя признание такого права – при разных условиях – можно было бы обнаружить в законодательстве нескольких государств, а также на международном уровне, практика, по-видимому, не демонстрирует достаточного сближения, чтобы можно было утверждать о наличии в позитивном праве права на возвращение как личного права незаконно высланного иностранца»).

соображения при идентификации нормы международного обычного права.

18. В ряде случаев Комиссия обнаруживала, что налицо общность практики государств, позволяющая выявить норму международного обычного права<sup>27</sup>. И наоборот, отсутствие общности практики государств рассматривалось как обстоятельство, исключающее существование нормы международного обычного права<sup>28</sup>. Однако в некоторых обстоятельствах в отношении выявления норм, регулирующих ситуации, возникающие в ограниченном числе случаев, например в правовом регулировании правопреимства государств, Комиссия твердо полагалась на практику государств для выявления или формулирования в таких случаях общей нормы<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> См., например, пункт 1) комментария к проекту статьи 3 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 94 англ. текста («Норма, излагаемая в этой статье, отвечает общей практике, согласно которой дипломатические представительства выполняют консульские функции»); пункт 1) комментария к проекту статьи 49 о консульских сношениях, там же, стр. 121 англ. текста (где говорится, что доказательство «очень распространенной практики... является доказательством относящегося к данной сфере международного обычая...»); пункты 8) и 23) комментария к руководящему положению 4.5.1 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 352 и 355–356 («Ничтожность недействительной говорки никак не относится к *lex ferenda*; она прочно укоренилась в практике государств... Практика государств весьма обширна (и по сути однородна) и не ограничивается какой-то определенной группой государств»); пункт 1) комментария к проекту статьи 32 о дипломатических сношениях и дипломатическом иммунитете, *Ежегодник... 1958 год*, том II, стр. 100 англ. текста («Во всех странах дипломатические агенты освобождаются от некоторых пошлин и налогов, и, хотя объем этого изъятия в различных странах различен, существование такого изъятия может, с известными исключениями, считаться нормой международного права»); пункт 1) комментария к проекту статьи 22 по морскому праву, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 276 англ. текста («Она нашла, что эти правила отвечают господствующей практике государств, и поэтому соответствующим образом изложила статью 22»); и пункт 105) комментария к принципу IV Принципов международного права, признанных Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в решении этого Трибунала, *Ежегодник... 1950 год*, том II, документ A/1316, стр. 375 англ. текста (где говорится, что принцип «можно обнаружить с различной степенью определенности в уголовном праве большинства государств»).

<sup>28</sup> См. пункты 3) и 6) комментария к проекту статьи 54 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 168 и 170 («Практика по этому вопросу носит ограниченный и достаточно зачаточный характер... Как следует из приведенного обзора, в настоящее время в международном праве отсутствует ясность в отношении контрмер, принимаемых в общих или коллективных интересах. Государственная практика на этот счет скудна и фрагментарна и касается ограниченного числа государств»); пункт 13) комментария к проекту статьи 16 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 61 (где говорится, что практика систем общего права не может рассматриваться как «универсально применимая»); пункт 4) комментария к руководящему положению 2.6.10 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 191 («Практика государств в вопросе подтверждения возражений является нечастой и неустоявшейся»).

<sup>29</sup> См. пункт 18) комментария к проекту статьи 9 о правопреимстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 233 (где определяется норма общего применения на основе практики некоторых новых независимых государств); и пункт 26) комментария к проекту статьи 32 о правопреимстве государств в отношении договоров, там же, стр. 317 (где для формулирования общей нормы используется ограниченная практика нескольких объединившихся государств); см. также пункты 4)–6) комментария к проекту статьи 5 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 28–29 (где для подтверждения

19. В других случаях Комиссия сочла, что своеобразие в поведении государств или в каком-то конкретном обстоятельстве снижает их доказательную ценность для цели идентификации нормы международного обычного права<sup>30</sup>.

#### Замечание 4

Комиссия употребляет различную терминологию при определении того, удовлетворяет ли практика государств требованиям в отношении наличия единообразия или общности.

20. В качестве таких терминов использовались «единообразие» или «единообразная практика»<sup>31</sup>, «общая практика»<sup>32</sup>, «широко распространенная практика»<sup>33</sup>,

«существующей нормы международного права» используется ограниченная практика международных трибуналов); и пункты 1)–3) комментария к проекту статьи 6 проекта кодекса преступлений, там же, стр. 29–30 (где для подтверждения принципа используется ограниченная национальная и международная судебная практика).

<sup>30</sup> См. пункт 7) комментария к проекту статьи 21 о правопреимстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 282 («Однако положение бывших британских доминионов было совершенно необычным, что было обусловлено как обстоятельствами получения ими независимости, так и их особым отношением к британской короне в рассматриваемый период. Таким образом, на основании этих случаев нельзя сделать общий вывод...»); пункт 7) комментария к проекту статьи 29 о правопреимстве государств в отношении договоров, там же, стр. 306 (где говорится, что обстоятельства образования федерации были «довольно своеобразными» и поэтому «этот случай не считается полезным прецедентом, на основании которого можно сделать какие-либо общие выводы»); пункт 11) комментария к проекту статьи 34 о правопреимстве государств в отношении договоров, там же, стр. 322 («Факты относительно распада этой недолго существовавшей федерации считаются слишком частными для того, чтобы образовать прецедент, из которого можно было вывести какое-либо общее правило»); пункт 4) комментария к проекту статьи 8 о правопреимстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник... 1981 год*, том II (часть вторая), стр. 29 (где говорится, что «нельзя вывести какие-либо универсальные критерии» из, в частности, «двух резолюций Генеральной Ассамблеи, принятых в порядке осуществления договора и касающихся лишь особых ситуаций»); и пункт 13) комментария к проекту статьи 13 о правопреимстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, там же, стр. 39 (где говорится, что будут опущены два типа случаев как «недостаточно показательные», поскольку применение в них общего принципа объясняется «другими причинами особого и специфического характера»).

<sup>31</sup> См. пункт 1) комментария к проекту статьи 9 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 99 англ. текста (где говорится о «степени единообразия» в практике государств); пункт 2) комментария к проекту статьи 36 о дипломатических сношениях и дипломатическом иммунитете, *Ежегодник... 1958 год*, том II, стр. 101 англ. текста («Однако помимо этого никакого единообразия в практике государств не наблюдается...»); пункт 2) комментария к проекту статьи 3 по морскому праву, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 265 англ. текста («...международная практика не была единообразной...»); и пункт 7) комментария к проекту статьи 3 по морскому праву, там же, стр. 266 англ. текста («...международная практика была далеко не единообразной»).

<sup>32</sup> См. пункт 1) комментария к проекту статьи 3 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 94 англ. текста; пункт 6) комментария к проекту статьи 22 о правопреимстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 286; и пункт 2) комментария к проекту статьи 52 о праве договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 250 англ. текста.

<sup>33</sup> См. пункт 1) комментария к проекту статьи 49, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 121 англ. текста; пункт 2) комментария к проекту статьи 16, там же, стр. 103 англ. текста; и пункт 2) комментария к проекту статьи 41 о консульских сношениях, там же, стр. 115 англ. текста.

правило, которое «в значительной мере соблюдается на практике»<sup>34</sup>, «укоренившаяся и общая практика»<sup>35</sup>, «четко установившаяся практика»<sup>36</sup>, «четко установленная» практика<sup>37</sup>, «прочно укоренившаяся» практика<sup>38</sup>, «устоявшаяся практика»<sup>39</sup>, «установившаяся практика»<sup>40</sup>, «преобладающая практика государств»<sup>41</sup> или «вес доказательств практики государств»<sup>42</sup>.

#### Замечание 5

Если в международной практике присутствовала какая-то объединяющая линия или тема<sup>43</sup>, то Комиссия часто не обращала внимания на некоторые расхождения в практике при идентификации нормы международного обычного права<sup>44</sup>.

21. Например, в комментарии к проекту статьи 34 о правопреемстве государств в отношении договоров Комиссия сделала вывод о том, что,

хотя может иметься некоторое расхождение в практике государств, тем не менее эта практика является достаточно постоянной, чтобы обосновать формулирование правовой нормы, которая, при

<sup>34</sup> См. пункт 2) комментария к руководящему положению 2.3 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 130.

<sup>35</sup> См. пункт 1) комментария к проекту статьи 8 о представительстве государств в их отношениях с международными организациями, *Ежегодник... 1971 год*, том II (часть первая), стр. 348–349.

<sup>36</sup> См., например, пункт 3) комментария к руководящему положению 1.8 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 102; пункт 12) комментария к руководящему положению 3.1.5.3 об оговорках к международным договорам, там же, стр. 262; и пункт 4) комментария к проекту статьи 50 о представительстве государств в их отношениях с международными организациями, *Ежегодник... 1971 год*, том II (часть первая), стр. 378 («установленная практика»).

<sup>37</sup> См. пункт 12) комментария к проекту статьи 13 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник... 1981 год*, том II (часть вторая), стр. 38.

<sup>38</sup> См. пункт 8) комментария к руководящему положению 4.5.1 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 352.

<sup>39</sup> См. пункт 1) комментария к проекту статьи 21 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 71.

<sup>40</sup> См. пункт 8) комментария к проекту статьи 19 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 64 («Хотя в законодательстве, судебных решениях и доктрине имеются определенные элементы в пользу ограничения... это, вероятно, не стало установившейся практикой»).

<sup>41</sup> См. пункт 1) комментария к проекту статьи 22 по морскому праву, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 276 англ. текста.

<sup>42</sup> См. пункт 17) комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 244 (где говорится о «значении практики государств» в поддержку того, что на договоры об установлении границы не распространяется правовая норма о коренном изменении обстоятельств).

<sup>43</sup> См. пункт 11) комментария к проекту статьи 5 о несудоходных видах использования международных водотоков, *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 108, где говорится, что, хотя язык и подходы, используемые в международных соглашениях, значительно различаются, что отражает доктрину справедливого использования (которую Комиссия назвала «общей нормой права»), «объединяющим их элементом» является признание прав сторон на использование и получение выгод в отношении международного водотока или водотоков, которые равны в принципе и соотносительны в своем применении».

<sup>44</sup> По поводу общего подхода Комиссии к требованию в отношении единообразия практики государств см. замечание 2 выше.

необходимых условиях, обеспечит то положение, что договоры, действующие на дату распада, должны оставаться в силе *ipso jure* в отношении каждого государства, возникающего в результате распада<sup>45</sup>.

22. Аналогичным образом в комментарии к проекту статьи 32 о дипломатических отношениях и дипломатическом иммунитете Комиссия отметила, что, «хотя степень освобождения [от определенных сборов и налогов] в разных странах разная, ее можно рассматривать в качестве нормы международного права о том, что такие исключения существуют при определенных изъятиях»<sup>46</sup>.

#### Замечание 6

Последовательность практики государств в течение определенного периода времени иногда отмечалась Комиссией в качестве значимого – хотя и не обязательно решающего – соображения в вопросе формирования или доказательств существования международного обычного права<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Пункт 25) комментария к проекту статьи 34 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 328.

<sup>46</sup> Пункт 1) комментария к проекту статьи 32 о дипломатических сношениях и дипломатическом иммунитете, *Ежегодник... 1958 год*, том II, стр. 100 англ. текста. См. также пункт 3) комментария к статье 29 по морскому праву, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 279 англ. текста («В различных государствах существует слишком различная практика, чтобы ее можно было регулировать с помощью тех немногих критериев, которые были приняты Комиссией... Поэтому Комиссия нашла, что лучше всего ей ограничиться изложением того руководящего принципа, что для общего признания дарованной национальностью необходима подлинная связь между судном и тем государством, которое разрешает этому судну плавать под своим флагом... Большинство членов Комиссии предпочло указать неясный критерий, чем не указывать никакого»); пункт 8) комментария к проекту статьи 30 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 109–110 англ. текста (где подтверждается принцип неприкосновенности консульских помещений, при этом отмечается его признание во многих консульских конвенциях, несмотря на «некоторые известные исключения из принципа неприкосновенности», предусмотренные в некоторых конвенциях); пункт 3) комментария к проекту статьи 13 о праве договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 201 англ. текста (где говорится, что дело *Right of Passage* может свидетельствовать о «возможности возникновения трудных проблем при особых обстоятельствах согласно этому правилу», однако что «существующие правила, по-видимому, являются вполне обоснованными»); и пункты 2)–3) комментария к проекту статьи 11 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 41–42 («Несмотря на широкое разнообразие процессуальных норм и правил доказывания, регулирующих судопроизводство в различных судебных органах, любой суд или трибунал должен руководствоваться минимальными нормами надлежащего судопроизводства»).

<sup>47</sup> См., например, пункт 18) комментария к проекту статьи 5 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 98 англ. текста («В пункте *j*) подтверждается давно установившаяся практика, согласно которой консулы обеспечивают вручение соответствующим лицам»); пункты 4) и 6) комментария к проекту статьи 5 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 28–29 (где определяется, что в данной статье подтверждаются «существующие нормы международного права», и указывается, что «возможность защитительных ссылок на приказы вышестоящих должностных лиц неизменно исключалась в соответствующих правовых документах, принятых со времени принятия Устава Нюрнбергского трибунала»); пункт 4) комментария к проекту статьи 7 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, там же, стр. 32 («Должностное положение лица отвергается в качестве возможного исключющего вину обстоятельства в связи с преступлениями по международному праву в соответствующих правовых актах, принятых после Устава Нюрнбергского трибунала...»); и пункт 26) комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (который Комиссия в своем

## 2. МАТЕРИАЛЫ, НА КОТОРЫЕ ПОЛАГАЛАСЬ КОМИССИЯ ПРИ ОЦЕНКЕ ПРАКТИКИ ГОСУДАРСТВ

### Замечание 7

При оценке практики государств для цели идентификации нормы международного обычного права Комиссия полагалась на самые разнообразные материалы.

23. Насколько можно судить, Комиссия в своей работе следовала подходу, который первоначально был предусмотрен в ее докладе 1950 года Генеральной Ассамблее относительно путей и средств, делающих более доступными свидетельства из области обычного международного права<sup>48</sup>. Примерный перечень материалов, на который Комиссия полагается как на элементы практики государств, включает внутреннее право<sup>49</sup>,

комментарии к соответствующей статье 5 окончательного варианта проектов статей по данной теме назвала «по-прежнему в общем применимым», см. *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 24–25); *Ежегодник... 1980 год*, том II (часть вторая), стр. 150 («...следует отметить, что норма иммунитета государств, которая была сформулирована в начале XIX века и получила широкое распространение в странах общего права, а также в большом числе стран гражданского права в Европе в этом столетии, была позднее принята в качестве общей нормы обычного международного права на прочной и неоспоримой основе в текущей практике государств. Таким образом, норма иммунитета государств по-прежнему применяется в меньшей или в большей степени в практике стран, уже рассмотренных в связи с прецедентным правом в XIX веке... [Она], по всей видимости, постоянно применяется в других странах»). См. также противоположное мнение в пункте 3) комментария к проекту статьи 54 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 168 («Практика по этому вопросу носит ограниченный и достаточно зачаточный характер»).

<sup>48</sup> См. *Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 368 англ. текста, пункт 31 («Сведения о практике, которой придерживаются государства, можно найти в самых разнообразных материалах. Имеющиеся в статье 24 Положения о Комиссии указание на "документы, определяющие установившуюся практику государств" (documents établissant la pratique des Etats) не дает еще критерия, чтобы судить о характере таких "документов". Вряд ли нужно перечислять все многочисленные категории материалов, в которых раскрывается практика государств в связи с каждой из многих проблем, возникающих в международных отношениях»). В этом докладе Комиссия представила следующий примерный перечень видов материалов, которые могут иметь отношение к свидетельствам международного обычного права: а) тексты международных актов; б) решения международных судов; в) решения национальных судов; д) национальное законодательство; е) дипломатическая корреспонденция; ф) заключения национальных юрисконсультов; и г) практика международных организаций (там же, стр. 368–372 англ. текста, пункты 33–78). В частности, Комиссия указала, что термин «национальное законодательство» «употреблен в широком смысле; он охватывает конституции различных государств, постановления их законодательных органов, а также распоряжения и декларации, издаваемые органами исполнительной и административной власти. Он включает все формы нормоустановительных актов, издаваемых публичной властью» (там же, стр. 370 англ. текста, пункт 60, в подразделе «национальное законодательство»). Кроме того, Комиссия отметила, что «решения национальных судов любого государства ценны как доказательство применения данным государством известной практики, даже если они не могут ни в каком другом смысле служить материалами, свидетельствующими о существовании обычного международного права» (там же, пункт 54). Однако Комиссия решила не давать «сравнительную оценку решений национальных судов и прочих материалов, свидетельствующих о существовании обычного международного права» (там же).

<sup>49</sup> См., например, пункт 19) комментария к проекту статьи 10 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 44 (где говорится об обзоре национального законодательства); пункт 8) комментария к статье 19 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 64 («Хотя в законодательстве, судебных решениях и доктрине имеются определенные элементы в пользу ограничений... это, вероятно, не стало установившейся

решения национальных судов<sup>50</sup>, практику исполнительных органов<sup>51</sup>, дипломатическую практику<sup>52</sup> и договорную практику<sup>53</sup>).

практикой»); пункт 13) и сноски 164 комментария к проекту статьи 16 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 61 (где указывается, что нормы поддерживаются практикой государств, включая законодательную практику); и пункты 40)–48) комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (см. сноску 47 выше), *Ежегодник... 1980 год*, том II (часть вторая), стр. 154–155 (где говорится, что «национальное законодательство представляет собой важный элемент в общей концепции практики государств», и проводится обзор соответствующих национальных законов).

<sup>50</sup> См. пункты 13)–18) комментария к проекту статьи 10 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 40–44 (обзор национальной судебной практики); пункт 13) и сноски 164 комментария к проекту статьи 16 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, там же, стр. 61 (где говорится, что эти нормы поддерживаются практикой государств, включая судебную практику); пункт 7) комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (см. сноску 47 выше), *Ежегодник... 1980 год*, том II (часть вторая), стр. 145 («Общая норма международного права, касающаяся иммунитета государств, развилась в основном из судебной практики государств. Рост и последовательная разработка ряда обычных норм, регулирующих отношения между странами в этой конкретной связи, происходили в основном благодаря муниципальным судам»); и пункт 3) комментария к проекту статьи 59 о праве договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 257 англ. текста (где говорится о практике национальных судов).

<sup>51</sup> См. пункт 39) комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (см. сноску 47 выше), *Ежегодник... 1980 год*, том II (часть вторая), стр. 154 («Мнения правительства, выражаемые через его политический орган, весьма актуальны и указывают на общие тенденции в практике государств... Вмешательство со стороны правительства может оказаться решающим в осуществлении желательных изменений в области права путем убедительного утверждения своих позиций и через посредство законодательства или путем принятия правительством принципов, содержащихся в международной конвенции. И наоборот, правительство, очевидно, несет ответственность за свое решение утвердить требование об иммунитете государств в отношении самого себя и своей собственности, или согласиться на осуществление юрисдикции судом другого государства, или в данном случае отказаться от своего иммунитета суверена»); и пункт 13) комментария к проекту статьи 16 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 61 (где говорится, что закрепленные в этой статье нормы имеют поддержку в практике государств, включая практику правительства).

<sup>52</sup> См. пункты 14)–17) комментария к проекту статьи 8 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 223–225 (где рассматриваются дипломатические позиции, дипломатические обмены и практика государств для установления того, существует ли общая норма), и пункты 11)–17) комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, там же, стр. 241–244 (где анализируются дипломатические обмены и позиции в пограничных спорах в качестве доказательства практики государств по вопросу о том, затрагивается ли урегулирование пограничных споров правопреемством государств). См. также *Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 371 англ. текста, пункт 71 («Дипломатическая корреспонденция между правительствами представляет собой обильный материал, который может свидетельствовать о существовании обычного международного права»).

<sup>53</sup> См. пункты 20)–21) комментария к проекту статьи 10 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 44–45 (где указывается, что «расширение такой практики двусторонних договоров может в целом стать свидетельством наличия общей практики государств в поддержку» отдельных ограничений иммунитета государств); пункты 14)–18) комментария к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 259–260 (где говорится, что соглашение о передаче прав и обязательств представляет собой доказательство практики государств для целей установления наличия общей нормы);

24. Кроме того, Комиссия полагалась на другие материалы в качестве вторичных источников информации в отношении практики государств. К числу этих материалов относились, в частности, комментарии правительств<sup>54</sup>, публикации международных организаций<sup>55</sup> и неправительственных организаций<sup>56</sup>, постановления исполнительных органов<sup>57</sup> и международные судебные решения и работы юристов<sup>58</sup>.

(продолжение сноски 53)

пункт 1) комментария к проекту статьи 15 и пункт 5) комментария к проекту статьи 19 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 103 и 105 англ. текста (где приводятся консульские конвенции в качестве доказательства практики государств); и пункты 1) и 3) комментария к проекту статьи 28 о консульских сношениях, там же, стр. 108 англ. текста (где указывается, что эта норма подтверждается многочисленными консульскими конвенциями).

<sup>54</sup> Комиссия и ее специальные докладчики неизменно полагаются на комментарии, получаемые от правительств в качестве одного из основных источников информации о практике государств. Свидетельства такого использования можно обнаружить в ряде комментариев; см., например, пункт 1) комментария к проекту статьи 56 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 124 английского текста («Изучение консульских уставов показывает, а отзывы правительств подтверждают, что некоторые государства разрешают своим штатным консульским должностным лицам иметь частные доходные занятия... Именно в свете этой практики Комиссия... приняла эту статью»); и пункт 5) комментария к проекту статьи 7 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 28 («Явное указание на отсутствие согласия в качестве условия sine qua non для применения государственного иммунитета вытекает из практики государств. В некоторых ответах на вопросник, распространенный среди государств-членов, четко прослеживается эта взаимосвязь между отсутствием согласия и допустимым осуществлением юрисдикции»).

<sup>55</sup> См., например, пункт 1) комментария к проекту статьи 23 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 95 (где приводится исследование практики государств относительно непреодолимой силы, подготовленное Секретариатом); пункт 16) комментария к проекту статьи 10 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 41–42 (где приводится государственная практика Египта, заимствованная из издания Организации Объединенных Наций); пункт 27) комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 242 (где приводится соглашение об использовании вод реки Нил 1929 года и другие двусторонние соглашения, воспроизводимые в одном из изданий Организации Объединенных Наций); и пункт 4) комментария к проекту статьи 19 о правопреемстве государств в отношении договоров, там же, стр. 272 (где приводится издание Организации Объединенных Наций в поддержку предложения в отношении практики государств-преемников).

<sup>56</sup> См., например, пункты 10) и 12) комментария к проекту статьи 9 о правопреемстве государств в отношении договоров (где приводятся материалы Ассоциации международного права); пункт 7) комментария к проекту статьи 23 и сноски 392 к нему (где приводится доклад Ассоциации международного права) и пункт 17) комментария к проектам статей 30 и 31 (где приводится доклад Нигерийского института международных отношений), *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 231, 290 и 314 соответственно.

<sup>57</sup> См., например, пункт 2) комментария к проекту статьи 24 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 93 (где приводится обмен дипломатической корреспонденцией, заимствованный из одной из публикаций правительства Соединенных Штатов Америки); пункт 3) комментария к проекту статьи 32 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, там же, стр. 113 (где приводится практика государств, заимствованная из *British and Foreign State Papers*, 1919, vol. 112); и пункт 4) комментария к проекту статьи 14 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 253–254 (где упоминается практика государств, заимствованная из издания правительства Соединенного Королевства).

<sup>58</sup> См. раздел E ниже.

25. Комиссия также отметила трудности в находжении и оценке соответствующих примеров практики государств в отношении конкретного юридического вопроса<sup>59</sup>.

### С. Так называемый субъективный элемент (opinio juris sive necessitatis)

26. В дополнение к практике государств Комиссия нередко ссылается в своей работе на то, что часто определяют как субъективный элемент международного обычного права<sup>60</sup>. В настоящем разделе приводится обзор того, каким образом этот элемент характеризовался и оценивался Комиссией, а также материалов, которыми Комиссия пользовалась в своем анализе.

#### 1. ДАННАЯ КОМИССИЕЙ ХАРАКТЕРИСТИКА СУБЪЕКТИВНОГО ЭЛЕМЕНТА

##### Замечание 8

Комиссия часто характеризует субъективный элемент как ощущение государств в отношении существования или несуществования обязательной нормы<sup>61</sup>. Хотя во многих случаях Комиссия прямо

<sup>59</sup> См. пункт 4) комментария к приложению к проекту статей о последствиях вооруженных конфликтов для договоров (относительно ориентировочного перечня договоров, предмет которых предполагает продолжение их действия, в полном объеме или частично, в ходе вооруженного конфликта), *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 142 («Вероятность поступления значительного объема информации, содержащей сведения о практике государств, от самих государств является незначительной. Кроме того, выявление соответствующей практики государств в этой сфере является необычно сложной задачей»).

<sup>60</sup> См., например, пункт 8) комментария к руководящему положению 2.2.1 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 126 (где говорится об использовании практики государств и opinio necessitatis juris в поддержку нормы о том, что оговорки, сформулированные в момент подписания, должны быть подтверждены при выражении согласия на обязательность договора); и пункт 18) комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 об юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (см. сноску 47 выше); *Ежегодник... 1980 год*, том II (часть вторая), стр. 147 (где говорится о opinio juris, лежащем в основе практики государств по юрисдикционным иммунитетам).

<sup>61</sup> Фразу «существование или несуществование обязательной нормы» следует читать при том понимании, что нормы международного обычного права могут быть как разрешительными (признающими права или дискрецию государств), так и ограничительными (возлагающими обязательства на государства). К числу примеров прямой ссылки Комиссии на разрешительную норму относится комментарий к проекту статьи 67 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 127 англ. текста (норма, согласно которой каждое государство свободно принимает решение о том, будет ли оно назначать или принимать почетных консулов); пункт 11) комментария к проекту статьи 7 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 30–31 («Обычным международным правом или международным обыкновением признается возможность осуществления юрисдикции судом в отношении другого государства, которое выразило согласие в недвусмысленной форме, однако фактическое осуществление такой юрисдикции определяется исключительно усмотрением или полномочиями суда, который может потребовать применения более строгой нормы в отношении выражения согласия»); пункты 7) и 12)–17) комментария к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 258–260 (свидетельство практики государств поддерживает традиционное мнение о том, что новое независимое государство не несет общего обязательства принимать договоры своего предшественника; см., в частности, в конце пункта 12): «В данном

опиралась на обязательный характер нормы<sup>62</sup>, в отдельных случаях она ссылалась на признание государствами необходимости в норме<sup>63</sup>.

#### Замечание 9

Позиция государств в отношении возможной нормы международного обычного права часто характеризовалась Комиссией как «общее признание» или «общее принятие» такой нормы. Однако Комиссия также использовала и другие формулировки, например «убежденность» или «взгляды» государств в отношении существования или содержания конкретной нормы.

27. В своей работе Комиссия в ряде случаев отмечала так называемый субъективный элемент международного обычного права, указывая, что то или иное правило является «обще (или широко) признанным»<sup>64</sup> или «общепринятым»<sup>65</sup>. Рассматривая понятие

случае понятие правопреимства, очевидно, проявилось в признании права нового государства стать участником конвенций без обязательства с его стороны сделать это»).

<sup>62</sup> См. пункты 3)–5) и 9) комментария к проектам статей 27 («Общее правило толкования») и 28 («Дополнительные средства толкования») о праве договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 218–220 англ. текста, в частности пункт 4) («применение многих из этих принципов, скорее, произвольно, чем обязательно») и пункт 9) («...однако все эти элементы имеют обязательный юридический характер»); и пункт 8) комментария к проекту статьи 19 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 64 («Равным образом не имеется никакого обязательства\* со стороны государства ограничивать свою свободу распоряжения суммами присужденной компенсации»).

<sup>63</sup> См., например, пункт 6) комментария к проекту статьи 59 о праве договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 258 англ. текста («Доказательства признания доктрины [rebus sic stantibus] в международном праве настолько серьезны, что служат, очевидно, свидетельством осознания необходимости существования в праве договоров такого способа защиты»); и пункт 9) комментария к проекту статьи 20 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 132.

<sup>64</sup> См., например, пункт 1) комментария к проекту статьи 30 о праве договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 226 англ. текста (где говорится о существовании «многочисленных доказательств признания этой нормы в государственной практике и в решениях международных судов, а также в работах юристов»); пункт 4) комментария к проекту статьи 39 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 133 («Возможность учета фактора усугубления ущерба потерпевшим государством при определении размера соответствующего возмещения широко признается в литературе и в государственной практике»); пункт 2) общего комментария по контрмерам, там же, стр. 156 («Как правительства, так и международные суды в своих решениях признают, что контрмеры при определенных обстоятельствах являются обоснованными»); и пункт 2) комментария к проекту статьи 51, там же, стр. 164 («Пропорциональность является прочно закрепившимся требованием в отношении принятия контрмер; она широко признана в государственной практике, теории и правовых системах»).

<sup>65</sup> См., например, пункт 1) комментария к проекту статьи 15 о праве договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 202 англ. текста (обязательство... «общепринято»); пункт 3) комментария к проекту статьи 1 о преследовании и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, пользующихся международной защитой, *Ежегодник... 1972 год*, том II, стр. 386 (где говорится, что распространение на членов правительства в любое время и в любых обстоятельствах специальной защиты при пребывании в иностранном государстве «не основано на какой-либо широко распространенной норме международного права...»); пункт 35) комментария к проекту статьи 12 о правопреимстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*,

«общего принятия», Комиссия пояснила свое понимание динамики возникновения требований и принятия, приведшей к появлению конкретной нормы международного обычного права<sup>66</sup>. В некоторых случаях Комиссия ссылалась на субъективный элемент, употребляя иную терминологию, такую как «убедительные свидетельства»<sup>67</sup> или «взгляды»<sup>68</sup> государств в отношении существования или содержания какой-либо нормы.

#### Замечание 10

Комиссия в некоторых случаях проводила разграничение между субъективным элементом нормы международного обычного права и другими соображениями, которые могут мотивировать поведение или позиции государств.

28. В частности, Комиссия в ряде случаев обнаруживала, что поведение или позиции государств были мотивированы соображениями, иными, чем признание или принятие какой-либо правовой нормы или убежденность в ее существовании. К числу таких других соображений, указанных Комиссией, относились

том II (часть первая), стр. 250 («общее признание» – наряду с «убедительным свидетельством распространения»); и пункт 28) комментария к руководящему положению 4.5.1 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 357 («широкое признание» со стороны государств, судов, договорных органов в отношении нормы, гласящей, что недействительные оговорки не порождают правовых последствий).

<sup>66</sup> См. пункт 2) комментария к руководящему принципу 9, применимому к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств, *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 201: «Заявление Трумэна 1945 года, с помощью которого Соединенные Штаты намеревались навязать обязательства другим государствам или, по крайней мере, ограничить их права на американский континентальный шельф, строго говоря, не было принято другими государствами. В то же время, как отметил Суд, этот "режим [континентального шельфа] является примером правовой теории, проистекающей из особого решения, получившего всеобщее признание" [*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, I.C.J. Reports 1969, p. 53, para. 100]. И действительно, другие государства ответили на заявление Трумэна аналогичными требованиями и заявлениями [См. случай Мексики, *Ежегодник... 2005 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/557, стр. 163, пункт 132], и вскоре содержание этого заявления было воспроизведено в статье 2 Женевской конвенции о континентальном шельфе 1958 года. Таким образом, оно в какой-то степени получило всеобщее признание и явилось отправной точкой формирования обычая, что за весьма короткий период времени привело к появлению новой нормы международного права. Международный Суд в этой связи отметил: "Однако заявление Трумэна вскоре стало рассматриваться как отправная точка в позитивном праве по этому вопросу, и главная доктрина, которая в нем провозглашалась... приобрела приоритетное положение относительно всех других доктрин и получила отражение в статье 2 Женевской конвенции 1958 года о континентальном шельфе" [*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, I.C.J. Reports 1969, para. 47].»

<sup>67</sup> См. пункт 35) комментария к проекту статьи 12 о правопреимстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 250 (где говорится об «убедительном свидетельстве распространенного мнения» наряду с «общим согласием»).

<sup>68</sup> См. пункт 4) комментария к проекту статьи 59 о праве договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 257 англ. текста («Наиболее ясные указания на отношение государств к этому принципу [rebus sic stantibus] можно, пожалуй, найти в заявлениях, представленных Суду»).

международная вежливость<sup>69</sup>, политическая целесообразность, воля или компромисс<sup>70</sup>, меры предосторожности<sup>71</sup>, выражение намерения<sup>72</sup> и чаяния или пожелания<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> См. пункт 1) комментария к Части II проекта статей о специальных миссиях, *Ежегодник... 1967 год*, том II, стр. 358 англ. текста («Перед Второй мировой войной в теории и на практике поднимался вопрос о том, имеют ли преимущества, привилегии и иммунитеты специальных миссий правовую основу или они предоставляются просто в силу международной вежливости\*». После войны одержал верх тезис о *правовой основе\**. В настоящее время в общем праве признается, что государства обязаны признавать за специальными миссиями и их членами указанные преимущества, привилегии и иммунитеты»). См. также пункт 2) комментария к приложениям к проектам статей о представительстве государств в их отношениях с международными организациями («вопрос международной вежливости»; *Ежегодник... 1971 год*, том II (часть первая), стр. 483).

<sup>70</sup> См. пункты 1), 8), 9) и 20) комментария к проекту статьи 25 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник... 1981 год*, том II (часть вторая), стр. 64–66 и 70–71 (особенно «1») ... не справедливые решения, а политические решения, отражающие соотношение сил между победителями и побежденными», стр. 64; и «8») ... решения ... основаны на определенном «соотношении сил», стр. 66); пункт 36) комментария к проекту статьи 35, там же, стр. 108 (роль в этом сыграли «политические соображения или соображения практического характера»; «...можно с уверенностью полагать, что это далеко не тот случай, когда государства свободно выражают свое согласие или склонны исходить из требований законности, справедливости или даже права»); и пункт 63) комментария к проекту статьи 36 по той же теме, там же, стр. 124 («В практике государств встречаются противоречивые принципы, решения, основанные на компромиссах без явного признания каких-либо принципов»); и пункты 4)–15) комментария к проекту статьи 23 о правопреемстве государств в отношении договоров, особенно пункты 8), 12) и 15), *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 290–293 (случаи правопреемства в отношении двусторонних договоров, которые Комиссия рассматривала как носящие «по существу добровольный характер» [пункт 12]); Комиссия не считала, что преемственность договоров вытекает «скорее из нормы обычного права, чем из желания заинтересованных государств» [пункт 8]). В то же время см. пункты 17)–18) комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (см. сноску 47 выше), где говорится, что согласие не подрывает обычные нормы, которые подтверждаются обыкновением и *opinio juris* («Принцип иммунитета государства, который позднее получил широкое признание в практике государств, был четко изложен главным судьей Маршалом: "Это согласие может в некоторых случаях подвергаться проверке обыкновением или общим мнением, прорастающим из этого обыкновения"... В этой классической формулировке нормы иммунитета государств *предоставление юрисдикционного иммунитета основывалось на согласии принимающего государства, проверялось обыкновением и подтверждалось opinio juris, лежащим в основе этого обыкновения\**». *Ежегодник... 1980 год*, том II (часть вторая), стр. 147–148, пункты 17–18).

<sup>71</sup> См. пункт 4) комментария к руководящему положению 2.6.10 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 191 (где говорится, что подтверждение возражений в таких случаях в практике государств есть меры «предосторожности, в отношении которых ничто не указывает на то, что они продиктованы чувством убежденности в правоте (opinio juris)»).

<sup>72</sup> См. пункт 7) комментария к проекту статьи 30 об оговорках о наиболее благоприятствуемой нации, *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 90–91 («Хотя все эти факторы могут свидетельствовать о том, что среди государств может наблюдаться тенденция содействовать развитию торговли между развивающимися странами через посредство "дифференцированного режима", вывод, сделанный Комиссией, заключается в том, что эта тенденция еще не приняла определенной формы, чтобы она могла быть предусмотрена в четкой правовой норме, которая могла бы быть включена в число общих норм, связанных с действием и применением клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации. *Все тексты, частично приводимые выше, в значительной мере являются изложением намерения, нежели обязательными нормами\**»).

<sup>73</sup> Проекты принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате

## Замечание 11

В некоторых случаях Комиссия, судя по всему, придает значение факту отсутствия в практике государств возражений против той или иной нормы<sup>74</sup>.

## 2. МАТЕРИАЛЫ, ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ КОМИССИЕЙ ПРИ ОЦЕНКЕ СУБЪЕКТИВНОГО ЭЛЕМЕНТА

## Замечание 12

В ходе оценки субъективного элемента для целей идентификации норм международного обычного права Комиссия использует различные материалы.

29. Неисчерпывающий перечень таких материалов включает позиции государств в международных организациях (в том числе письменные комментарии и ответы при анкетировании)<sup>75</sup> или на международных конференциях<sup>76</sup>, решения национальных судебных

опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 86, пункты 4)–5) комментария к принципу 3 (ссылаясь на принцип 22 Стокгольмской декларации и принцип 13 Декларации Рио, Комиссия отметила: «Хотя принципы в этих декларациях не направлены на установление юридически связывающих обязательств, они являются выражением чаяний и пожеланий международного сообщества»).

<sup>74</sup> См., например, пункт 32) комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (см. сноску 47 выше): «Предыдущее обозрение судебной практики юрисдикции общего права и систем гражданского права в XIX веке и других стран в современный период указывает на всеобщий характер признания нормы иммунитета государства. Хотя было бы невозможно и нежелательно рассматривать нынешнее прецедентное право всех стран, что могло бы открыть некоторые несоответствия в истории развития и фактическом применении этого принципа, *следует отметить, что в странах, в которых было вынесено немного или совсем не было вынесено судебных решений по этому вопросу, нет указаний на то, что концепция иммунитета государств отвергалась или будет отвергнута\**. Вполне оправдан, по-видимому, вывод о том, что в общей практике государств как проявления обычного права имеется мало сомнений, что общая норма иммунитета государств прочно утвердилась в качестве нормы обычного международного права» (*Ежегодник... 1980 год*, том II (часть вторая), стр. 151–152). См. также пункт 2) комментария к проекту статьи 13 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 53: «Это изъятие [из нормы об иммунитете государства в отношении права собственности, владения и пользования имуществом], *против которого в судебной и правительственной практике государств трудно найти сколь-нибудь серьезные возражения\**, сформулировано с учетом различных мнений правительств».

<sup>75</sup> См., например, пункт 5) комментария к проекту статьи 59 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 258 англ. текста (замечания в политических органах Организации Объединенных Наций рассматриваются как заявления позиции в отношении принятия нормы международного права); пункт 4) комментария к проекту статьи 16 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 103 англ. текста (ссылки на замечания правительств к проектам статей Комиссии); и пункты 19) и 21) комментария к руководящему положению 4.5.3 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 365–366 (где говорится о мнениях, высказанных в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи и в полученных от правительств письменных замечаниях, свидетельствующих об отсутствии единой позиции по вопросу о том, какого подхода следует придерживаться в отношении действительности согласия на обязательность договора, выраженную автором недействительной оговорки).

<sup>76</sup> См., например, пункт 10) комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 241 (в котором говорится о



ных органов<sup>77</sup>, заявления в международных судах и трибуналах<sup>78</sup>, положения арбитражных соглашений<sup>79</sup>, дипломатическую практику и ноты<sup>80</sup>, фактическое

позиции государств, занятой ими на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров); пункт 17) комментария к проекту статьи 8 о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 193–194 (который, в частности, касается «деклараций и резолюций, принятых межправительственными организациями, конференциями и совещаниями»).

<sup>77</sup> См., например, пункт 18) комментария к проекту статьи 13 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник... 1981 год*, том II (часть вторая), стр. 40 («Суды и другие судебные органы, по-видимому, столь же безоговорочно поддерживают принцип перехода публичной собственности в целом и a fortiori государственной собственности, а тем самым и недвижимой собственности. Это прежде всего справедливо в отношении внутригосударственной судебной практики»); и пункт 3) комментария к проекту статьи 57 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 254 англ. текста («Внутригосударственные суды нередко в своих высказываниях признавали принцип, согласно которому нарушение договора может дать невинной стороне право денонсировать его. Однако такие высказывания этих судов почти всегда относились к тем случаям, когда их правительства фактически не прибегали к денонсации договоров, и эти суды не считали необходимым глубже исследовать условия применения этого принципа»). См., однако, пункт 20) комментария к приложению к проектам статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров (относительно ориентировочного перечня договоров, о которых идет речь в статье 7 и предмет которых предполагает продолжение их действия, полностью или частично, в ходе вооруженного конфликта), *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 145 («В данном конкретном контексте решения внутригосударственных судов должны рассматриваться в качестве сомнительного источника. Прежде всего, эти суды могут зависеть от указаний исполнительной власти. Во-вторых, внутригосударственные суды могут полагаться на политические элементы, прямо не связанные с принципами международного права. Тем не менее можно сказать, что внутригосударственная судебная практика не относится враждебно к принципу сохранения действия договоров»).

<sup>78</sup> См. пункт 7) комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 241 (в котором содержится ссылка на заявления в МС по вопросу о правопреемстве в отношении урегулирования границы и положений договора, дополняющих такое урегулирование); и пункт 4) комментария к проекту статьи 59 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 257 (в котором указывается: «Наиболее ясные указания на отношение государств к этому принципу [принципу *rebus sic stantibus*] можно, пожалуй, найти в заявлениях, представленных Суду в случаях, когда делались ссылки на данную доктрину», и приводятся позиции государств в ряде дел на рассмотрении Постоянной Палаты Международного Правосудия); пункты 3) и далее комментария к проекту статьи 62 об ответственности международных организаций, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 119 и далее (в которых приводятся позиции государств в спорных случаях в поддержку мнения о том, что государства-члены, как правило, не могут считаться несущими международную ответственность за международно-противоправные деяния организации).

<sup>79</sup> См. пункт 4) комментария к проекту статьи 13 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 66 (общее предписание в тексте арбитражных соглашений как подтверждение «общепризнанного принципа»).

<sup>80</sup> См. пункт 3) комментария к проекту статьи 10 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, там же, стр. 57 («Дипломатическая практика в высшей степени последовательна в признании того, что поведение повстанческого движения не может присваиваться государству»); пункт 17) комментария к проекту статьи 8 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 225 (ссылки на межгосударственную переписку); пункты 14) и 21)

поведение государства (в сравнении с его заявленными позициями)<sup>81</sup>, международную договорную практику государства<sup>82</sup>, практику многосторонних международных договоров<sup>83</sup>, а также различные международные документы<sup>84</sup>.

комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, там же, стр. 243 и 245 (ссылки на дипломатические ноты).

<sup>81</sup> Иногда Комиссия при определении правовой позиции того или иного государства исходит из его фактического поведения даже в тех случаях, когда такое поведение противоречит заявленной этим государством позиции в отношении какой-либо нормы; видов использования международных водотоков, *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 108 («Обзор того, каким образом государства разрешают фактические противоречия, связанные с несудоходными видами использования международных водотоков, показывает повсеместное признание права каждого государства водотока использовать международный водоток и получать связанные с этим выгоды разумным и справедливым образом. Хотя некоторые государства в свое время заявили о поддержке доктрины абсолютного суверенитета, они, как правило, решают споры, в контексте которых такие заявления делались путем вступления в соглашения, посредством которых фактически распределяются водные ресурсы или признаются права других государств водотока»).

<sup>82</sup> См. пункт 20) комментария к проекту статьи 10 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 44 («Позиция или взгляды какого-либо правительства могут быть определены по его договорной практике... Так, договорная практика Советского Союза наглядно свидетельствует о его готовности к тому, чтобы торговые отношения [государственных] предприятий... регулировались компетентными территориальными властями»). См. также пункт 1) комментария к проекту статьи 15 о консульских сношениях, *Ежегодник... 1961 год*, том II, стр. 103 англ. текста (в котором, в частности, указывается на «множество консульских конвенций»); а также пункт 5) комментария к проекту статьи 19 и пункт 1) комментария к проекту статьи 28 на ту же тему (также со ссылкой на консульские конвенции); пункты 3)–11) комментария к проекту статьи 8 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 220–223 (в которых рассматривается вопрос о том, обеспечивают ли соглашения о передаче «правопреемство в отношении договоров, заключенных государством-предшественником, или продолжение действия этих договоров», а также способность этих соглашений «отражать мнения государств относительно обычного права, регулирующего правопреемство государств в отношении договоров»); пункты 14)–18) комментария к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, там же, стр. 259–260 (в которых на примере соглашений о передаче рассматривается практика государств по установлению общей нормы «в отношении *обязательства* нового независимого государства наследовать договоры» и делается вывод о том, что в своей практике государства «не исходили из того, что они вообще связаны договорами [своих предшественников]»).

<sup>83</sup> См., например, пункты 1) и 5) комментария к проекту статьи 49 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 246 англ. текста (в которых говорится о запрещении применения силы, закрепленном в Уставе Организации Объединенных Наций); пункт 51) комментария к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (см. сноску 47 выше); *Ежегодник... 1980 год*, том II (часть вторая), стр. 156 («Нынешняя договорная практика государств указывает на применение положений нескольких конвенций универсального характера, касающихся отдельных аспектов иммунитета государства»); пункт 5) комментария к статье 11 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 42 (признание гарантий права на справедливое судебное разбирательство в целом ряде международных договоров).

<sup>84</sup> Иногда Комиссия, как представляется, делает вывод о всеобщем признании или принятии той или иной нормы на основании определенных международных документов, не являющихся международными договорами, например резолюций и деклараций международных организаций. См., например, пункт 3) комментария к проекту статьи 8 о предотвращении трансграничного вреда

(продолжение сноски на следующей стр.)

## Д. Соответствующая практика международных организаций

### Замечание 13

В определенных обстоятельствах для выявления существования нормы международного обычного права Комиссия руководствуется практикой международных организаций. В этой связи рассматриваются различные аспекты практики международных организаций, включая их внешние связи, осуществление ими своих функций, а также позиции, занимаемые их органами по конкретным ситуациям или общим вопросам международных отношений<sup>85</sup>.

(продолжение сноски 84)

от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 193–194 (в котором, в частности, отмечается, что принцип, обязывающий уведомлять другие государства о риске значительного вреда, «воплощен в ряде международных соглашений... деклараций и резолюций, принятых межправительственными организациями, конференциями и совещаниями»); и пункт 16) комментария к статье 2 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 25–26 (где указывается, в частности, что принцип международной уголовной ответственности за подстрекательство был признан в Уставе Нюрнбергского трибунала); пункты 1)–3) комментария к статье 6, там же, стр. 29–30 (признание принципа ответственности командного состава в международных договорах и статутах международных уголовных трибуналов); пункт 4) комментария к статье 6, стр. 30–31 (четкое признание в статутах международных уголовных трибуналов, что должностное положение лица не может являться исключаяющим вину обстоятельством); и пункт 5) комментария к статье 14, стр. 49–50 (ссылки на различные конвенции, которые не признают никаких обстоятельств, исключаящих вину в совершении этих преступлений).

<sup>85</sup> См., например, пункты 7) и 8) комментария к проекту статьи 41 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 139 («7) Одним из примеров практики признания действий, совершенных в нарушение императивных норм, является реакция Совета Безопасности на иракское вторжение в Кувейт в 1990 году... 8) Что же касается отрицания государствам права народов на самоопределение... Эти же обязательства находят отражение в резолюциях Совета Безопасности и Генеральной Ассамблеи, касающихся положения в Родезии и бантустанов в Южной Африке»); пункт 3) комментария к проекту статьи 8 о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, там же, стр. 193–194 (в котором указывается, что обязательство по уведомлению других государств о риске значительного вреда признается в «декларациях и резолюциях, принятых межправительственными организациями, конференциями и совещаниями»); пункт 2) комментария к статье 17 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 55 (в котором отмечается, что Генеральная Ассамблея подтвердила, что преступления против человечности и геноцид являются преступлениями по международному праву, и приняла Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него); пункты 1)–14) комментария к проекту статьи 4 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 214–217 (в которых идет речь о практике ряда международных организаций, включая Организацию Объединенных Наций и некоторые специализированные учреждения); пункты 12)–13) комментария к проекту статьи 8, там же, стр. 223 (касающиеся практики Генерального секретаря как депозитария многосторонних договоров), и пункт 3) комментария к проекту статьи 16 (на ту же тему), там же, стр. 262; пункт 2) комментария к проекту статьи 24 о представительстве государств в их отношениях с международными организациями, *Ежегодник... 1971 год*, том II (часть первая), стр. 360 («Ответы Организации Объединенных Наций и специализированных учреждений свидетельствуют о том, что исключение, предусмотренное в настоящей статье, является общепризнанным»); пункт 1) комментария к проекту статьи 49 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 246 англ. текста («Такое существующее в праве мнение нашло свое подкрепление

## Замечание 14

В некоторых случаях Комиссия указывает на возможность формирования на основе практики международной организации ее особых, собственных обычаев. Такие обычаи могут касаться различных аспектов функций или деятельности организации, например договорной правоспособности международной организации или норм, применимых к международным договорам, заключенным в рамках этой организации<sup>86</sup>.

## Е. Соответствующие судебные решения и труды юристов

30. Ранее уже отмечалось<sup>87</sup>, что в ходе анализа международного обычного права Комиссия часто обращается к судебным решениям и работам специалистов в области права<sup>88</sup>. Как показано далее в этом документе, Комиссия по-разному использует эти материалы.

и было консолидировано совершенно определенным запрещением угрозы силой или ее применения, содержащимся в пункте 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций, и практикой самой Организации Объединенных Наций»); и пункт 112) комментария к принципу VI Принципов международного права, признанных Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в решении этого Трибунала, *Ежегодник... 1950 год*, том II, документ A/1316, часть II, стр. 376 англ. текста (со ссылкой на декларацию об агрессивных войнах, принятую Собранием Лиги Наций). См. также пункт 78 доклада Комиссии о работе ее второй сессии, там же, стр. 372 англ. текста («Документы, отражающие все накопленную практику международных организаций, могут рассматриваться как материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права, поскольку это касается отношений между государствами и этими организациями»).

<sup>86</sup> См. пункт 14) комментария к проекту статьи 7 о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, *Ежегодник... 1982 год*, том II (часть вторая), стр. 33 (в котором идет речь о становлении, на основе практики, «правила организации», признающего компетенцию руководителя секретариата соглашаться на обязательность договора для организации, не ссылаясь на другой орган этой организации; а также указывается: «Именно такое молчаливое признание со стороны этих органов [которые имели бы право брать на себя такую компетенцию, но не сделали этого] и составляет практику»); пункты 11)–13) комментария к проекту статьи 4 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 217 (в которых идет речь в целом о возможности возникновения специальных обычаев международной организации из ее внутренней практики); и пункт 2) комментария к проекту статьи 22 о правопреемстве государств в отношении договоров, там же, стр. 285 (где указывается, что в Международной организации труда действует особое обычное правило в отношении даты, с которой новое независимое государство считается связанным обязательствами конвенций о труде).

<sup>87</sup> См. замечание I выше.

<sup>88</sup> Общий интерес для целей этого раздела вполне может представлять следующий комментарий Комиссии, содержащийся в пункте 30 ее доклада о способах и средствах, делающих более доступными свидетельства из области международного обычного права:

«Статья 24 Положения о Комиссии, очевидно, отступает от той классификации, которая нашла себе место в Статье 38 Статута Суда, ибо статья 24 относит судебные решения по вопросам международного права к категории материалов, свидетельствующих о существовании обычного международного права. Это отступление можно, однако, признать логичным, потому что такие решения, а в особенности решения международных судебных органов, могут формулировать и применять принципы и нормы обычного международного права. Кроме того, решения национальных судов любого государства могут указывать на существование в этом государстве известной практики».

(*Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 368 англ. текста, пункт 30.)

## Замечание 15

В ряде случаев Комиссия ссылается на решения международных судебных органов или трибуналов как на документы, авторитетно отражающие статус той или иной нормы международного обычного права<sup>89</sup>.

## Замечание 16

Кроме того, Комиссия часто ссылается на судебные решения в качестве одного из доводов в пользу существования или отсутствия той или иной международной обычно-правовой нормы.

31. В тех случаях, когда Комиссия сама проводила анализ для целей идентификации существующей нормы международного обычного права, признание этой нормы в судебных решениях часто рассматривалось ею как значимый, если не решающий довод в пользу существования нормы. Такое признание имело место в решениях международных судов и трибуналов, а также в арбитражных решениях<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> Например, по вопросу о прямых исходных линиях Комиссия сочла решение МС по делу *Fisheries* между Соединенным Королевством и Норвегией «изложением действующего права» и «приняла поэтому указанное решение за основу при составлении текста данной статьи» (пункты 1–4) комментария к проекту статьи 5 о морском праве, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 267–268 англ. текста. См. также пункты 3–5) комментария к проекту статьи 24 (там же, стр. 277 англ. текста) (в которых приводится решение Суда по делу *Corfu Channel*, подтверждающее действующую обычно-правовую норму относительно мирного прохода через международные проливы, соединяющие две части открытого моря) и пункт 2) комментария к проекту статьи 23 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 211 англ. текста (в котором указывается: «В практике международных судов есть много прецедентов, подтверждающих, что в настоящем контексте принцип добросовестности является правовым принципом, составляющим неотъемлемую часть правила *sunt servanda*», и приводятся ссылки на решения МС, ППМП и арбитражных судов).

<sup>90</sup> См., например, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, пункт 14) комментария к проекту статьи 25 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, стр. 99 («В целом практика государств и судебные решения подтверждают точку зрения о том, что состояние необходимости может представлять собой обстоятельство, исключающее противоправность при наличии некоторых очень ограниченных условий, и эта точка зрения отражена в статье 25»); пункт 6) комментария к проекту статьи 41, там же, стр. 139 (в котором цитируется решение по делу *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* и указывается: «Существование обязательства непризнания в ответ на серьезные нарушения обязательств, вытекающих из императивных норм, уже находит поддержку в международной практике и решениях Международного Суда»); и пункт 2) комментария к проекту статьи 51, там же, стр. 164 (в котором, в частности, упоминается дело *Naulilaa*, касающееся требования пропорциональности при принятии контрмер); пункт 4) комментария к проектам статей 16 и 17 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 203–204 англ. текста (в котором содержится ссылка на заключение МС по делу *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, где указывается: «Принцип целостности конвенции, в силу которого оговорки допустимы только с прямого или молчаливого согласия всех договаривающихся сторон, очевидно, не был претворен в норму права»); пункты 14) и 15) комментария к проекту статьи 27, там же, стр. 221–222 англ. текста (в котором в подтверждение установленных правил толкования международных договоров приводятся примеры из международной судебной практики); и пункт 8) комментария к проекту статьи 29, там же стр. 225–226 англ. текста (в котором обсуждается вопрос, стремилась ли ППМП в деле *Mavrommatis Palestine*

## Замечание 17

Иногда Комиссия также использует решения международных судов и трибуналов, включая арбитражные решения, в качестве вторичных источников для целей выявления соответствующей практики государств<sup>91</sup>.

*Concessions* изложить общее правило толкования договоров в случае расхождения между аутентичными текстами); пункт 4) комментария к проекту статьи 8 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник... 1981 год*, том II (часть вторая), стр. 29 (содержащий ссылки на несколько решений международных судов и трибуналов, включая решение Франко-итальянской согласительной комиссии, в котором говорится: «Обычное международное право не установило никакого автономного критерия, на основании которого можно было бы определить, что составляет государственное имущество»); пункт 19) комментария к проекту статьи 13 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, там же, стр. 40 («Международная судебная практика подтверждает этот принцип»); пункты 3)–8) комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 238–239 (в которых приводятся ссылки на многочисленные решения международных судов по вопросу о договорах местного характера и указывается, что заключение ППМП «является, по-видимому, наиболее авторитетным признанием наличия правила, требующего от государства-преемника соблюдения договора местного характера, касающегося территории, являющейся объектом правопреемства государств»); пункт 18) комментария к проекту статьи 3 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 104 («Существование правового принципа, требующего проведения консультаций между государствами для рассмотрения вопросов, связанных с ресурсами пресной воды, четко поддерживается в арбитражном решении по делу *Lake Lanoux*»); пункт 3) комментария к статье 17 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 55 («Принципы, лежащие в основе этой конвенции, были признаны Международным Судом в качестве обязательных для государств, даже если они не имеют силу договорных обязательств»); пункт 6) комментария к статье 18 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, там же, стр. 60 («Отсутствие какого-либо условия наличия международного вооруженного конфликта в качестве необходимого обстоятельства преступлений против человечности было подтверждено и Международным уголовным трибуналом по бывшей Югославии»); и пункт 1) комментария к проекту статьи 3 о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 22 («В частности, право [на высылку] было признано в нескольких арбитражных решениях и решениях комиссий по урегулированию взаимных претензий, а также различных решениях судов и региональных комиссий»). См. также в целом *Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 369–370 англ. текста, пункты 42–51 (обзор имеющихся изданий, содержащих решения международных судов и трибуналов, в разделе «Материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права»).

<sup>91</sup> См. пункт 23) комментария к проектам статей 16 и 17 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 208 англ. текста («Нет никаких сомнений в том, что принцип, согласно которому отсутствие возражений считается указанием на согласие на оговорку, вошел в практику государств: действительно, сам [МС] в деле *Reservations to the Genocide Convention* говорил об «очень большом применении» в международной практике «молчаливого согласия на оговорку»); пункт 10) комментария к проекту статьи 5 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 108 (в котором «решения международных судов и трибуналов» включены в «обзор всех имеющихся данных общей практики государств, признаваемых в качестве права»). См. также пункт 4) комментария к проекту статьи 39 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 133

## Замечание 18

В процессе идентификации норм международного обычного права Комиссия часто обращается к трудам и мнениям юристов.

32. При изучении трудов и мнений юристов для целей идентификации норм международного обычного права Комиссия в ряде случаев проводила общую оценку совокупности мнений специалистов в поддержку конкретной нормы<sup>92</sup>. В ходе такой оценки, судя по всему, учитываются как количественные, так и качественные аспекты<sup>93</sup>.

(продолжение сноски 91)

(в котором упоминаются дела *Delagoa Bay Railway* и *S.S. «Wimbledon»* в качестве свидетельств «практики государств» в отношении «возможности учета фактора усугубления ущерба потерпевшим государством при определении размера соответствующего возмещения»).

<sup>92</sup> См., например, пункт 2) комментария к проекту статей 11 и 12 о праве преемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 238 («Большинство современных авторов поддерживают традиционную концепцию... Однако в целом вследствие существующих разногласий между авторами трудно найти четкое руководство в их труде в отношении того, в какой степени и на какой именно основе международное право признает, что договоры местного характера составляют особую категорию для целей права, применяемого к правопреемству государств»).

<sup>93</sup> См. *Ежегодник... 1966 год*, том II, пункт 8) комментария к проекту статьи 49 о праве международных договоров, стр. 247 англ. текста («Сегодня значительное большинство специалистов международного права без колебаний считает, что в пункте 4 статьи 2... авторитетно излагается современное обычное право в отношении угрозы силой или ее применения»), пункт 2) комментария к проекту статьи 53, там же, стр. 250–251 англ. текста («Некоторые авторы... придерживаются того мнения, что отдельный участник договора может денонсировать этот договор или отказаться от него только в том случае, если такая денонсация или такой отказ предусмотрены в самом договоре или если на них согласились все другие участники. Однако ряд других авторов считает, что право денонсации или отказа может соответствующим образом подразумеваться на основании некоторых положений в определенных категориях договоров»); пункт 1) комментария к проекту статьи 57, там же, стр. 253–254 англ. текста («Подавляющее большинство юристов признает, что нарушение договора одним из его участников может дать другому участнику право»); и пункт 1) комментария к проекту статьи 59, там же, стр. 257 англ. текста («Почти все современные юристы признают, хотя и неохотно, существование в международном праве того принципа, к которому относится эта статья...»);

33. В других случаях труды юристов используются Комиссией в качестве вторичного источника материалов о практике государств<sup>94</sup>.

пункт 9) комментария к проекту статьи 17 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник... 1981 год*, том II (часть вторая), стр. 54 («Вышеупомянутая норма соответствует мнению юристов-международников, которые обычно придерживаются точки зрения, что...»); пункт 3) комментария к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 257 («Большинство авторов придерживается мнения, подтверждаемого практикой государств...»); пункт 15) комментария к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, там же, стр. 260 («Среди авторов и в практике государств значительную поддержку находит мнение о том, что общее международное право налагает на новое независимое государство обязательство...»); и пункт 1) комментария к проекту статьи 3 о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 22 («Речь идет о праве [на высылку], неоспоримо существующем как на практике, так и в юриспруденции и доктрине»). См. также пункт 10) комментария к проекту статьи 5 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 108 (в котором содержится общая ссылка на «мнения ученых»); и пункты 3)–5) комментария к проекту статьи 32 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 228–229 англ. текста (в которых отмечается, что различия во мнениях среди юристов «носят в основном теоретический характер» и «приведут к различным результатам лишь в самых исключительных обстоятельствах»).

<sup>94</sup> См., например, пункт 3) комментария к проекту статьи 32 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 113 (ссылка на пример из соответствующей практики государств, который приводится в статье Р.Л. Бьюэлла в издании *Political Science Quarterly*, vol. 37 (1922), p. 620); пункт 3) комментария к проекту статьи 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 257 (ссылка на работу А.Д. Макнейра *The Law of Treaties* (Oxford, Clarendon Press, 1961) в связи с заявлением Соединенного Королевства относительно позиции Финляндии по поводу договоров своего государства-предшественника); пункт 2) комментария к проекту статьи 18 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 60 (ссылка на труды юристов: «В практике государств, в судебных решениях и в трудах специалистов по международному праву высказывается... поддержка позиции, согласно которой государство национальности судна... может добиваться возмещения для членов экипажа судна, которые не имеют его гражданства»); и пункт 10) комментария к проекту статьи 5 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 108 (в котором «мнения ученых» включены в «обзор всех имеющихся данных общей практики государств, признаваемых в качестве права»).

## ГЛАВА II

## Функционирование международного обычного права в рамках международно-правовой системы

34. В настоящей главе содержатся замечания относительно очевидного понимания Комиссией обязательного характера и характеристик норм международного обычного права и связи между международным обычным правом и другими международно-правовыми нормами.

### А. Обязательный характер и характеристики международных обычно-правовых норм

## Замечание 19

Комиссия последовательно ссылается на международное обычное право как на свод правил,

обязательных для всех субъектов международного права<sup>95</sup>. В ряде случаев Комиссия противопостав-

<sup>95</sup> См., например, пункты 1)–4) комментария к проекту статьи 34 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 230–231 англ. текста (выдержки воспроизведены в сноске 121 ниже), и пункт 30) комментария к проекту статьи 12 и пункт 8) комментария к проекту 15 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 243 и 258 соответственно. См. также сноску 130 ниже. В своем Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам Комиссия ссылается на теорию «последовательно возражающей стороны», согласно которой норма международного обычного права не может применяться в отношении государства, которое последовательно возражало

ляет такие правила договорным нормам, которые по определению являются обязательными только для участников договора<sup>96</sup>.

#### Замечание 20

В своей работе Комиссия указывала возможное существование международного обычного права регионального значения<sup>97</sup>. В этой связи также затрагивался вопрос о том, является ли региональная норма обычного права обязательной для государства, которое прямо не утвердило или не признало ее<sup>98</sup>. Кроме того, Комиссия ссылается на возможное существование специальных норм, включая обычные нормы или исторические права, регулирующие делимитацию определенных морских районов<sup>99</sup> или устанавливающие особые территориальные, речные или морские режимы<sup>100</sup>.

против этой нормы в процессе ее формирования; см. пункт 7) комментария к руководящему положению 3.1.5.3 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 259–260. Тем самым Комиссия, как представляется, исключает возможность применения любой подобной теории в отношении норм *jus cogens*; см. пункт 19) того же комментария, там же.

<sup>96</sup> См., например, пункты 1)–4) комментария к проекту статьи 34 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 230–231 англ. текста; пункт 2) комментария к проекту статьи 5 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 218 (в котором упоминаются «обязательства, распространяющиеся на [государство] в соответствии с международным правом независимо от договора»); пункт 30) комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, там же, стр. 243 («Признавая, что объективный режим может возникнуть в результате такого договора, Комиссия придерживалась мнения о том, что объективный режим скорее является результатом выполнения такого договора и позднейшего образования, на основании этого договора, международного обычая»); и пункт 7) комментария к руководящему положению 3.1.5.3 в отношении оговорок к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья) («Обычные нормы являются обязательными для государств независимо от того, выразили ли они согласие с какой-либо договорной нормой...»). См., однако, раздел В ниже относительно взаимосвязи между договорными нормами и международным обычным правом.

<sup>97</sup> См. доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, A/CN.4/L.682 и Add.1 и Corr.1 (размещен на веб-сайте Комиссии, документы пятьдесят восьмой сессии; окончательный текст будет опубликован в качестве добавления к *Ежегоднику... 2006 год*, том II (часть первая)), пункты 213–215.

<sup>98</sup> Там же, пункт 213 («Отдельный, гораздо более сложный случай – когда утверждается, что региональная норма (на основе либо договорной практики, либо обычая) обязательна для государства, даже если данное государство прямо не приняло или признало ее. Такова ситуация, рассмотренная МС в делах *Об убежище* (1950 года) и *Айя де ла Торре* (1951 года), хотя это и не позволяет сделать окончательный вывод»).

<sup>99</sup> См. пункт 6) комментария к проекту статьи 12 о морском праве, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 271 англ. текста (в котором признается возможность существования «специальных норм» и допускается возможность «различий в обычном праве» в сфере делимитации морских пространств). См. также пункт 4) комментария к проекту статьи 3, там же, стр. 266 англ. текста («Притязание на территориальное море шириной не больше двенадцати миль может заявлять любое государство, если это притязание основано на исторических правах»).

<sup>100</sup> См. пункт 1) комментария к проекту статьи 34 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 230–231 англ. текста («Общепризнанная роль, которую в некоторых случаях играет обычай в расширении сферы применения норм, содержащихся в договоре, действие которого

#### Замечание 21

В определенных случаях Комиссия указывает на существование международных обычно-правовых норм, которые рассматриваются в качестве основания для возникновения «обязательств *erga omnes*»<sup>101</sup>.

#### Замечание 22

Комиссия неоднократно указывает на существование норм международного обычного права<sup>102</sup>, которые в силу их предмета не допускают отступлений (императивные нормы/*jus cogens*).

35. Комиссия указала: «Понятие императивных норм общего международного права признано в международной практике, в судебной практике международных и внутригосударственных судов и трибуналов и в теории права»<sup>103</sup>. Приводимые Комиссией примеры общепризнанных императивных норм

не ограничивается государствами-участниками. Договор, заключенный между определенными государствами, может формулировать норму или устанавливать режим для территории, рек или морей, которые впоследствии другие государства начинают считать общепризнанными и которые становятся обязательными для других государств в качестве обычной». См. также пункт 8) комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 240–241 (ссылка на решение по делу *Right of passage (I.C.J. Reports 1960, p. 6)*, в котором подтверждается предположение, что право прохода может вытекать из местного или двустороннего обычая).

<sup>101</sup> См., в частности, пункт 9) комментария к проекту статьи 48 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 155 («В статьях нашла отражение суть этого заявления [заявления МС по делу *Barcelona Traction* относительно обязательств *erga omnes*], но сам термин "обязательство *erga omnes*" в них не используется, поскольку он несет меньше информации, чем ссылка Суда на международное сообщество в целом, и под ним иногда ошибочно понимают обязательства перед всеми сторонами того или иного международного договора. В статьях нет также перечня обязательств, являющихся в соответствии с действующим международным правом обязательствами в отношении всего международного сообщества в целом. Перечисление таких обязательств выходит за рамки задачи кодификации вторичных норм, касающихся ответственности государств. К тому же, такой перечень не представлял бы большой ценности ввиду неизбежного дальнейшего развития самой концепции. Полезным ориентиром в этом плане служит заключение МС 1970 года, в котором примерами обязательств *erga omnes* называются "объявление вне закона актов агрессии и геноцида" и "принципы и нормы, касающиеся основных прав человека, включая защиту от рабства и расовой дискриминации". В своем решении по делу *East Timor* Суд включил в этот перечень также право народов на самоопределение»). См. также комментарий к проекту статьи 49 об ответственности международных организаций, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 106–108.

<sup>102</sup> В статье 53 Венской конвенции о праве международных договоров норма *jus cogens* определяется как «императивная норма *общего международного права*». В пункте 14) своего комментария к руководящему положению 3.1.5.3 об оговорках к международным договорам Комиссия отметила, что императивная норма общего международного права «практически во всех случаях носит обычный характер» (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 262), но в то же время признала, что «формулировка статьи 53 Венских конвенций 1969 и 1986 годов не исключает, что договорная норма сама по себе может быть императивной» (там же, сноска 1709).

<sup>103</sup> Пункт 2) комментария к проекту статьи 40 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 136.

включают запрещение актов агрессии<sup>104</sup>, рабства и работорговли, геноцида, расовой дискриминации и апартеида<sup>105</sup>, а также запрещение пыток и обязательство уважать право на самоопределение<sup>106</sup>. При этом Комиссия подчеркнула, что этот перечень не является исчерпывающим<sup>107</sup>.

36. Следует напомнить, что в своих проектах статей о праве международных договоров, Комиссия предлагала ряд положений, касающихся *jus cogens*<sup>108</sup>. Комиссия неоднократно утверждала, что договорная норма, противоречащая *jus cogens*, является (или становится) недействительной<sup>109</sup>. Кроме того, Комиссия признает, что императивный характер нормы международного обычного права также влияет на действие некоторых вторичных норм, касающихся ответственности за международно-противоправные деяния<sup>110</sup>.

### Замечание 23

Комиссия указывает, что императивные нормы формируются в результате их широкого принятия и признания в качестве таковых международным сообществом в целом<sup>111</sup>.

<sup>104</sup> Там же, пункт 4) комментария к проекту статьи 40.

<sup>105</sup> Там же.

<sup>106</sup> Там же, стр. 137, пункт 5).

<sup>107</sup> Там же, пункт 6). В этом же пункте Комиссия напоминает о возможности возникновения новых императивных норм, как указывается в статье 64 Венской конвенции 1969 года.

<sup>108</sup> См. проекты статей 41, пункт 5; 50; 61; и 67 о праве международных договоров и комментарии к ним; *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 238–239, 247–249, 261 и 266–267 англ. текста соответственно.

<sup>109</sup> См. *Ежегодник... 1966 год*, том II, проект статьи 50 о праве международных договоров и комментарии к ней, стр. 247 и далее англ. текста (проект статьи 50 гласит: «Договор является ничтожным, если он противоречит императивной норме общего международного права...»); см. также пункт 8) комментария к проекту статьи 41, там же, стр. 239 англ. текста, и пункт 1) комментария к проекту статьи 61, там же, стр. 261 англ. текста («Совершенно очевидно, что если устанавливается новая норма такого характера, – новая норма *jus cogens* – то в результате становятся ничтожными не только будущие, но и существующие договоры»). Относительно последствий недействительности или прекращения договора, противоречащего императивной норме общего международного права, см. проект статьи 67 о праве международных договоров и комментарий к нему (там же, стр. 266–267 англ. текста). В том же духе Комиссия заявляет, в тексте руководящего принципа 8, примененного к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств: «Одностороннее заявление, противоречащее императивной норме общего международного права, является недействительным» (*Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 201).

<sup>110</sup> См. проекты статей 26 (относительно *jus cogens* в связи с обстоятельствами, исключающими противоправность), 40 и 41 (содержание международной ответственности в случае серьезного нарушения государством обязательства, вытекающего из императивной нормы общего международного права) и 50 (обязательства, не затрагиваемые контрмерами) об ответственности государств за международно-противоправные деяния и комментарии к ним, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 101, 136–140 и 160. См. также проекты статей 26, 41, 42 и 53 об ответственности международных организаций и комментарии к ним, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 89, 97–98 и 111–112.

<sup>111</sup> По вопросу об этом существенном требовании всеобщего принятия и признания см., в частности, пункт 7) комментария к проекту статьи 12 об ответственности государств за

### Замечание 24

Отмечая, что норма *jus cogens* «может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер»<sup>112</sup>, Комиссия в то же время указывает, что изменение нормы *jus cogens* теперь будет, вероятнее всего, осуществляться посредством какого-либо общего многостороннего договора<sup>113</sup>.

международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 64 («Даже основополагающие принципы международного правопорядка не базируются на каких-либо особых источниках права или особых нормоустановительных процедурах, в отличие от норм конституционного характера во внутренних правовых системах. В соответствии со статьей 53 Венской конвенции 1969 года императивной нормой общего международного права является норма, которая "принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер". В статье 53 признается как возможность создания норм императивного характера, так и тот факт, что государства призваны сыграть особую роль в этом отношении в качестве держателей *par excellence* нормоустановительных полномочий от имени международного сообщества»). См. также в этой связи там же, пункт 5) комментария к проекту статьи 26 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, стр. 102; и пункт 6) комментария к проекту статьи 40, стр. 137 (в котором говорится о возникновении новых императивных норм в результате процесса их принятия и признания международным сообществом государств в целом). Следует отметить, что в проекте статьи 50 о праве международных договоров (*Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 247 англ. текста) и проекте статьи 53 о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (*Ежегодник... 1982 год*, том II (часть вторая), стр. 69–70) в этой связи говорится о «международном сообществе государств в целом», тогда как в проектах статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (проекты статей 25, 33, 42 и 48, стр. 29–31, пункт 76, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление) и проектах статей об ответственности международных организаций (проекты статей 25, 33, 43 и 49; *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 48–51) использована более общая формулировка: «международное сообщество в целом».

<sup>112</sup> См. в этой связи проект статьи 50 *in fine* о праве международных договоров (*Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 247 англ. текста), а также проект статьи 53 *in fine* о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (*Ежегодник... 1982 год*, том II (часть вторая), стр. 69–70). Это положение было включено в статью 53 Венских конвенций 1969 и 1986 годов. Относительно «силы» норм *jus cogens* см. также пункт 3) комментария к руководящему положению 4.4.3 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 346 («...вероятно, нормы *jus cogens* эволюционируют, однако представляются сомнительным, что какая-либо оговорка может способствовать дестабилизации нормы, имеющей такую степень обязательной силы»).

<sup>113</sup> См. по этому вопросу пункт 4) комментария к проекту статьи 50 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 248 англ. текста: «Было бы определенно неправильно считать даже нормы *jus cogens* неприкосновенными и не подлежащими изменениям в свете новых обстоятельств. Поскольку изменение какой-либо нормы *jus cogens* теперь будет, вероятнее всего, осуществляться посредством какого-либо общего многостороннего договора, Комиссия считала желательным указать, что такой договор не будет подпадать под эту статью».

## В. Связь между международным обычным правом и договорами

37. Вопрос о связи между международным обычным правом и международными договорами в общем плане затрагивается в проекте статьи 34:

*Статья 34. Постановления в договоре, которые становятся обязательными через международный обычай*

Статьи 30–33 [положения, касающиеся договоров и третьих государств] никоим образом не мешают какому-либо постановлению, записанному в договоре, стать обязательным для третьего государства как норма международного права, основанная на обычае<sup>114</sup>.

38. В комментарии к этому проекту статьи содержится, в частности, следующие замечания:

1) Общеизвестна роль, которую в некоторых случаях играет обычай в расширении сферы применения норм, содержащихся в договоре, действие которого не ограничивается государствами-участниками. Договор, заключенный между определенными государствами, может формулировать норму или устанавливать режим для территорий, рек или морей, которые впоследствии другие государства начинают считать общепризнанными и которые становятся обязательными для других государств в качестве обычая, как, например, гаагские конвенции о нормах ведения сухопутной войны, соглашения о нейтралитете Швейцарии и различные договоры, касающиеся международных речных и морских путей. Подобным же образом конвенция, целью которой является кодификация существующих норм обычного права, может считаться общепринятой формулировкой соответствующих норм обычного права даже государствами, не участвующими в ней.

2) Однако ни в одном из этих случаев нельзя сказать, что сам договор имеет правовые последствия для третьих государств. Есть случаи, когда, без установления каких-либо договорных отношений между собой и сторонами в договоре, другие государства признают сформулированные в договоре нормы в качестве обязательной нормы обычного права. Короче говоря, для таких государств источником обязательной силы этих норм является обычай, а не договор. По этой причине Комиссия сочла, что этот вопрос не следует включать в проект статьи в виде вопроса о договоре, имеющем правовые последствия для третьих государств. Поэтому она не сформулировала никаких особых положений, касающихся действий обычая в расширении сферы применения договорных норм на государства, не являющиеся его участниками. С другой стороны, учитывая важность процесса и характер положений статей 30–33, Комиссия решила включить в настоящую статью в общую оговорку о том, что ничто, содержащееся в этих статьях, не препятствует тому, чтобы договорные нормы становились обязательными для государств, не являющихся участниками договора, в качестве норм международного права, основанных на обычае<sup>115</sup>.

39. Впоследствии суть проекта статьи 34 была сохранена в статье 38 Конвенции о праве международных договоров 1969 года, в которую были добавлены слова «признаваемой как таковая» в целях уточнения, о какой норме международного обычного права говорится в этом положении<sup>116</sup>. Это поло-

жение, наряду с внесенным в него на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров 1969 года добавлением<sup>117</sup>, было воспроизведено в статье 38 о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, утвержденной Комиссией в 1982 году и позднее ставшей статьей 38 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 года<sup>118</sup>.

40. Определенные аспекты связи между международным обычным правом и договорами рассматривались Комиссией в ходе обсуждения различных тем, включенных в ее повестку дня. Краткий обзор этих аспектов приводится в следующих замечаниях.

### Замечание 25

Признавая, что международный договор может кодифицировать существующие международные обычно-правовые нормы<sup>119</sup>, Комиссия часто ссылается на договоры как на возможное доказательство существования международного обычного права<sup>120</sup>.

Nations publication, Sales No. E.70.V.5), стр. 155 англ. текста, пункты 311–312.

<sup>117</sup> Эта Конвенция еще не вступила в силу.

<sup>118</sup> *Ежегодник... 1982 год*, том II (часть вторая), стр. 59.

<sup>119</sup> См., в общем плане, *Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 368 англ. текста, пункт 29 («Может быть, однако, не следует слишком категорически настаивать на различии между обычным и конвенционным международным правом. Принципы или нормы обычного права могут найти себе выражение в двустороннем или многостороннем соглашении и, таким образом, приобрести, в определенных границах, для государств, участвующих в таком соглашении, значение конвенционных норм на время действия этого соглашения. Тем не менее, для других государств такие принципы или нормы будут по-прежнему обязательны как принципы или нормы обычного права. В самом деле, даваемая некоторыми государствами в текстах международных договоров формулировка той практики, которой придерживаются также и другие государства, нередко служит основанием для установления существования нормы обычного международного права. Даже еще не вступившие в силу, а только подписанные многосторонние конвенции часто рассматриваются как доказательства существования обычного международного права»).

<sup>120</sup> См. разделы В и С главы I выше, в которых договоры рассматриваются как проявление практики государств и/или *opinio juris*. Однако Комиссия также указывает на различия между договорным режимом и применимыми нормами международного обычного права; см. пункт 8) комментария к статье 8 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 35 (касательно преступления геноцида «как преступления по международному праву, в отношении которого в соответствии с обычным правом существует универсальная юрисдикция для тех государств, которые не являются участниками Конвенции и поэтому не подпадают под содержащееся в ней ограничение [а именно, в статье 6, согласно которой судебное преследование за геноцид должно осуществляться судом того государства, на территории которого было совершено это деяние]»).

<sup>114</sup> Там же, стр. 182 англ. текста.

<sup>115</sup> Там же, стр. 230–231 англ. текста.

<sup>116</sup> Это добавление было внесено на основании поправки, предложенной Сирийской Арабской Республикой; см. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Vienna, 26 March–24 May 1968 and 9 April–22 May 1969, Documents of the Conference (A/CONF.39/11/Add.2, United*

## Замечание 26

Подчеркивая, что сам по себе договор не является обязательным для третьих государств<sup>121</sup>, Комиссия тем не менее в ряде случаев признает, что договоры могут способствовать кристаллизации<sup>122</sup> или развитию<sup>123</sup> той или иной нормы международного обычного права. Вместе с тем Комиссия установила, что частое повторение того или иного положения в международных договорах не

<sup>121</sup> См., в частности, пункты 1)–4) комментария к проекту статьи 34 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 230–231 англ. текста, особенно пункт 1) («Общепризнана роль, которую в некоторых случаях играет обычай в расширении сферы применения норм, содержащихся в договоре, действие которого не ограничивается государствами-участниками». Договор, заключенный между определенными государствами, может формулировать норму или устанавливать режим для территорий, рек или морей, которые впоследствии другие государства начинают считать общепризнанными и которые становятся обязательными для других государств в качестве обычая... Подобным же образом конвенция, целью которой является кодификация существующих норм обычного права, может считаться общепринятой формулировкой соответствующих норм обычного права\* даже государствами, не участвующими в ней») и пункт 2) («Однако ни в одном из этих случаев нельзя сказать, что сам договор имеет правовые последствия для третьих государств. Есть случаи, когда, без установления каких-либо договорных отношений между собой и сторонами в договоре, другие государства признают сформулированные в договоре нормы в качестве обязательной нормы обычного права\*. Короче говоря, для таких государств источником обязательной силы этих норм является обычай, а не договор»). Этот вопрос затрагивался в аналогичном ключе в пункте 30) комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров и в пункте 8) комментария к проекту статьи 15 по той же теме; см. *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 243 и 258 соответственно).

<sup>122</sup> См. пункт 11) комментария к руководящему положению 3.1.5.3 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 261 («...кодификационная конвенция» нередко превращает в норму общего международного права такую норму, которая не имела подобного характера во время ее принятия).

<sup>123</sup> См., например, пункт 34) комментария к проекту статьи 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974 год*, том II (часть первая), стр. 250 (в котором идет речь о праве свободного прохода по Суэцкому каналу «в силу либо договора, либо обычая, сложившегося в результате его применения»); и пункт 3) комментария к проекту статьи 18 по праву трансграничных водоносных горизонтов, *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 51–52 («[«Клаузула Мартенса»], которая была впервые включена в преамбулу Гаагских конвенций 1899 и 1907 годов, а впоследствии вошла в ряд конвенций и протоколов, в настоящее время стала нормой общего международного права»). В качестве примера того, как может меняться точка зрения Комиссии на правовой вопрос в результате принятия конвенционной нормы, см. пункт 5) комментария к проекту статьи 11 о специальных миссиях, *Ежегодник... 1967 год*, том II, стр. 353 англ. текста («Согласно широко применяемому на практике правилу, принимающее государство было обязано обеспечивать возможность набора [на месте] такого [необходимого для специальных миссий] персонала, который часто совершенно необходим для осуществления функций специальной миссии. В 1960 году Комиссия была склонна считать, что это правило предоставляет специальным миссиям настоящую привилегию. Однако, принимая во внимание обе Венские конвенции, Комиссия изменила свою точку зрения и приняла в 1965 году принцип, изложенный в пункте 2 статьи 10 настоящего проекта\* [который гласит: "Граждане принимающего государства не могут назначаться сотрудниками специальной миссии, иначе как с согласия этого государства, причем это согласие может быть в любое время аннулировано"]»).

обязательно означает, что это положение превратилось в норму международного обычного права<sup>124</sup>.

## Замечание 27

Комиссия указывает на возможность изменения договора в результате появления новой нормы обычного международного права, в зависимости от конкретных обстоятельств и намерений участников договора<sup>125</sup>.

## Замечание 28

Комиссия признала, что государства могут отступить от обычно-правовых норм, за исключением норм *jus cogens*<sup>126</sup>, путем заключения двусторонних или многосторонних соглашений<sup>127</sup>. В то же время Комиссия особо подчеркивает, что договор, если в нем не предусмотрено иное, должен толковаться и применяться в свете существующих норм международного права, включая обычное право<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> См. пункт 3) комментария к проекту статьи 7 о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации, *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 31 («Хотя режим наиболее благоприятствуемой нации весьма часто предоставляется в рамках торговых договоров, нет доказательств того, что это предоставление стало нормой международного обычного права. Поэтому широко распространено мнение, что лишь договоры являются основой режима наиболее благоприятствуемой нации»).

<sup>125</sup> См. пункт 3) комментария к проекту статьи 38 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 236 англ. текста («Что касается случая изменения договора в результате создания новой нормы обычного права, то [Комиссия] заключила, что этот вопрос будет в любом конкретном случае зависеть в значительной степени от конкретных обстоятельств и намерений участников договора»). Этот комментарий был сделан в порядке разъяснения Комиссией своего решения опустить в окончательной редакции проекта статьи подпункт, ранее включенный в проект статьи 68 в редакции 1964 года: «Договор может быть изменен... ii) последующим возникновением новой нормы обычного права, относящейся к вопросам, являющимся предметом договора, и обязывающей все стороны». Комментарий к последнему положению см. в *Ежегоднике... 1964 год*, том II, стр. 198 англ. текста, пункт 3). Как хорошо известно, в ходе Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров 1969 года от предложенного проекта статьи 38 было решено отказаться.

<sup>126</sup> См. раздел А настоящей главы выше.

<sup>127</sup> См., например, пункт 15) комментария к проекту статьи 17 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник... 1981 год*, том II (часть вторая), стр. 68 («Очевидно, что путем заключения соглашений государства правомочны допускать исключения из того или иного принципа»); и пункт 2) комментария к проекту статьи 30 о морском праве, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 279 англ. текста (в котором признается возможность предоставления военным кораблям полицейских прав в отношении иностранных судов на основании договора, что является отступлением от международного обычного права).

<sup>128</sup> См., например, пункт 3) комментария к проекту статьи 60 о морском праве, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 293 англ. текста («Действующая норма обычного права, согласно которой граждане других государств могут заниматься такими рыболовными промыслами наравне с гражданами прибрежного государства, должна по-прежнему применяться. Занятие другими видами рыболовства в этих районах не должно быть стесняемо, поскольку это не является безусловно необходимым для ограждения рыболовных промыслов, к которым относится данная статья»), и пункт 1) комментария к проекту статьи 24 о праве



### С. Связь между международным обычным правом и «общим международным правом»

#### Замечание 29

В определенных случаях применительно к недоговорным международно-правовым нормам в целом Комиссия использует термин «общее международное право»<sup>129</sup>. Кроме того, в некоторых случаях, Комиссия, как представляется, использует понятия «общее международное право» и «международное обычное право» как взаимозаменяемые<sup>130</sup>. Выражение «общее международное право»

международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 211 англ. текста (в котором говорится: «Общее правило... состоит в том, что договор не должен рассматриваться как имеющий обратную силу, если только такое намерение не выражено в самом договоре или если оно со всей определенностью не подразумевается его условиями»).

<sup>129</sup> См., например, пункт 2) комментария к проекту статьи 30 о морском праве, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 279 англ. текста (в котором указывается, что договорные положения, согласно которым военным кораблям в некоторых случаях предоставляются полицейские права в отношении иностранных судов, еще не могут считаться частью «общего международного права»); замечания Комиссии по тексту положений преамбулы типовых правил арбитражного процесса, *Ежегодник... 1958 год*, том II, стр. 86 англ. текста, пункт 24 (эти положения... «регулируют его [арбитражный процесс] как принципы общего международного права, а не принципы, вытекающие из соглашения сторон»); проект статьи 1 b) о предотвращении и наказании за преступления против дипломатических агентов и других лиц, имеющих право на защиту в соответствии с международным правом, *Ежегодник... 1972 год*, том II, стр. 385 («[«Лицо, пользующееся международной защитой» означает] всякое должностное лицо государства или международной организации, имеющее право в соответствии с общим международным правом или международным соглашением\*, на специальную защиту...»); пункт 8) комментария к проекту статьи 1, там же, стр. 387 («Выражение "общее международное право" употребляется для того, чтобы дополнить ссылку на "международное соглашение"...»); пункт 3) комментария к проекту статьи 18 по праву трансграничных водоносных горизонтов, *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 51–52 («клаузула Мартенса» – см. сноску 123 выше); пункт 2) комментария к проекту статьи 10 о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 137; пункт 4) комментария к проекту статьи 14 о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 34 («Само собой разумеется, что высылающее государство обязано уважать в отношении подлежащего высылке иностранца все обязательства защиты прав человека, которые лежат на нем в силу как его международных договоров, так и общего международного права»); и аналогичным образом комментариев к проекту статьи 25 о высылке иностранцев, там же, стр. 47.

<sup>130</sup> См., например, комментарий к проекту статьи 49 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 246–247 англ. текста («1) Такое существующее в праве мнение нашло свое подкрепление и было консолидировано подтверждением уголовного характера агрессивной войны в статутах союзных военных трибуналов, учрежденных для суда над военными преступниками стран оси, совершенно определенным запрещением угрозы силой или ее применения, содержащимся в пункте 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций, и практикой самой Организации Объединенных Наций... 5)... *Изложенные в Уставе принципы относительно угрозы силой или ее применения являются, по мнению Комиссии, нормами общего международного права, имеющими теперь универсальное применение\**... 8)... Как указано выше в пункте 1), недействительность договора,

используется также Комиссией как общий термин, обозначающий как международное обычное право, так и общие принципы<sup>131</sup>.

#### Замечание 30

В ряде случаев Комиссия ссылается на общие принципы права, – возможно, по смыслу пункт 1 c) Статьи 38, Статута Международного Суда<sup>132</sup>, – или на так называемые общие принципы международного права<sup>133</sup>. Комиссия также указывает, что такие общие принципы могут служить основой для международно-правовой регламентации конкретных

являющегося следствием неправомерной угрозы силой или ее неправомерного применения, есть принцип, составляющий *lex lata*... *...Значительное большинство специалистов международного права, без колебаний считает, что в пункте 4 статьи 2, наряду с другими положениями Устава, авторитетно излагается современное обычное право в отношении угрозы силой или ее применения\**»).

<sup>131</sup> См. разъяснения, содержащиеся в докладе Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, документ A/CN.4/L.682 и Add.1 и Corr.1 (размещен на веб-сайте Комиссии, документы пятьдесят восьмой сессии; окончательный текст будет опубликован в качестве добавления к *Ежегоднику... 2006 год*, том II (часть первая)), пункт 194 (2) a) («Общее международное право (т. е. общие обычаи и общие принципы права)\* заполняет пробелы в специальном режиме и обеспечивает толковательную направленность для его функционирования»); и пункт 493 (3) («Понятие "общего международного права" явно отсылает к общему обычному праву, а также "общим принципам права, признаваемым цивилизованными нациями", согласно Статье 38, пункт 1 c), Статута Международного Суда. Но оно может также охватить принципы самого международного права и аналогии из внутреннего права, особенно принципы юридического процесса (*audiatur et altera pars*, in  *dubio mitius*, *estoppel* и т. п.). В практике международных трибуналов, включая Апелляционный орган ВТО или Европейский и Межамериканский суды по правам человека, принято ссылаться на различные виды "принципов", подчас заимствованных из внутреннего права, иногда – из международной практики, но зачастую без уточнения их авторитетности»).

<sup>132</sup> См., например, пункт 4) комментария к проекту статьи 59 о праве международных договоров, *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 257 англ. текста (принцип *rebus sic stantibus*); пункт 1) комментария к проекту статьи 7 о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств, *Ежегодник... 1999 год*, том II (часть вторая), стр. 32 («Комиссия признает, что одним из общих принципов права является принцип отсутствия у законодательства обратная сила»); и пункт 3) комментария к статье 14 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 49 (в котором поясняется: «Круг возможных обстоятельств, исключающих вину в совершении преступлений, охватываемых Кодексом, [ограничивается] теми обстоятельствами, которые прочно вошли в практику и широко признаются в качестве приемлемых в отношении преступлений сходной степени тяжести по внутригосударственному или международному праву»). Дополнительные примеры см. в сноске 134 ниже.

<sup>133</sup> См., например, *Ежегодник... 1949 год*, стр. 290 англ. текста, пункт 52 (где поясняется, что в статьях проекта декларации о правах и обязанностях государств изложены «общие принципы международного права»); пункт 8) комментария к проекту статьи 68 о морском праве, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 298 англ. текста («[Принцип суверенных прав прибрежного государства], основанный на общих принципах, отвечающих текущим потребностям международного сообщества, вовсе не противоречит принципу свободы морей»). См. также следующие две сноски.

вопросов<sup>134</sup> или даже всей международно-правовой системы<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> В этом контексте упоминаются как общие принципы права, так и общие принципы международного права. Касательно общих принципов права см., в частности, пункт 1) комментария к проекту статьи 7 о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств, *Ежегодник... 1999 год*, том II (часть вторая), стр. 32 (в котором идет речь о принципе отсутствия у законодательства обязательной силы как об одном из общих принципов права, который «призван сыграть важную роль» в том, что касается вопросов гражданства); статью 14 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 49 («Компетентный суд определяет допустимость исключаящих вину обстоятельств в соответствии с общими принципами права в свете характера каждого преступления»); пункт 1) комментария к проекту статьи 3 о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 186 («В основе статьи 3 положен фундаментальный принцип *sic utere tuo ut alienum non laedas*, нашедший свое отражение в принципе 21 Стокгольмской декларации»). Касательно общих принципов международного права см., в частности, пункт 8) комментария к проекту статьи 3 о морском праве, *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 266 англ. текста («Из сказанного следует, что Комиссия совершенно определенно высказывается против притязаний на расширение территориального моря до таких пределов, которые, по ее мнению, угрожают существованию принципа, регулировавшего морское право со времени Гроция, а именно – свободе открытого моря»); пункт 1) комментария к проекту статьи 27 о морском праве, там же, стр. 278 англ. текста («Общепризнанный в международном праве принцип, согласно которому открытое море открыто для всех наций, лежит в основе всей относящейся к данной области регламентации»); комментарий к предварительному варианту проекта статьи 6 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (см. сноску 47 выше); *Ежегодник... 1980 год*, том II (часть вторая), стр. 147, пункт 12) («Это логическое обоснование иммунитета суверена, как представляется, основывается на ряде основных принципов, таких как общее согласие или обычай, международная вежливость или любезность, независимость, суверенитет и достоинство каждой суверенной власти, представляющих собой постепенный переход от атрибутов личных суверенов к теории равенства и суверенитета государств и принципу согласия»); и там же, стр. 158, пункт 55) (в котором идет речь о «рациональных основах иммунитета государства» и приводятся понятия «суверенитета, независимости, равенства и достоинства государств», которые «видимо, взаимосвязаны и в целом составляют прочную международно-правовую основу иммунитета государства»).

<sup>135</sup> См. в этой связи следующее замечание Комиссии в отношении проекта декларации о правах и обязанностях государств: «В заключение следует отметить, что приводимые в Проекте декларации права и обязанности сформулированы в общих выражениях без указания ограничений или исключений, как это и подобает при составлении декларации основных прав и обязанностей. Статьи Проекта декларации провозглашают общие принципы международного права, объем и порядок применения которых должны быть определены более точными правилами\*». Статья 14

### Замечание 31

Кроме того, в работе Комиссии выражение «общее международное право» использовалось также применительно к общим нормам международного права в отличие от норм, относящихся к конкретным областям, включая право прав человека, экологическое право, морское право и т. д.<sup>136</sup>

Проекта декларации является признанием этого положения. Она заключает всеобщее положение, доминирующее над всем проектом, и, по мнению комиссии, служит правильным ключом к другим положениям Проекта декларации тем, что провозглашена «супрематия международного права»» (*Ежегодник... 1949 год*, стр. 290 англ. текста, пункт 52). См. также пункт 2) комментария к проекту статьи 4 о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 189 (где идет речь о принципе добросовестности, пронизывающем «всю структуру международных отношений» (в связи с чем цитируется R. Rosenstock, «The declaration of principles of international law concerning friendly relations: a survey», *AJIL*, vol. 65 (1971), p. 734)); а также замечания, сделанные Комиссией в отношении клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации и принципа недискриминации, *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 14, пункт 48 («Несколько лет назад Комиссия признала, что правило недискриминации "является общей нормой, вытекающей из равенства государств", и что недискриминация является "общей нормой, присущей суверенному равенству государств"»); и там же, стр. 15, пункт 50 (со ссылкой на «очевидную норму, согласно которой государства, хотя они и связаны обязательством, возникающим из принципа недискриминации, тем не менее могут предоставлять особые преимущества другим государствам на основе каких-либо особых взаимоотношений географического, экономического, политического или иного характера»).

<sup>136</sup> См., в частности, доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 213–214, пункт 243 («Фрагментация международного социального мира приобретает юридическое значение в силу того, что она сопровождается появлением специализированных и (относительно) автономных норм или комплексов норм, правовых институтов и сфер юридической практики. Что когда-то казалось регулируемым "общим международным правом" стало сферой действия таких специализированных систем, как "торговое право", "право в области прав человека", "экологическое право", "морское право", "европейское право", и даже таких узкоспециализированных форм знания, как "инвестиционное право" или "международное право беженцев" и т. п., – каждое из которых обладает своими собственными принципами и институтами»). См. также там же, пункт 251, подпункт 10, сноска 976 («Общепринятого определения "общего международного права" не существует. Однако в настоящих выводах достаточно определить, что есть "общее" путем отсылки к его логической противоположности, а именно к тому, что есть "специальное"»).

## ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ ШЕСТЬДЕСЯТ ПЯТОЙ СЕССИИ

<i>Обозначение документа</i>	<i>Наименование документа</i>	<i>Примечания и ссылки</i>
A/CN.4/656	Предварительная повестка дня шестьдесят пятой сессии	Отпечатан на мимеографе. Утвержденную повестку дня см. в <i>Ежегоднике... 2013 год</i> , том II (часть вторая).
A/CN.4/657	Подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят седьмой сессии	Отпечатан на мимеографе.
A/CN.4/658	Временное применение договоров, меморандум Секретариата	Воспроизводится в настоящем томе.
A/CN.4/659	Формирование и доказательства существования международного обычного права: элементы результатов предыдущей работы Комиссии международного права, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме, меморандум Секретариата	То же.
A/CN.4/660	Первый доклад по вопросу о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Георгом Нольте	То же.
A/CN.4/661	Второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, подготовленный Специальным докладчиком г-жой Консепсьон Эскобар Эрнандес	То же.
A/CN.4/662	Шестой доклад о защите людей в случае бедствий, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Эдуардо Валенсией-Оспиной	То же.
A/CN.4/663	Первый доклад по теме «Формирование и доказательства существования международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком сэром Майклом Вудом	То же.
A/CN.4/664	Первый доклад по вопросу о временном применении договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Хуаном Мануэлем Гомесом Робледо	То же.
A/CN.4/L.813	Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров: текст проекта выводов 1–5, принятый в предварительном порядке Редакционным комитетом на шестьдесят пятой сессии Комиссии международного права	Отпечатан на мимеографе.
A/CN.4/L.814	Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции: текст проектов статей 1, 3 и 4, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом на шестьдесят пятой сессии Комиссии международного права	То же.
A/CN.4/L.815	Защита людей в случае бедствий: тексты и названия проектов статей 5 ter и 16, принятых в предварительном порядке Редакционным комитетом 17 июля 2013 года	То же.
A/CN.4/L.816	Проект доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии, глава I (Организация работы сессии)	То же. Принятый текст см. в <i>Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)</i> . Окончательный текст фигурирует в <i>Ежегоднике... 2013 год</i> , том II (часть вторая).

Обозначение документа	Наименование документа	Примечания и ссылки
A/CN.4/L.817	То же, глава II (Резюме работы Комиссии на ее шестьдесят пятой сессии)	То же.
A/CN.4/L.818	То же, глава III (Конкретные вопросы, изложение мнений по которым представляло бы особый интерес для Комиссии)	То же.
A/CN.4/L.819 и Add.1–3	То же, глава IV (Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров)	То же.
A/CN.4/L.820 и Add.1–3	То же, глава V (Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции)	То же.
A/CN.4/L.821 и Add.1–2	То же, глава VI (Защита людей в случае бедствий)	То же.
A/CN.4/L.822 и Add.1	То же, глава VII (Формирование и доказательства существования международного обычного права)	То же.
A/CN.4/L.823	То же, глава VIII (Временное применение договоров)	То же.
A/CN.4/L.824	То же, глава IX (Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами)	То же.
A/CN.4/L.825	То же, глава X (Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare))	То же.
A/CN.4/L.826	То же, глава XI (Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации)	То же.
A/CN.4/L.827 и Add.1	То же, глава XII (Другие решения и выводы Комиссии)	То же.
A/CN.4/L.828	Доклад Исследовательской группы по клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации	Отпечатан на mimeографе.
A/CN.4/L.829	Доклад Рабочей группы по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)	То же. Принятый текст см. в <i>Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10). Окончательный текст фигурирует в Ежегоднике... 2013 год, том II (часть вторая).</i>
A/CN.4/L.830	Доклад Группы по планированию	То же.
A/CN.4/SR.3159–A/CN.4/SR.3197	Предварительные краткие отчеты о 3159–3197-м заседаниях	То же. Окончательный текст фигурирует в <i>Ежегоднике... 2013 год, том I.</i>

