

# ЕЖЕГОДНИК КОМИССИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

# 2014

*Том II  
Часть первая*

*Документы шестьдесят шестой сессии*

---

ОРГАНИЗАЦИЯ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ





# ЕЖЕГОДНИК КОМИССИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

# 2014

*Том II  
Часть первая*

*Документы шестьдесят шестой 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... 2013 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 шестой 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/2014/Add.1 (Part 1)

ИЗДАНИЕ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

eISBN: 978-92-1-047561-7

ISSN: 0251-771X  
eISSN: 2412-4567

## СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Сокращения.....	iv
Примечание, касающееся цитат .....	v
<b>Высылка иностранцев</b> (пункт 2 повестки дня) <i>Документ A/CN.4/670.</i> Девятый доклад о высылке иностранцев, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Морисом Камто .....	1
<i>Документ A/CN.4/669 и Add.1.</i> Комментарии и замечания, полученные от прави- тельств.....	23
<b>Защита людей в случае бедствий</b> (пункт 4 повестки дня) <i>Документ A/CN.4/668 и Add.1.</i> Седьмой доклад о защите людей в случае бедствий, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Эдуардо Валенсией-Оспиной...	75
<b>Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдик- ции</b> (пункт 5 повестки дня) <i>Документ A/CN.4/673.</i> Третий доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, подготовленный Специальным докладчи- ком г-жой Консепсьон Эскобар Эрнандес.....	101
<b>Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров</b> (пункт 6 повестки дня) <i>Документ A/CN.4/671.</i> Второй доклад по вопросу о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Георгом Нольте .....	137
<b>Временное применение договоров</b> (пункт 8 повестки дня) <i>Документ A/CN.4/675.</i> Второй доклад по вопросу о временном применении договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Хуаном Мануэлем Гомесом Робледо .....	185
<b>Выявление международного обычного права</b> (пункт 9 повестки дня) <i>Документ A/CN.4/672.</i> Второй доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком сэром Майклом Вудом .....	199
<b>Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами</b> (пункт 10 повестки дня) <i>Документ A/CN.4/674.</i> Предварительный доклад по вопросу об охране окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, подготовленный Специальным докладчиком г-жой Марией Г. Якобссон.....	247
<b>Охрана атмосферы</b> (пункт 11 повестки дня) <i>Документ A/CN.4/667.</i> Первый доклад об охране атмосферы, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Шиньей Мурасэ .....	289
Перечень документов шестьдесят шестой сессии .....	333

## СОКРАЩЕНИЯ

АСЕАН	Ассоциация государств Юго-Восточной Азии
ВМО	Всемирная метеорологическая организация
ВОЗ	Всемирная организация здравоохранения
ВТО	Всемирная торговая организация
ГАТТ	Генеральное соглашение по тарифам и торговле
ЕС	Европейский союз
ЕЭК	Европейская экономическая комиссия
ИКАО	Международная организация гражданской авиации
ИМО	Международная морская организация
ИСО	Международная организация по стандартизации
МККК	Международный комитет Красного Креста
МОТ	Международная организация труда
МФКК	Международная федерация обществ Красного Креста и Красного Полумесяца
МЦУИС	Международный центр по урегулированию инвестиционных споров
НАФТА	Североамериканское соглашение о свободной торговле
ОАЕ	Организация африканского единства
ОЭСР	Организация экономического сотрудничества и развития
СААРК	Ассоциация регионального сотрудничества стран Южной Азии
УВКБ	Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев
УКГВ	Управление по координации гуманитарных вопросов
ЮНЕП	Программа Организации Объединенных Наций по окружающей среде
ЮНЕСКО	Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры
ЮНИТАР	Учебный и научно-исследовательский институт Организации Объединенных Наций

\*

\* \*

AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i> (Paris)
AJIL	<i>American Journal of International Law</i> (Washington, D.C.)
BYBIL	<i>The British Year Book of International Law</i> (London)
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> ).
<i>I.C.J. Pleadings</i>	International Court of Justice, <i>Pleadings, Oral Arguments, Documents</i>
<i>I.C.J. Reports</i>	International Court of Justice, <i>Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i> (Washington, D.C.)
ILR	<i>International Legal Reports</i> (Cambridge)
KAV	Kavass Series
<i>P.C.I.J., Series A</i>	Permanent Court of International Justice, <i>Collection of Judgments</i> (Nos. 1–24: up to and including 1930)
<i>P.C.I.J., Series A/B</i>	Permanent Court of International Justice, <i>Collection of Judgments, Orders and Advisory Opinions</i> (Nos. 40–80: beginning in 1931)
<i>P.C.I.J., Series B</i>	Permanent Court of International Justice, <i>Collection of Advisory Opinions</i> (Nos. 1–18: up to and including 1930)
<i>P.C.I.J., Series C</i>	Permanent Court of International Justice, <i>Pleadings, Oral Arguments, Documents</i> (Nos. 52–88: beginning in 1931)
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i> (Paris)
TIAS	<i>Treaties and Other International Acts Series</i> (Washington, D.C.)
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>.





# ВЫСЫЛКА ИНОСТРАНЦЕВ

[Пункт 2 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/670

## Девятый доклад о высылке иностранцев, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Морисом Камто\*

[Подлинный текст на французском языке]  
[25 марта 2014 года]

### СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе .....	2
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....	2
	<i>Пункты</i>
ВВЕДЕНИЕ .....	1–3 3
<i>Глава</i>	
I. КОММЕНТАРИИ И ЗАМЕЧАНИЯ ГОСУДАРСТВ .....	4–70 3
A. Общие комментарии и замечания по теме .....	5–7 3
B. Комментарии, замечания и предложения по проектам статей .....	8–70 4
1. Замечания общего характера .....	9–21 4
2. Постатейные комментарии и предложения государств .....	22–70 6
Статья 1. Сфера применения .....	22–23 6
Статья 2. Употребление терминов .....	24–25 7
Статья 3. Право на высылку .....	26 8
Статья 4. Требования о соблюдении закона .....	27 8
Статья 5. Основания для высылки .....	28 8
Статья 6. Запрет высылки беженцев .....	29–34 9
Статья 7. Запрет высылки апатридов .....	35–36 10
Статья 8. Другие нормы, непосредственно касающиеся высылки беженцев и апатридов .....	37 11
Статья 9. Лишение гражданства для единственной цели высылки .....	38 11
Статья 10. Запрет коллективной высылки .....	39–40 11
Статья 11. Запрет замаскированной высылки .....	41 12
Статья 12. Запрет высылки для целей конфискации имущества .....	42 12
Статья 13. Запрет прибегать к высылке, чтобы обойти процедуру экстрадиции .....	43 12
Статья 14. Обязательство уважать человеческое достоинство и права человека иностранцев, подлежащих высылке .....	44 13
Статья 15. Обязательство не подвергать дискриминации .....	45 13
Статья 16. Уязвимые лица .....	46 13
Статья 17. Обязательство защищать право на жизнь подлежащих высылке иностранцев .....	47 13
Статья 18. Запрет пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания .....	48 13
Статья 19. Условия содержания под стражей подлежащего высылке иностранца .....	49–52 14
Статья 20. Обязательство уважать право на семейную жизнь .....	53 15

\* Специальный докладчик выражает свою искреннюю признательность секретариату Комиссии международного права, и в особенности г-ну Давиду Нанопулосу, за обзор комментариев и замечаний государств, представленный в записке «Высылка иностранцев: анализ комментариев и замечаний к проектам статей, принятым в первом чтении», что в значительной мере упростило ему задачу.

Глава	Пункты	Стр.
Статья 21. Отъезд в государство назначения.....	54	15
Статья 22. Государство назначения подлежащих высылке иностранцев .....	55	15
Статья 23. Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором его жизнь и свобода находились бы под угрозой.....	56–57	16
Статья 24. Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором он может быть подвергнут пыткам и жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания .....	58	17
Статья 26. Процедурные права иностранцев, подлежащих высылке .....	59–61	17
Статья 27. Приостанавливающее действие обжалования решения о высылке.....	62–66	18
Статья 29. Возвращение в выславшее государство.....	67	19
Статья 30. Защита имущества подлежащего высылке иностранца.....	68	20
Статья 31. Ответственность государств в случаях незаконной высылки .....	69	20
Статья 32. Дипломатическая защита.....	70	20
II. Заключительные замечания Специального докладчика .....	71–77	21

### Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

*Источник*

Конвенция, устанавливающая правила, которые должны соблюдаться при предоставлении убежища (Гавана, 20 февраля 1928 года)	League of Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. CXXXII, No. 3046, p. 323.
Конвенция о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 189, No. 2545, p. 137. См. также текст на русском языке: <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.
Конвенция о статусе апатридов (Нью-Йорк, 28 сентября 1954 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 360, No. 5158, p. 117.
Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 999, No. 14668, p. 225.
Конвенция Организации африканского единства, регулирующая специфические аспекты проблемы беженцев в Африке (Аддис-Абеба, 10 сентября 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1001, No. 14691, p. 45.
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.

### Работы, цитируемые в настоящем докладе

ABI-SAAB, Georges	КАМТО, Maurice
“Cours général de droit international public”, в <i>Collected Courses of The Hague Academy of International Law</i> , vol. 207 (1987), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 9–464.	“La volonté de l’État en droit international”, в <i>Collected Courses of The Hague Academy of International Law</i> , vol. 310 (2004). Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 9–428.
BUZZINI, Gionata P.	ТОМУШЧАТ, Christian
“La théorie des sources face au droit international général: Réflexions sur l’émergence du droit objectif dans l’ordre juridique international”, RGDIP, vol. 106 (2002), pp. 581–617.	“Expulsion of aliens: the International Law Commission draft articles”, в Georg Jochum, Wolfgang Fritzemeyer and Marcel Kau, eds., <i>Grenzüberschreitendes Recht — Crossing Frontiers: Festschrift für Kay Hailbronner</i> . Heidelberg, C.F. Müller, 2013, pp. 645–662.

## Введение

1. На своей шестьдесят четвертой сессии в 2012 году Комиссия международного права приняла в первом чтении текст проектов статей о высылке иностранцев и комментарии к ним<sup>1</sup>. Проекты статей стали предметом широкого обсуждения в рамках рассмотрения доклада Комиссии о работе ее шестьдесят четвертой сессии в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ноябре 2012 года. В ходе обсуждений высказывались очень разные мнения по этой теме, причем некоторые государства продолжали отстаивать свои позиции, последовательно заявлявшиеся ими с тех самых пор, как Шестой комитет одобрил включение темы «Высылка иностранцев» в программу работы Комиссии.

<sup>1</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 19, пункт 46.

2. В пункте 43 своего доклада Комиссия отмечает, что на своем 3155-м заседании 31 июля 2012 года она постановила в соответствии со статьями 16–21 Положения о Комиссии передать проекты статей через посредство Генерального секретаря правительствам для изложения комментариев и замечаний с просьбой направить эти комментарии и замечания Генеральному секретарю до 1 января 2014 года<sup>2</sup>.

3. Несколько государств препроводили Генеральному секретарю свои комментарии и замечания. Специальный докладчик предлагает сначала остановиться на них подробнее, после чего он поделится собственными выводами, сделанными на основе анализа полученных замечаний.

<sup>2</sup> Там же, стр. 15, пункт 43.

## ГЛАВА I

### Комментарии и замечания государств

4. В ходе обсуждений в Шестом комитете во время шестьдесят седьмой сессии Генеральной Ассамблеи в ноябре 2012 года несколько правительств выразили свои мнения по теме «Высылка иностранцев»<sup>3</sup>. Впоследствии некоторые правительства представили также свои письменные комментарии и замечания, которые были препровождены Специальному докладчику через посредство секретариата Комиссии<sup>4</sup>. Одни государства ограничили свои замечания общего характера, другие же, напротив, представили комментарии и замечания по каждой статье, сопроводив некоторые из них предложениями о внесении поправок в тот или иной проект статьи и даже предложениями редакционного характера. Сначала мы рассмотрим комментарии и замечания общего характера, после чего обратимся к тем, которые касаются самих проектов статей.

#### А. Общие комментарии и замечания по теме

5. В целом, судя по комментариям и замечаниям, которые были высказаны в ходе обсуждений в Шестом комитете в 2012 году и которые впоследствии были изложены в письменной форме, взгляды государств на

эту тему весьма противоречивы. Некоторые государства сомневаются в уместности кодификации данной темы. Так, страны Северной Европы

по-прежнему сомневаются в целесообразности усилий Комиссии по определению общих норм международного права, касающихся высылки иностранцев, поскольку данная область права регулируется детальными региональными нормами<sup>5</sup>.

Одно государство считает, что данная «тема полна проблем и поднимает множество трудных и запутанных вопросов, которые напрямую вторгаются в сферу внутренних дел государств»<sup>6</sup>. Другое государство заявило, что, несмотря на усилия, приложенные Комиссией с целью учесть тревоги, выраженные государствами, оно

по-прежнему считает этот вопрос спорным и сомневается в том, что проекты статей послужат хорошей основой для будущей конвенции, а также в возможности нахождения баланса между простым повторением практики государств и введением нового режима, основанного на высоких стандартах в области прав человека<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Дания (от имени стран Северной Европы), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 45.

<sup>6</sup> Соединенное Королевство, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 67. См. также замечания Соединенного Королевства в документе A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел А.

<sup>7</sup> Венгрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 50. Вместе с тем следует отметить, что «[венгерская] делегация приветствует то внимание, которое Специальный докладчик уделил Директиве Европейского союза по вопросам возвращения [Директива 2008/115/ЕС Европейского парламента и Совета от 16 декабря 2008 года об общих стандартах и процедурах, применимых в государствах-членах для возвращения незаконно пребывающих в них граждан третьих стран], в которой согласуются минимальные стандарты по данному вопросу, установленные согласно национальному законодательству более чем 30 европейских государств» (там же).

<sup>3</sup> С заявлениями выступили правительства следующих 36 государств-членов: Австралии, Австрии, Беларуси, Венгрии, Германии, Греции, Дании (от имени стран Северной Европы: Дании, Исландии, Норвегии, Финляндии, Швеции), Замбии, Израиля, Индии, Индонезии, Ирака, Ирана (Исламская Республика), Испании, Канады, Китая, Конго, Кубы, Малайзии, Мексики, Нидерландов, Перу, Польши, Португалии, Республики Корея, Российской Федерации, Румынии, Сальвадора, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Таиланда, Франции, Чешской Республики, Чили, Швейцарии и Южной Африки. Свои соображения по данной теме представил также Европейский союз.

<sup>4</sup> Наряду с комментариями и замечаниями Европейского союза, к 31 января 2014 года в распоряжение Специального докладчика поступили комментарии и замечания 11 государств, а именно: Австралии, Австрии, Бельгии, Германии, Канады, Марокко, Нидерландов, Республики Корея, Сальвадора, Соединенного Королевства и Чешской Республики.

А по мнению еще одного государства, в связи с кодификацией этой темы возникает

множество методологических вопросов, в том числе о том, в какой степени ей следует опираться на многообразную и специфическую национальную и региональную судебную практику, и о методах определения соответствующих общих норм международного права. [...] В результате остаются сомнения в отношении как оснований для кодификации *lex lata*, так и необходимости в ней. Не менее спорным является и вопрос о приемлемости подхода *de lege ferenda*, предложенного Специальным докладчиком в отношении нынешней формулировки положений о возвращении в выславшее государство и процедурах обжалования<sup>8</sup>.

6. Специальный докладчик не может оставить без внимания это справедливое замечание по вопросу о методологии. Но оно не может служить основанием для утверждения о невозможности или нецелесообразности рассмотрения этой темы Комиссией. Согласиться с подобным доводом означало бы поставить под сомнение всю работу по прогрессивному развитию и кодификации, проделанную Комиссией с момента ее учреждения, ведь в ходе изучения темы «Высылка иностранцев» Специальный докладчик не руководствовался неким новым подходом, отличным от того, который применялся в ходе работы над другими темами, ранее фигурировавшими в повестке дня Комиссии.

7. Впрочем, наряду с сомнениями, выраженными вышеупомянутыми государствами, некоторыми государствами, напротив, была заявлена решительная поддержка как самой идеи рассмотрения этой темы, так и проектов статей, принятых Комиссией в первом чтении, что не помешало этим государствам представить свои комментарии и замечания по тем или иным конкретным проектам. Так, одно государство сочло, что «вопрос высылки иностранцев можно, при определенных поправках, считать готовым для кодификации»<sup>9</sup>. В том же духе другое государство заявило, что оно

приветствует изменения, внесенные со времени предыдущей сессии в проекты статей о высылке иностранцев, что отражает усилия Комиссии по достижению баланса между распорядительными полномочиями выслывающих государств и законными правами подлежащих высылке иностранцев, оставляя при этом государствам некоторое пространство для маневра при приведении в действие своего национального законодательства<sup>10</sup>.

В свою очередь, другое государство заявило, что в целом оно «считает, что проекты статей представляют собой позитивный вклад в кодификацию и прогрессивное развитие международного права по данной теме»<sup>11</sup>.

#### **В. Комментарии, замечания и предложения по проектам статей**

8. В этом разделе также приводятся некоторые замечания общего характера, которыми некоторые государства предварили свои постатейные комментарии.

#### **1. ЗАМЕЧАНИЯ ОБЩЕГО ХАРАКТЕРА**

9. Касаясь вопроса о структуре проекта статей и баланса прав заинтересованных сторон, одно государство заявило, что «проекты статей должны стремиться к большей сбалансированности между правами иностранцев и суверенными правами государства»<sup>12</sup>. Как бы ему в ответ, другое государство выразило удовлетворение

структурой проектов статей о высылке иностранцев, что отражает предпринимаемые Комиссией усилия с целью совместить право государств высылать иностранцев и ограничения для этого права, устанавливаемые международным правом<sup>13</sup>.

Другое государство заявило, что оно особенно удовлетворено

тем, что текст был более логично структурирован: изложены основные материально-правовые нормы, регулирующие высылку иностранцев, а затем права и гарантии надлежащей правовой процедуры, которыми обладают подлежащие высылке иностранцы. Делегация также приветствует включение принципов законности и надлежащей правовой процедуры, имеющих фундаментальное значение для защиты прав человека иностранцев, подлежащих высылке. Такого же одобрения заслуживает сквозное упоминание таких норм в области прав человека, как право на жизнь, запрещение пыток и обязательство не подвергать дискриминации, а также конкретное признание прав уязвимых лиц, беженцев и лиц без гражданства, что соответствует международным конвенциям в отношении этих категорий лиц. Важно, что проекты статей в их нынешней форме проводят четкое различие между высылкой иностранцев и экстрадицией, устраняя таким образом путаницу, существовавшую в прежних версиях<sup>14</sup>.

Другое государство выразило схожее мнение, заявив:

В проекте статей эта тема получила всестороннее освещение, в них затронута большая часть аспектов, касающихся существа и процедуры по вопросу о высылке, в том числе обязательства государства, в частности обязательство не осуществлять насильственное возвращение и обязательство уважать права человека в процессе высылки. В них также определены наиболее важные и широко признанные права иностранцев, подлежащих высылке, наряду с сопутствующими запретами, возлагаемыми на государства международным правом<sup>15</sup>.

10. Некоторые государства выразили сомнения относительно природы норм, содержащихся в проектах статей, указав, что в ряде случаев эти проекты представляют собой скорее прогрессивное развитие, нежели кодификацию<sup>16</sup>. В этой связи одно государство призвало с осторожностью подходить к введению в общее употребление норм, предусматриваемых региональными и субрегиональными договорами или механизмами, которые, как оно считает, «не обязательно могут считаться представительными с точки зрения практики государств или *opinio juris*»<sup>17</sup>. По мнению этого государства,

<sup>12</sup> Таиланд, там же, пункт 38.

<sup>13</sup> Польша, там же, пункт 70.

<sup>14</sup> Мексика, там же, пункт 17.

<sup>15</sup> Греция, там же, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22), пункт 24.

<sup>16</sup> См., в частности: Канада, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел А; Республика Корея, там же; и Нидерланды, там же, и *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 25.

<sup>17</sup> Исламская Республика Иран, там же, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 7.

<sup>8</sup> Израиль, там же, пункт 35.

<sup>9</sup> Польша, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 72.

<sup>10</sup> Китай, там же, пункт 53.

<sup>11</sup> Мексика, там же, пункт 17.

некоторые из проектов статей выходят за рамки как обычного, так и договорного права (*lex lata*). [...] Комиссия, как правило, склонна переоценивать роль практики договорных органов, таких как Комитет по правам человека, в выявлении норм, подчас ценой подмены тех самых норм, установить которые имелось в виду в соответствующих договорах<sup>18</sup>.

11. В связи с этим Специальный докладчик хотел бы указать на то, что, поскольку в международном праве отсутствуют общепризнанные правила или методы установления *opinio juris*, едва ли можно утверждать, что подобные закрепившиеся в общей практике нормы не являются по сути обычными нормами. Рассудить стороны в этом споре, если таковой возникнет, способен только судья. Может быть, в будущем результаты нынешней работы Комиссии над темой обычая помогут ответить на этот вопрос, однако этот момент еще не настал. Как бы то ни было, в том, что некоторые проекты статей представляют собой прогрессивное развитие международного права, нет ничего удивительного – ни в свете Положения о Комиссии, ни в контексте ее устоявшейся практики.

12. Одно государство выразило обеспокоенность в связи с тем, что

источником различных прав человека, признаваемых в проектах статей, являются различные международные документы и конвенции, которые могли не получить универсального признания, и эта ситуация способна в будущем осложнить применение этих проектов статей, поскольку государство не может быть связанным обязательствами, установленными на основании договоров или соглашений, в которых [оно не участвует]<sup>19</sup>.

13. Чтобы развеять подобные сомнения, достаточно напомнить, что ни одно государство ни при каких обстоятельствах не отвечает по обязательствам, содержащимся в международно-правовых документах, которые оно не подписывало.

14. Другое государство обратилось к Комиссии с более радикальным предложением

указать в начале проектов статей, что они не являются ни кодификацией действующих норм международного права, ни новым толкованием давно существующих и хорошо понятных договоров<sup>20</sup>.

15. Специальный докладчик не видит необходимости в подобном указании. Оно просто не согласуется с содержанием проектов статей, среди которых, безусловно, присутствуют как положения, имеющие целью прогрессивное развитие международного права в области высылки иностранцев, так и весьма многочисленные положения, представляющие собой кодификацию прочно устоявшейся практики государств, сформировавшейся за период с начала второй половины XIX века и подкрепляемой обширной судебной практикой. Опять же, в таком подходе Комиссии нет ничего нового: она действовала в полном соответствии со своей практикой.

16. Некоторые государства сочли, что слово «aliens» в названии английской версии проекта статей имеет негативную коннотацию, поскольку оно отвлекает

внимание от того, что речь в данном случае идет все-таки о живых людях<sup>21</sup>. Именно по этой причине, как указало одно из этих государств, в его национальном законодательстве это слово было заменено понятиями «мигранты» или «иностранные граждане»<sup>22</sup>. Признавая обоснованность этого замечания, обусловленного в ряде случаев ассоциациями с печальными страницами истории определенных политических режимов, Специальный докладчик все же не видит оснований сверх меры настаивать на изменении названия, тем более что, если не считать заявлений этих двух государств, данный вопрос не вызвал нареканий среди государств. К тому же он уже поднимался в Комиссии до принятия проектов статей в первом чтении, но не получил какого-либо развития.

17. Другое государство предложило внести поправки терминологического характера, а именно: заменить термины «законный/незаконный» на «урегулированный/неурегулированный миграционный статус», а слово «иностранец» на «иностранное лицо» по всему тексту проектов статей<sup>23</sup>. Специальный докладчик уже ответил на вопрос относительно использования слова «alien». Что же касается формулировки «мигрант с урегулированным/неурегулированным статусом», то следует отметить, во-первых, что она весьма расплывчата и выходит далеко за рамки рассматриваемой темы, поскольку касается проблемы миграции, и, во-вторых, что понятия «урегулированный/неурегулированный» лишены ясности, так как ничто не позволяет с полной уверенностью утверждать, что урегулированный статус обязательно предполагает его законность.

18. Государства разошлись во мнениях по многим аспектам рассматриваемой темы и связанным с нею вопросам. В то время как одни государства подвергли критике идею обращения к региональному праву для целей выявления тенденций в развитии международной практики в связи с высылкой иностранцев<sup>24</sup>, другие, напротив, приветствовали учет норм европейского права в этой области<sup>25</sup>. Одно государство предложило учесть в проектах статей соглашения о реадмиссии ввиду их важной роли при определении страны назначения<sup>26</sup>. Другое государство указало на необходимость доработки проектов статей, в частности положений проектов 11, 12, 30 и 32, с точки зрения обеспечения защиты имущества высланных иностранцев<sup>27</sup>. А еще одно государство заявило, что оно считает

<sup>21</sup> Перу, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 89; и Южная Африка, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 79.

<sup>22</sup> Южная Африка, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 79.

<sup>23</sup> Сальвадор, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел А, пункты 1–2.

<sup>24</sup> См., в частности, заявления Соединенных Штатов Америки в Шестом комитете.

<sup>25</sup> Венгрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 50.

<sup>26</sup> Греция, там же, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22), пункт 25.

<sup>27</sup> Республика Корея, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 120.

<sup>18</sup> Там же.

<sup>19</sup> Индонезия, там же, пункт 26.

<sup>20</sup> Канада, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел А, пункт 1.

уместным включить в него положение, непосредственно касающееся права на здоровье задержанных лиц, подлежащих высылке... как неотъемлемое право всех людей, призванное обеспечить наилучший достижимый уровень физического, душевного и социального благополучия<sup>28</sup>.

19. Хотя Специальный докладчик не может отрицать, что эти предложения заслуживают внимания, он должен отметить, следующее: региональное право входит в состав международного права и не может не учитываться, тем более что Комиссия постоянно обращается к нему в своей работе; вопрос о соглашениях о реадмиссии был надлежащим образом исследован Специальным докладчиком в его седьмом докладе<sup>29</sup> и затрагивается в комментарии к проекту статьи 29, однако он не может являться предметом рассмотрения отдельного проекта статьи, поскольку подобные соглашения относятся к области прямых – двусторонних – отношений между государствами; вопрос о защите имущества подлежащих высылке иностранцев в должной мере регулируется положениями, относящимися к общим нормам международного права в этой области, без ущерба для положений внутригосударственного права; Комиссия обсуждала вопрос о праве подлежащего высылке иностранца на медицинскую помощь в ходе рассмотрения пятого доклада<sup>30</sup> Специального докладчика и не нашла в международном праве оснований для обеспечения более широкой защиты, чем та, которая предусмотрена проектами статей в их нынешней редакции. В этой связи нелишне напомнить, что поставленная перед Комиссией задача заключается не в разработке некоего нового документа о защите прав человека, а в рассмотрении вопроса о высылке иностранцев и связанных с ней юридических последствиях, в том числе в контексте позитивного международного права прав человека.

20. Одно государство заявило, что «выступает против» утверждения, что Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают<sup>31</sup>, «относится к международному обычному праву»<sup>32</sup>. Это же государство просило также уточнить, охватывает ли понятие «общее международное право», употребляемое, в частности, в комментарии к проектам статей, «нормы международного обычного права и договорного права»<sup>33</sup>.

21. Специальный докладчик может лишь принять к сведению это возражение относительно обычно-правового характера указанной декларации. Касательно значения выражения «общее международное право» следует напомнить, что оно часто приравнивается к обычному праву и тем самым отличается от договорного права. Согласно этой концепции, только обычное

право может порождать обязательства erga omnes. Так, в решении по делам *Континентальный шельф Северного моря* Международный Суд представляет нормы и обязательства «общего, или обычного, международного права» как нормы и обязательства,

которые в силу своего характера должны иметь одинаковую силу для всех членов международного сообщества и поэтому не дают ни одному из членов никакого права исключить себя из сферы их действия в одностороннем порядке и по своему усмотрению в своих собственных интересах<sup>34</sup>.

Однако в своей практике Суд не всегда дает однозначное толкование содержания понятия «общее международное право». В решении по делу *Делимитация морской границы в районе залива Мэн* Суд неоднократно ссылается на «общее международное право» и «международное обычное право», используя эти понятия как взаимозаменяемые<sup>35</sup> и вместе с тем проводя различие между общим и договорным правом<sup>36</sup>. При этом в пункте 73 своего решения от 26 ноября 1984 года о приемлемости по делу *Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее* Суд ссылается на «принципы международного обычного права и общего международного права»<sup>37</sup>, словно речь идет о двух самостоятельных понятиях. Ввиду этой неопределенности Специальный докладчик руководствуется широким пониманием «общего международного права», закрепившимся в современной теории<sup>38</sup> благодаря Дионисио Анцилотти. Как полагает Жорж Аби-Сааб, аргументирующий свою позицию анализом решения по вышеупомянутым делам *Континентальный шельф Северного моря*, под общим международным правом понимается не только обычай, который может в ряде случаев дополнительно подкрепляться общими принципами права, как это иногда представляется в некоторых заявлениях Суда; нет никаких причин исключать из его состава универсальные договоры, которые имеют «основополагающий нормообразующий характер» и в силу этого могут «служить основанием для общей нормы права»<sup>39</sup>.

## 2. ПОСТАТЕЙНЫЕ КОММЕНТАРИИ И ПРЕДЛОЖЕНИЯ ГОСУДАРСТВ

### Статья 1. Сфера применения

22. Некоторые государства считают неуместным включать в сферу применения проектов статей как иностранцев, законно пребывающих на территории того или иного государства, так и иностранцев,

<sup>28</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at para. 63.

<sup>29</sup> *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, особенно paras. 110–112, 114, 191 and 230.

<sup>30</sup> *Ibid.*, para. 19.

<sup>31</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 392, at para. 73.

<sup>32</sup> См., в частности, Аби-Сааб, “Cours général de droit international public”, особенно pp. 197–203; и Buzzini, “La théorie des sources face au droit international général”, p. 582. См. также Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, pp. 345–349.

<sup>33</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at para. 72.

<sup>28</sup> Сальвадор, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел А, пункт 3.

<sup>29</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/642.

<sup>30</sup> *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/611.

<sup>31</sup> Резолюция 40/144 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 1985 года.

<sup>32</sup> Канада, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел А, пункт 3.

<sup>33</sup> Там же, пункт 2.

находящихся на ней незаконно, на том основании, что права, имеющиеся у каждой из этих групп в контексте высылки, слишком сильно отличаются друг от друга<sup>40</sup>. Поскольку эти две категории иностранцев имеют разный статус, применимый к ним режим высылки также должен быть разным<sup>41</sup>. Другое государство прямо заявило, что следует исключить из сферы применения проектов статей иностранцев, незаконно пребывающих на территории того или иного государства<sup>42</sup>. Другие государства, напротив, выразили мнение, что «действие проектов статей должно распространяться как на иностранцев, находящихся на территории государства на законном основании, так и на тех, кто пребывает там незаконно»<sup>43</sup>. В частности, признавая, что «в рассмотрении обеих этих категорий иностранцев... присутствует определенный смысл»<sup>44</sup>, некоторые полагают, что следовало бы «провести более четкое разграничение между правами и обязанностями тех иностранцев, которые находятся на территории государства законно, и тех, которые находятся в стране незаконно. В большинстве [случаев] права человека и процедурные права должны быть одинаковы»<sup>45</sup>. Они также обеспокоены тем, что смешивание этих двух категорий «иногда приводит к неверному толкованию различий между этими двумя категориями иностранцев согласно международному праву»<sup>46</sup>.

23. По мнению Специального докладчика, польза от проектов статей о высылке иностранцев, распространяющихся только на «законно» пребывающих на территории высылающего государства иностранцев, будет весьма ограничена, ведь в результате вне поля зрения окажется наиболее многочисленная категория затрагиваемых высылкой лиц, требующих, в силу самого их статуса в высылающем государстве, наиболее пристального внимания в рамках правового режима высылки. Кроме того, подавляющее большинство государств, высказавшихся по этому вопросу, были склонны скорее разделять мнение о целесообразности рассмотрения вопроса о высылке применительно к обеим категориям иностранцев, а выразившиеся ими опасения не сопровождалось какими-либо конкретными предложениями. И наконец, следует напомнить, что, как совершенно справедливо считает Комиссия, нельзя разграничивать права человека иностранца, находящегося на территории того или иного государства на законных основаниях, и иностранца, пребывающего в нем незаконно, поскольку и в том, и в другом случае речь идет о человеческой личности, права

которой подлежат защите без какой бы то ни было дискриминации. Именно поэтому в проектах статей ставится задача провести некоторые разграничения в отношении определенных процессуальных прав без ущерба для основных права человека.

## Статья 2. Употребление терминов

24. Некоторые государства сочли исчерпывающим приводимое в проекте статьи 2 определение понятия «высылка»<sup>47</sup>. Другие просили разъяснить значение некоторых терминов или включить в определение отсутствующие в нем элементы. Было выражено мнение, что расширение этого определения,

с тем чтобы охватить поведение государства, а не только официальный акт... выглядит неясным и неуместным; поведение государства не имеет отношения к вопросу высылки и его не следует включать в качестве самостоятельного элемента в определение термина<sup>48</sup>.

В том же духе впоследствии было рекомендовано удалить из текста слова «или поведение, состоящее в действии или бездействии», поскольку «подобная формулировка противоречит, в частности, проекту статьи 4, в котором говорится о решении, принятом в соответствии с законом»<sup>49</sup>.

25. На первый взгляд это замечание представляется вполне обоснованным. Однако для начала стоит напомнить, что высылка как поведение, состоящее в действии или бездействии, которые могут быть присвоены тому и иному государству, признается в судебной практике, как, например, следует из комментария к проекту статьи 2. Кроме того, нельзя согласиться с доводом о расхождении со статьей 4, поскольку высылка как поведение, которое может быть присвоено государству, в таком случае означала бы нарушение закона в части процедуры, продолжая при этом порождать все юридические последствия высылки как официального акта. Следует отметить, впрочем, что другие государства поддержали идею включения в определение высылки поведения, присваиваемого тому или иному государству<sup>50</sup>, даже если при этом высказывались пожелания о внесении в него кое-каких уточнений или пояснений. Так, одно государство полагает, что следует уточнить термин «бездействии»<sup>51</sup>. По мнению Специального докладчика, этот термин прочно закрепился в международном праве, в частности применительно к ответственности за международно-противоправные деяния, и используется здесь в том же значении, в связи с чем нет необходимости в его повторном определении. Другое государство сочло необходимым «подчеркнуть, что сфера охвата «поведения, которое может быть присвоено

<sup>40</sup> Германия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 100, и документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 1.

<sup>41</sup> Российская Федерация, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 33.

<sup>42</sup> Ирак, там же, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 21.

<sup>43</sup> Индонезия, там же, пункт 25.

<sup>44</sup> Австралия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 1.

<sup>45</sup> Южная Африка, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 79.

<sup>46</sup> Австралия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 1.

<sup>47</sup> Чили, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 7; и Дания (от имени стран Северной Европы), 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 46.

<sup>48</sup> Франция, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 98.

<sup>49</sup> Австрия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 2; см. также комментарии Соединенного Королевства, которое предложило отказаться от включения этой же формулировки (там же).

<sup>50</sup> Германия, там же; и Канада, там же.

<sup>51</sup> Германия, там же.

государству” должна предусматривать такой же пороговый уровень для присвоения, как и уровень, установленный в проектах статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния»<sup>52</sup>. Специальный докладчик не возражает против этого уточнения, будучи согласен с тем, что поведение государства, безусловно, должно оцениваться на основе результатов работы Комиссии по вопросу об ответственности государств. Вместе с тем он не может согласиться с предложением исключить слово «беженец» в конце подпункта а) проекта статьи 2, поскольку это означало бы изменение сферы применения проекта статей. И наконец, одно государство сочло, что в проект статьи 2 следует включить определения терминов «коллективная высылка» из пункта 1 проекта статьи 10 и «замаскированная высылка» из пункта 2 проекта статьи 11<sup>53</sup>. Это предложение не может быть принято, поскольку оно касается особых случаев, которые в нынешней редакции проектов статей упоминаются только в соответствующих проектах статей, тогда как в проекте статьи 2 разъясняются общие термины, неоднократно употребляемые по всему тексту проектов статей.

### **Статья 3. Право на высылку**

26. Некоторые государства выразили удовлетворение проектом статьи 3, посчитав, что он «точно отражает правовое положение по рассматриваемой теме»<sup>54</sup>. Одно государство предложило переформулировать второе предложение проекта статьи 3 следующим образом: «Государство может выслать иностранца лишь в соответствии со своими международно-правовыми обязательствами»<sup>55</sup>. Такая формулировка слишком расплывчата, и из нее неясно, о каких международных обязательствах государства идет речь. Как и любой международно-правовой документ, проекты статей, которые сами по себе не могут иметь обязательную силу для того или иного государства, имеют четко определенную цель и не могут ссылаться на все обязательства по международному праву.

### **Статья 4. Требования о соблюдении закона**

27. Одно государство завилло, что оно «полностью поддерживает содержание проекта статьи 4 (Требования о соблюдении закона), поскольку оно гарантирует иностранцам юридическую однозначность независимо от их иммиграционного статуса»<sup>56</sup>. Предложение этого государства вставить после слова «решения» слово «государства» представляется избыточным,

ведь и так понятно, что решение о высылке может приниматься только государством. В своих замечаниях к проекту статьи 4 другое государство указало, что «в этом проекте статьи следует точнее определить действия, предпринимаемые страной с целью обеспечить соблюдение иммиграционного законодательства на ее территории»<sup>57</sup>. Подобное указание выходит за рамки проектов статей, которые никоим образом не затрагивают порядка регулирования государствами вопросов иммиграции на их территории.

### **Статья 5. Основания для высылки**

28. Одно государство сочло, что формулировка проекта статьи 5 «неудовлетворительна, поскольку ее можно понять как исключаящую незаконное присутствие иностранца в качестве разрешенного основания для высылки»<sup>58</sup>. Такое опасение едва ли оправдано, поскольку пункт 2 этой статьи сформулирован таким образом, что он допускает высылку в случае нарушения лицом законодательства о въезде иностранцев в страну и их пребывании на ее территории; при этом очевидно, что «незаконное присутствие иностранца» противоречит этому законодательству и, соответственно, является основанием для высылки. Другое государство выразило мнение о том, что «в данном проекте статьи следует закрепить право государства гражданства и государства назначения лиц, подлежащих высылке, запрашивать дополнительную информацию об основаниях высылки»<sup>59</sup>. Такое право не находит отражения в позитивном международном праве, и в практике государств не наблюдается тенденции к его закреплению. Как бы то ни было, основания для высылки не ограничиваются соображениями общественного порядка и национальной безопасности, вопреки утверждению одного государства<sup>60</sup>, и Комиссия не стремится составить исчерпывающий перечень таких оснований, как могло показаться, судя по его замечаниям, другому государству<sup>61</sup>. Специальный докладчик понимает предложение «добавить слова “его обязательствам согласно” перед словами “международному праву”, для того чтобы не допустить возникновения каких-либо двусмысленностей или противоречивых толкований слов “которое противоречит международному праву”»<sup>62</sup>. Но поскольку само собой разумеется, что в международном порядке государство связано только собственными обязательствами по международному праву, подобное уточнение, в случае признания его необходимости, можно было бы предусмотреть в комментарии к проекту статьи 5. Одно государство предложило ограничить сферу применения пункта 3 статьи 5 только иностранцами, «в прочих отношениях находящимися

<sup>52</sup> Канада, там же.

<sup>53</sup> Конго, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 46.

<sup>54</sup> Франция, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 97; см. также: Индия, там же, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 17.

<sup>55</sup> Канада, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 3.

<sup>56</sup> Сальвадор, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 44.

<sup>57</sup> Соединенное Королевство, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проектам статей 2 и 4.

<sup>58</sup> Франция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 98.

<sup>59</sup> Беларусь, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 106.

<sup>60</sup> Румыния, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 86.

<sup>61</sup> Исламская Республика Иран, там же, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 9.

<sup>62</sup> Там же.



на территории государства на законных основаниях»<sup>63</sup>, тогда как другое государство сочло необходимым исключить из этого пункта его последнюю часть, предусматривающую, что оценка основания для высылки должна проводиться с учетом «тяжести фактов и в свете всех обстоятельств, включая поведение иностранца»<sup>64</sup>. Первое предложение не согласуется с подходом, избранным Комиссией в отношении рассматриваемой темы и одобренным государствами в Шестом комитете, а второе предложение игнорирует сложившуюся судебную практику в данном вопросе. Что же касается просьбы «включить в комментарий к проекту статьи 5 то уточнение, что основания для высылки рассматриваются в момент принятия соответствующего решения, а не в момент самой высылки»<sup>65</sup>, то оно не вызывает возражений у Специального докладчика, и он предлагает Комиссии положительно рассмотреть это предложение.

### Статья 6. Запрет высылки беженцев

29. Одно государство сообщило, что оно «не признает статус беженца, поскольку не является стороной Конвенции о статусе беженцев или Протокола, касающегося статуса беженцев»<sup>66</sup>. Это замечание можно лишь принять к сведению. Другое государство указало, что «в проектах статей 6 и 7, касающихся соответственно беженцев и апатридов, следует упомянуть понятие убежища, поскольку оно имеет большое значение для многих людей, особенно в [регионе Южной Америки]»<sup>67</sup>. Комиссия исключила вопрос об убежище из сферы охвата темы высылки иностранцев, поскольку этот институт регулируется весьма специфическим правовым режимом, который с трудом укладывается в рамки настоящей темы. К тому же этот институт чрезвычайно политизирован, так как основания для предоставления убежища определяются главным образом оценкой политического положения лица, ищущего убежища, и/или характера отношений между государством убежища и государством происхождения этого лица. Как напомнил Международный Суд в своем решении от 13 июня 1951 года по делу *Айя де ла Торре*, дипломатическое убежище, согласно Конвенции, устанавливающей правила, которые должны соблюдаться при предоставлении убежища, является «предварительной мерой обеспечения временной защиты политических преступников»<sup>68</sup>. Способы прекращения убежища «зависят от обстоятельств и возможностей, которые, в весьма значительной степени, в состоянии оценить только сами стороны»<sup>69</sup>; и в результате принимаются «решения, основанные на соображениях удобства и

простой политической целесообразности»<sup>70</sup>. Понятно, что в таких условиях было бы опасно предпринимать попытку кодификации в этой сфере.

30. *Пункт 1.* Одно государство предложило, чтобы в пункте 1 проекта статьи 6 были учтены исключения, предусмотренные в пункте F статьи 1 Конвенции о статусе беженцев, и чтобы соответствующие положения были включены в проект статьи 6 «в форме оговорок»<sup>71</sup>. Другое государство пожелало, чтобы проект допускал

высылку иностранцев, включая лиц, которых другие страны признали беженцами согласно Конвенции о статусе беженцев, которые, как было установлено, совершали грубые или систематические нарушения прав человека, военные преступления или преступления против человечности<sup>72</sup>.

В ответ на эти предложения следует отметить, что Комиссия не хотела повторять в проектах статей все нормы, касающиеся высылки беженцев и апатридов, не только потому, что правовые режимы этих категорий лиц и так уже определены соответствующими международно-правовыми документами, полностью воспроизводить которые в настоящем тексте не представляется уместным, но и потому, что некоторые из этих документов были доработаны на региональном уровне. Вот почему в тексте проектов статей наряду с основными принципами в данной области содержится своего рода оговорка «без ущерба», сформулированная в проекте статьи 8 следующим образом: «другие нормы о высылке беженцев и апатридов, предусмотренные в соответствии с законом». Кроме того, в комментарии к проекту статьи 6 указывается, что

любое лицо, не отвечающее определению беженца по смыслу соответствующих правовых актов, не пользуется защитой, признанной в проекте статьи 6, и может быть выслано по другим основаниям помимо тех, которые предусмотрены в пункте 1, в частности только в силу незаконного характера его пребывания на территории высылающего государства. С этой точки зрения пункт 2 следует толковать как не затрагивающий право государства на высылку иностранца, подавшего явно недобросовестное ходатайство о предоставлении статуса беженца, по основаниям, не указанным в проекте статьи 6<sup>73</sup>.

Но чтобы в полной мере снять озабоченность, выраженную в вышеизложенных предложениях, Специальный докладчик предлагает дополнить пункт 1) комментария к проекту статьи 6 примечанием, что этот проект статьи следует рассматривать в сочетании с проектом статьи 8 и с учетом, в частности, положений пункта F статьи 1 Конвенции о статусе беженцев.

31. *Пункт 2.* Некоторые государства высказались против положения пункта 2 проекта статьи 6 на том основании, что оно представляет собой «скорее

<sup>63</sup> Соединенное Королевство, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел C, пункт 2 комментария по проекту статьи 5.

<sup>64</sup> Канада, там же, пункт 1.

<sup>65</sup> Там же, пункт 2.

<sup>66</sup> Малайзия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 108.

<sup>67</sup> Перу, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 90.

<sup>68</sup> *Naya de la Torre Case, Judgment, I.C.J. Reports 1951*, p. 71, p. 80.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>71</sup> Республика Корея, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел C, пункт 1 комментариев по проекту статьи 6.

<sup>72</sup> Канада, там же, пункт 4.

<sup>73</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 26, пункт 4) комментария к проекту статьи 6.

прогрессивное развитие, чем кодификацию»<sup>74</sup>. Одно государство отметило, что оно

существенно расширяет обязательства по статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах и статье 32 Конвенции о статусе беженцев, которые применяются только к иностранцам, находящимся на территории государства на законных основаниях<sup>75</sup>.

Другое государство заявило:

Было бы предпочтительнее придерживаться режима, установленного в Конвенции о статусе беженцев, и или исключить из проекта этой статьи пункт 2, или, в случае его сохранения, заменить слово «применяется» словами «может применяться», оставив решение вопроса о предоставлении этим двум категориям беженцев одинакового режима на усмотрение высылающего государства<sup>76</sup>.

32. В отношении замечания о том, что пункт 2 представляет собой скорее прогрессивное развитие, нежели кодификацию, следует отметить, что в соответствующей части комментария к проекту статьи 6 приводится вполне четкое разъяснение по этому поводу. Призыв придерживаться режима, установленного Конвенцией о статусе беженцев, не учитывает последующую практику государств в данной области, свидетельствующую о признании положений пункта 2. И наконец, замена слова «применяется» словами «может применяться» привела бы к замене обязательства правом и тем самым лишила бы всякого смысла данное положение, ведь государству не нужна подобная норма, чтобы распространить действие пункта 1 на случаи, предусмотренные в пункте 2.

33. Согласно предложенной одним государством поправке «в пункте 2 речь должна идти об «иностранце», а не о «беженце»»<sup>77</sup>. Это предложение не может быть принято, поскольку, как указано в комментарии к пункту 2 проекта статьи 6,

пункт 2 касается лишь лиц, которые, пользуясь статусом беженца в данном государстве, соответствуют определению «беженца» по смыслу Конвенции о статусе беженцев или, в зависимости от случая, другим соответствующим договорам, таким как Конвенция ОАЕ 1969 года, регулирующая конкретные аспекты проблемы беженцев в Африке, и, таким образом, должны быть признаны таковыми по международному праву<sup>78</sup>.

Другое государство предложило ввести отрицание в формулировку пункта 2, чтобы он гласил: «Пункт 1 не применяется к любому беженцу, который... ходатайствовал о признании за ним статуса беженца с единственной целью подачи такого ходатайства, пока оно

находится на рассмотрении»<sup>79</sup>. Такая поправка в значительной степени ограничивает охват данной нормы и во многом отступает от духа положения пункта 2 в его нынешней редакции.

34. Пункт 3. Одно государство заявило, что оно «согласно с формулировкой пункта 3 проекта статьи 6»<sup>80</sup>. Другое, напротив, посчитало ее несовместимой с пунктом 8 статьи 22 Американской конвенции о правах человека, а также с проектами статей 23 и 24<sup>81</sup>. Специальный докладчик не видит причин для подобных утверждений. Он также не считает уместным предложение некоторых государств<sup>82</sup> включить в текст самого проекта статьи 6 прямую ссылку на проекты статей 23 и 24, которая в нынешней редакции приводится в комментарии к этому проекту статьи. В конце концов, проекты статей образуют единое целое, все элементы которого взаимосвязаны.

### Статья 7. Запрет высылки апатридов

35. Одно государство сочло необходимым, с одной стороны, упомянуть в проекте статьи 7 понятие убежища, а с другой – включить в него «защитительную оговорку, содержащуюся в пункте 2 проекта статьи 6... с тем чтобы незаконно находящиеся на территории того или иного государства апатриды имели возможность, когда они впервые въезжают в него, урегулировать свою ситуацию»<sup>83</sup>. Отвечая на замечания к проекту статьи 6, Специальный докладчик уже привел свои доводы в связи с предложением об упоминании убежища. Поскольку условия и процедуры подтверждения статуса лица без гражданства отличаются от условий и процедур признания лица беженцем, не стоит автоматически распространять на апатридов защиту, предусмотренную в конце пункта 2 проекта статьи 6.

36. Другое государство находит проект статьи 7 избыточным, поскольку в комментарии к проекту статьи 2 указывается, что определение термина «иностранец» включает лиц без гражданства<sup>84</sup>. Достаточно будет напомнить, что приводимые в комментарии пояснения не способны полностью заменить нормативные положения. Что касается сомнений этого государства относительно использования термина «законно», обусловленных тем, что, «когда то или иное лицо подлежит высылке, оно более не находится в стране на законных основаниях, поскольку высылка должна осуществляться в соответствии с законом»<sup>85</sup>, то в данном случае также достаточно напомнить, что

<sup>74</sup> Румыния, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 86.

<sup>75</sup> Австралия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 6.

<sup>76</sup> Исламская Республика Иран, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 10.

<sup>77</sup> Канада, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 1 комментариев по проекту статьи 6.

<sup>78</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 26, пункт 4) комментария проекту статьи 6.

<sup>79</sup> Республика Корея, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 2 комментариев по проекту статьи 6.

<sup>80</sup> Канада, там же, пункт 3 комментариев по проекту статьи 6.

<sup>81</sup> Перу, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 90.

<sup>82</sup> Дания (от имени стран Северной Европы), там же, пункт 48; и Ирак, там же, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 22.

<sup>83</sup> Перу, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 90.

<sup>84</sup> Канада, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 1 комментариев по проекту статьи 7.

<sup>85</sup> Там же, пункт 2.

возможность высылки «апатрида, законно находящегося на территории» государства, предусмотрена пунктом 1 статьи 31 Конвенции о статусе апатридов.

### **Статья 8. Другие нормы, непосредственно касающиеся высылки беженцев и апатридов**

37. По мнению одного сообщества государств, в проекте статьи 8 следует четко указать, что под другими нормами о высылке беженцев и апатридов в этом проекте статьи понимаются такие нормы, которые в большей степени благоприятствуют лицам, подлежащим высылке<sup>86</sup>. Специальный докладчик считает, что это уточнение можно было бы включить в текст комментария к данному проекту статьи.

### **Статья 9. Лишение гражданства для единственной цели высылки**

38. Одно государство «сожалеет, что из проектов статей пропал принцип, согласно которому государство не может высылать своих собственных граждан», ведь «запрет лишения гражданства для целей высылки будет отрицаться, если высылающему государству более не запрещено высылать своих граждан». По мнению этого государства, данное несоответствие необходимо устранить<sup>87</sup>. Несмотря на все приложенные им усилия, Специальному докладчику не удалось убедить Комиссию и государства в важности отражения этого принципа в проекте статьи: и Комиссия, и государства сочли – не без формальных на то оснований, – что подобное положение выходит за рамки темы «Высылка иностранцев». Поскольку проект статьи 9 крайне имплицитно и не полностью учитывает высказанные опасения, Специальный докладчик задается вопросом, а нельзя ли включить ссылку на принцип, запрещающий государству подвергать высылке своих собственных граждан, в комментариях к этому проекту статьи. Что касается предложения дополнить проект статьи 9 словами «хотя предусмотренные законом основания для лишения гражданства также могут сами по себе быть основаниями для высылки»<sup>88</sup>, то такое дополнение представляется излишним, так как любая высылка правомерна, если она осуществляется в соответствии с законом и при соблюдении международных обязательств государства.

### **Статья 10. Запрет коллективной высылки**

39. Ни в коей мере не возражая против проекта статьи 10, одна группа государств просила четко указать в комментарии к нему, что он представляет собой

<sup>86</sup> Европейский союз, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 58; и письменные замечания, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам), пункты 11 и 12.

<sup>87</sup> Франция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 101; см. также: Марокко, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 1.

<sup>88</sup> Соединенное Королевство, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 2 комментариев по проекту статьи 9.

прогрессивное развитие международного права в области высылки иностранцев<sup>89</sup>. Одно государство заявило, что этот проект статьи не отражает нормы международного обычного права, и рекомендовало Комиссии «проявлять осторожность при [его] кодификации в проектах статей»<sup>90</sup>. Однако в целом проект статьи 10 нашел поддержку среди большей части государств, высказавшихся по этому вопросу: одно государство указало, что в его нынешней формулировке этот проект статьи «точно отражает правовое положение по рассматриваемой теме»<sup>91</sup>; другое государство отметило, что этот проект является «общей нормой, применимой ко всем иностранцам»<sup>92</sup>, и даже предложило обойтись без упоминания конкретных групп, например трудящихся-мигрантов<sup>93</sup>; а еще одно государство отметило «с удовлетворением», что проект «не предусматривает никаких исключений для запрета коллективной высылки»<sup>94</sup>.

40. Три государства предложили поправки к проекту статьи 10. Одно из них пожелало заново определить понятие высылки в пункте 1<sup>95</sup>. Подобное добавление едва ли имеет смысл, ведь определение этого термина уже дано в проекте статьи 2. То же государство просило заменить в пункте 3 слово «conjuntamente» на «simultáneamente»<sup>96</sup>. Но это синонимы. Кроме того, оно предложило дополнить этот пункт фразой: «при условии, что эта мера принимается в соответствии с законом и по итогам индивидуальных разбирательств»<sup>97</sup>. Такой вариант менее точен по сравнению с текстом этого положения в нынешней редакции, который к тому же подкрепляется международной судебной практикой. И наконец, это же государство предложило, чтобы пункт 4 заканчивался словами «вооруженного конфликта» и чтобы слова «с участием высылающего государства» были исключены<sup>98</sup>. Подобное изменение нельзя принять, поскольку оно слишком сильно расширяет сферу охвата этого положения, в котором идет речь не обо всех вооруженных конфликтах без исключения, а лишь о вооруженном конфликте с участием высылающего государства. Второе государство предложило поправку к

<sup>89</sup> Дания (от имени стран Северной Европы), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 47.

<sup>90</sup> Австралия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 10.

<sup>91</sup> Франция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 97.

<sup>92</sup> Германия, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 100; и документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 10.

<sup>93</sup> Там же; и Республика Корея с предложением «исключить этот пункт» (документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 2 комментариев по проекту статьи 10).

<sup>94</sup> Швейцария, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 74.

<sup>95</sup> Сальвадор, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 7 комментариев по проекту статьи 10.

<sup>96</sup> Там же, пункт 4.

<sup>97</sup> Там же, пункт 7.

<sup>98</sup> Там же, пункт 6.

пункту 3<sup>99</sup>, которая, однако, никоим образом не улучшает его нынешнюю формулировку. Третье государство предложило внести следующую поправку в пункт 2: «Коллективная высылка иностранцев, включая трудящихся-мигрантов, запрещается, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 3»<sup>100</sup>. Если предложенное дополнение «за исключением случаев, предусмотренных пунктом 3» будет принято, последний будет означать то, что он не означает, а именно что коллективная высылка возможна в определенных случаях или при определенных условиях, тогда как речь идет об общей норме, что уже отмечалось выше другим государством.

### **Статья 11. Запрет замаскированной высылки**

41. Не считая одного государства, вновь заявившего, что «высылка может осуществляться только посредством официальных актов государства»<sup>101</sup>, государства, высказавшиеся по этому проекту статьи, в целом приняли его благосклонно<sup>102</sup>. Вместе с тем одно государство указало на то, что в нем «нечетко устанавливается»<sup>103</sup>, в частности, сфера его применения; другое же сочло, что определение замаскированной высылки оставляет место «для чересчур широкого толкования»<sup>104</sup>. В основе этих замечаний, равно как и поправок, предложенных некоторыми государствами<sup>105</sup>, лежат (вероятно, вполне обоснованные) национальные интересы, тогда как проект статьи 11 в его нынешней редакции основывается на международном праве и, если быть точнее, международной судебной практике. И наконец, одно государство заявило: «В комментарии к проекту статьи 11 следует указать, что замаскированная высылка не только является незаконной, но и может повлечь за собой международную ответственность высылающего государства»<sup>106</sup>. Такое указание было бы излишним, поскольку и так признано, что любое международно-противоправное деяние со стороны государства, в том числе замаскированная высылка, влечет за собой его международную ответственность.

<sup>99</sup> Республика Корея, там же, пункт 1 комментариев по проекту статьи 10.

<sup>100</sup> Соединенное Королевство, там же, пункт 2.

<sup>101</sup> Австрия, там же, комментарии по проекту статьи 11.

<sup>102</sup> Беларусь, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 108; Германия, там же, пункт 101, и документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 1 комментариев по проекту статьи 11; Ирак, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 23; и Румыния, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 87.

<sup>103</sup> Нидерланды, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 11.

<sup>104</sup> Германия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 101, и документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 11; см. также Нидерланды, там же.

<sup>105</sup> См. предложения Республики Корея и Соединенного Королевства, там же.

<sup>106</sup> Беларусь, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 109.

### **Статья 12. Запрет высылки для целей конфискации имущества**

42. Одно из государств, представивших свои замечания к этому проекту статьи, заявило:

В то время как преимущественная цель статьи – а именно запретить государствам высылку иностранцев для целей конфискации имущества – вполне оправдана и заслуживает поддержки, то на практике может оказаться довольно сложным установить истинные намерения государства. Более того, возможны ситуации, когда в соответствии с законодательством отдельно взятого государства преступления, совершенные иностранцем, подпадают под наказание, предусматривающее и высылку, и конфискацию имущества. В таких случаях неприменение правовых норм по конфискации только в силу того, что лицо к тому же подлежит высылке, вряд ли будет обоснованным, поскольку иностранец тем самым будет находиться в более привилегированном положении, чем граждане данного государства<sup>107</sup>.

По мнению Специального докладчика, в такой ситуации определить истинное намерение государства не сложнее, чем в других случаях. В праве преднамеренный характер деяния или поведения всегда устанавливается на основе исследования фактов, а не психологического анализа. Что касается второго замечания, то описываемая в нем ситуация не может считаться «высылкой для целей конфискации имущества», поскольку здесь речь идет о случаях, прямо оговоренных в законе.

### **Статья 13. Запрет прибегать к высылке, чтобы обойти процедуру экстрадиции**

43. Некоторые государства подтвердили свое ранее уже заявленное мнение о том, что «вопросы, касающиеся экстрадиции, следует исключить из проектов статей»<sup>108</sup> или что проект статьи 13, который одно государство сочло расплывчатым, «следует опустить или ограничить случаями [законных] иммигрантов»<sup>109</sup>. Вместе с тем ряд государств поддержали проект статьи 13<sup>110</sup>, посчитав его положения «убедительными»<sup>111</sup> или заявив, что он «представляется более совершенным по сравнению с текстом, который обсуждался в ходе предыдущей сессии»<sup>112</sup>. Предложение одного государства вставить в этот проект статьи слова «в отсутствие законной цели с точки зрения

<sup>107</sup> Российская Федерация, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 33.

<sup>108</sup> Польша, там же, пункт 70.

<sup>109</sup> Чешская Республика, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 13, и *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 123.

<sup>110</sup> Индия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 18; Португалия, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 60; см. также: Канада, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 13; и Чили, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 7.

<sup>111</sup> Индия, там же, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 18.

<sup>112</sup> Португалия, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 60.

иммиграционного контроля»<sup>113</sup> искажает смысл проекта статьи, поскольку такая формулировка предусматривает исключение, не допускаемое содержанием проекта статьи в его нынешней редакции. Как показано в комментарии к проекту статьи, Комиссия не только учла судебную практику в этой области, но и сформулировала эту норму таким образом, чтобы она не создавала препятствий для высылки, осуществляемой в соответствии с законом.

**Статья 14. Обязательство уважать человеческое достоинство и права человека иностранцев, подлежащих высылке**

44. Одно государство, не возражая против проекта статьи, высказало мнение, что если рассматривать провозглашаемые в нем «всеобъемлющие принципы, уже неотъемлемо присущие праву» в качестве «новых материально-правовых обязательств, то, возможно, будет затруднительно точно изложить их смысловое содержание»<sup>114</sup>. По той же причине другое государство сочло пункт 1 данного проекта статьи «излишним»<sup>115</sup>. Здесь стоит напомнить, как следует из комментария и как указало одно государство, поддержавшее данный проект статьи, что его «текущая формулировка... точно отражает правовое положение по рассматриваемой теме»<sup>116</sup>. Два государства внесли взаимоисключающие поправки: одно предложило указать в пункте 2, что «обеспечивается соблюдение всех прав человека лица, подлежащего высылке, включая права, изложенные в настоящих проектах статей»<sup>117</sup>, тогда как другое сочло необходимым, по совершенно иным причинам, исключить из текста пункта 2 проекта статьи 14 слова «включая права, изложенные в настоящих проектах статей»<sup>118</sup>. В данном случае Специальный докладчик ограничится отсылкой к комментарию к проекту статьи 11.

**Статья 15. Обязательство не подвергать дискриминации**

45. Одно государство заявило, что оно «поддерживает цель ликвидации незаконной дискриминации», но при этом испытывает «серьезную обеспокоенность в связи с данным проектом статьи, который противоречит внутреннему законодательству и практике» этого государства<sup>119</sup>. Другое государство, напротив, считает, что эта норма позволяет избежать «высылки в ксенофобских и дискриминационных целях», и

<sup>113</sup> Канада, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарий по проекту статьи 13.

<sup>114</sup> Австралия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 3.

<sup>115</sup> Нидерланды, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 26, и документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарий по проекту статьи 14.

<sup>116</sup> Франция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 97.

<sup>117</sup> Сальвадор, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 4 комментариев по проекту статьи 14.

<sup>118</sup> Канада, там же.

<sup>119</sup> Соединенное Королевство, там же, пункт 2 комментариев по проекту статьи 15.

«приветствует включение проекта статьи 15» в проекты статей<sup>120</sup>. Впрочем, как и все другие положения, касающиеся прав человека подлежащего высылке иностранца, этот проект не содержит ничего нового по сравнению с уже существующими в позитивном международном праве нормами. Единственная поправка к данному проекту статьи, предложенная одним государством<sup>121</sup>, не привносит в него ничего нового ни по содержанию, ни по форме.

**Статья 16. Уязвимые лица**

46. Ответ на замечания, высказанные некоторыми государствами и одним сообществом государств<sup>122</sup> в связи с этим проектом статьи, содержится в комментарии к нему. Что же касается вопросов лингвистического характера, затронутых одним государством<sup>123</sup>, то они будут рассмотрены группой по языковым вопросам в составе редакционного комитета.

**Статья 17. Обязательство защищать право на жизнь подлежащих высылке иностранцев**

47. Одно государство сочло это положение «избыточным»<sup>124</sup>, тогда как другое, не требуя его исключения, указало, что

не согласится с расширительным толкованием этого проекта статьи, если оно по сути будет означать безусловное обязательство оказывать незаконным мигрантам бесплатные медицинские услуги или согласие с тем, что незаконные мигранты, страдающие серьезными заболеваниями и нуждающиеся в постоянном лечении, вправе воспользоваться этим обстоятельством в качестве основания для того, чтобы оставаться [в стране] в нарушение иммиграционного законодательства<sup>125</sup>.

Можно лишь принять к сведению эти замечания, поскольку они никак не влияют на релевантность сути данного проекта статьи.

**Статья 18. Запрет пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания**

48. Только одно государство высказалось по проекту статьи 18, но его замечание сформулировано нечетко, и из него совершенно непонятно, каким образом «из проекта статьи 18 можно сделать вывод о том, что соблюдения иных прав человека, за исключением упомянутых, не требуется»<sup>126</sup>.

<sup>120</sup> Куба, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 40.

<sup>121</sup> Сальвадор, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарий по проекту статьи 15.

<sup>122</sup> Марокко, там же, комментарий по проекту статьи 16; и Европейский союз, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 60, и письменные замечания, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам), пункт 14.

<sup>123</sup> Сальвадор, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарий по проекту статьи 16.

<sup>124</sup> Австрия, там же, комментарий по проекту статьи 17.

<sup>125</sup> Соединенное Королевство, там же.

<sup>126</sup> Австрия, там же, комментарий по проекту статьи 18.

### Статья 19. Условия содержания под стражей подлежащего высылке иностранца

49. Одно государство однозначно поддержало этот проект статьи 19, заявив, что его нынешняя формулировка «точно отражает правовое положение по рассматриваемой теме»<sup>127</sup>. По мнению другого государства, данное положение учитывает интересы стран, в которых «высылка иногда применяется как дополнительная мера наказания для иностранца, осужденного за уголовное преступление»<sup>128</sup>. Замечания многих других государств<sup>129</sup> были направлены в основном на сохранение определенных элементов внутригосударственной практики или отстаивание тех или иных нормативных предпочтений без учета состояния международного права и преобладающих тенденций в его развитии в этой области.

50. К проекту статьи были предложены различные поправки. Большинство из них также отражали скорее нормативные предпочтения<sup>130</sup>, нежели позиции, базирующиеся на нормах позитивного международного права и тенденциях, подтверждаемых практикой. Одно государство предложило вставить в пункт 2 а) слова: «с учетом всех имеющихся обстоятельств»<sup>131</sup>. Специальный докладчик считает более уместным отразить этот аспект в комментарии. То же государство предложило добавить в конце пункта 2 б) слова «или лица, наделенного соответствующим законным полномочием при условии судебного контроля»<sup>132</sup>. По мнению Специального докладчика, само собой разумеется, что «лицо, которому принадлежит право осуществлять судебную власть», не может обладать этим правом иначе как в силу закона; однако если это уточнение будет признано обязательным, Специальный докладчик не будет возражать против включения в пункт 2 б) слов «в силу закона». Кроме того, фраза «при условии судебного контроля» представляется в данном случае излишней, поскольку осуществление любых судебных полномочий, независимо от того, идет ли речь о судебном или об уполномоченном органе, в принципе может подлежать контролю в рамках надлежащей судебной процедуры.

<sup>127</sup> Франция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 97.

<sup>128</sup> Китай, там же, пункт 53.

<sup>129</sup> Австрия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 19; Конго, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 46; Сальвадор, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 45; Германия, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 102, и документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 19; Нидерланды, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 19; Перу, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 91; и Республика Корея, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 19.

<sup>130</sup> Бельгия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 19; Канада, там же; Сальвадор, там же; и Нидерланды, там же.

<sup>131</sup> Соединенное Королевство, там же, пункт 4.

<sup>132</sup> Там же.

51. Одно сообщество государств предложило ряд существенных поправок<sup>133</sup>. Первая поправка касалась заголовка этого проекта статьи, который, по мнению этого сообщества, должен называться «Содержание под стражей иностранца, подлежащего высылке», а не «Условия содержания под стражей подлежащего высылке иностранца». Поскольку сфера охвата проекта статьи 19, строго говоря, не ограничивается условиями содержания под стражей, Специальный докладчик не возражает против утверждения предлагаемой поправки. Вторая поправка предусматривала включение в проект статьи нового пункта 1, который бы гласил:

«Содержание под стражей можно использовать только в тех случаях, когда это необходимо для подготовки и/или осуществления процесса высылки, в частности когда существует риск того, что иностранец может скрыться от правосудия, или когда иностранец пытается избежать высылки или воспрепятствовать ей. Решение о заключении под стражу может приниматься только тогда, когда в том или ином конкретном случае не могут быть эффективно применены менее жесткие меры».

Вместе с этой поправкой было предложено удалить нынешний пункт 1 б) и дополнить нынешний пункт 2 б) фразой «или административного органа, решение которого подлежит эффективному судебному рассмотрению». Хотя это предложение интересно по своему духу, на практике подобная норма может создать серьезные трудности для вышлагающего государства в той мере, в какой ему придется доказывать в каждом конкретном случае содержания под стражей, что оно необходимо для целей подготовки к высылке или ее осуществления, особенно если «существует риск того, что иностранец может скрыться от правосудия, или когда иностранец пытается избежать высылки или воспрепятствовать ей». По мнению Специального докладчика, лучше оставить за государством право оценивать целесообразность помещения подлежащего высылке иностранца под стражу с этой целью и не налагать на это государство каких-либо обязательств в этой связи.

52. То же сообщество государств предложило включить проект статьи 19 bis под заголовком «Условия содержания под стражей иностранцев, подлежащих высылке»<sup>134</sup> с изложением набора прав, которые должны быть обеспечены подлежащему высылке иностранцу. Неизвестно, находят ли эти права отражение в европейской практике, но совершенно очевидно то, что они не закреплены в позитивном праве, а практика государств в этой области слишком разнородна и

<sup>133</sup> Европейский союз, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 61, и письменные замечания, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам), пункт 18.

<sup>134</sup> Европейский союз, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 62, и письменные замечания, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам), пункт 18.

противоречива, чтобы можно было говорить о какой-либо четкой тенденции, которая могла бы послужить основой для прогрессивного развития права в этом вопросе. Непонятно, из чего вытекает правило, согласно которому «помещения для содержания под стражей» подлежащих высылке иностранцев «должны быть чистыми и предоставлять достаточное жизненное пространство для соответствующего числа таких лиц» (пункт 1); право задержанного встречаться, в частности, с «врачами [и] представителями неправительственных организаций» (пункт 3); право детей «на обучение» и «участие в играх и развлечениях, подобающих их возрасту» (пункт 6); а также право детей, разлученных с семьями, на размещение «в учреждениях, имеющих персонал и услуги, соответствующие потребностям людей их возраста» (пункт 6).

### **Статья 20. Обязательство уважать право на семейную жизнь**

53. Четкий ответ на вопрос о том, относится ли проект статьи 20 к области кодификации или прогрессивного развития права<sup>135</sup>, содержится в комментарии к этому проекту статьи. Там же можно найти разъяснения относительно рекомендации одного государства о внесении изменений в этот проект статьи, «с тем чтобы лучше отразить права и обязательства, содержащиеся в международных документах»<sup>136</sup>. Сомнения, высказанные одним государством<sup>137</sup> в отношении этого проекта статьи, или его неприятие другим государством<sup>138</sup> объясняются соображениями внутригосударственного характера и не подкрепляются выводами, основанными на анализе позитивного права или тенденций, подтверждаемых практикой. Так же обстоит дело с предложением одного государства заменить фразу «на основании справедливого баланса интересов государства и соответствующего иностранца» следующим текстом:

«когда это является в демократическом обществе необходимой мерой для обеспечения национальной безопасности, общественной безопасности, экономического благосостояния страны, защиты правопорядка и предотвращения преступлений, защиты здоровья или морали, а также защиты прав и свобод других лиц»<sup>139</sup>.

И наконец, для достижения большей связности текста было предложено поместить проект статьи 20 перед проектом статьи 19. По мнению Специального докладчика, эти два проекта вполне можно поменять местами, но на связности текста такая перестановка никак не отразится.

<sup>135</sup> Дания (от имени стран Северной Европы), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 47.

<sup>136</sup> Австралия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 20.

<sup>137</sup> Канада, там же.

<sup>138</sup> Малайзия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 109.

<sup>139</sup> Сальвадор, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 7 комментариев по проекту статьи 20.

### **Статья 21. Отъезд в государство назначения**

54. Некоторые государства<sup>140</sup> однозначно поддержали проект статьи 21. Другие, в целом одоблив проект, высказали свои мнения по тем или иным аспектам или свои предпочтения, но не предложили каких-либо конкретных поправок<sup>141</sup>. С другой стороны, одно государство<sup>142</sup> категорически отвергло этот проект статьи, даже как попытку прогрессивного развития права, посчитав, что он вызывает «серьезную обеспокоенность» по причинам внутривнутриполитического характера. Это государство хотело бы сохранить за собой «возможность осуществлять выдворение таких лиц и налагать связанные с этим ограничения с целью не допустить» возвращения в страну лиц, представляющих особую угрозу, «на законных основаниях»<sup>143</sup>. Специальный докладчик принимает к сведению это пожелание. Однако то обстоятельство, что этот проект статьи «не имеет под собой явных оснований в существующем международном праве»<sup>144</sup>, вовсе не означает, что он лишен всяких оснований в существующем правопорядке, как показывает Комиссия в комментарии к соответствующему проекту статьи. И наконец, что касается предложения о внесении изменений в проект статьи с тем, чтобы «отдавать предпочтение»<sup>145</sup> или более явно содействовать добровольному отъезду<sup>146</sup>, то такая поправка, как представляется, не только упускает из виду пункт 1, но и предписывает государствам, как им надлежит поступать, тогда как каждое из них вольно действовать в соответствии со своей собственной политикой и внутренним правом.

### **Статья 22. Государство назначения подлежащих высылке иностранцев**

55. Одна группа государств сочла проект статьи 22 «важным и правильным с юридической точки зрения»<sup>147</sup>. Комментарии по проекту статьи поступили от целого ряда государств, но ни в одном из замечаний не затрагивались вопросы существа и не высказывались сомнения относительно его содержания. Так,

<sup>140</sup> Венгрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 51; Португалия, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 60; Российская Федерация, там же, пункт 34; см. также: Австралия, там же, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 3, которая вместе с тем предпочла бы, чтобы это положение служило лишь «ориентиром для внутригосударственных законов и политики».

<sup>141</sup> Греция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22), пункт 25; и Перу, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 92.

<sup>142</sup> Соединенное Королевство, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 21.

<sup>143</sup> Там же.

<sup>144</sup> Там же.

<sup>145</sup> Нидерланды, там же.

<sup>146</sup> Европейский союз, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 63, и письменные замечания, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам), пункт 21.

<sup>147</sup> Дания (от имени стран Северной Европы), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 46.

одно государство сочло уместным предусмотреть, чтобы положения этого проекта статьи применялись строго в соответствии с «условиями, изложенными в проектах статей 6... 23... и 24»<sup>148</sup>. Подобное уточнение излишне, поскольку, как уже отмечалось выше в связи со схожим замечанием, проекты статей составляют единое целое и должны рассматриваться и толковаться как таковое. Одно государство выступило с критическим замечанием, указав, что в проекте статьи 22 «не затрагиваются финансовые последствия доставки и не указывается, какая сторона будет нести связанные с высылкой издержки»<sup>149</sup>, но при этом оно не учло, что в этой области существует внутригосударственная практика и что в любом случае проекты статей не могут регулировать подобные вопросы, которые относятся к компетенции государств. Было предложено также удалить словосочетание «в соответствующих случаях» из пункта 1, касающегося рассмотрения просьбы подлежащего высылке иностранца о направлении его в избранное им самим государство, поскольку «подобные просьбы следует всегда принимать во внимание»<sup>150</sup>. Такой подход игнорирует практику, которая свидетельствует, что требование в приоритетном порядке учитывать предпочтения и просьбы высылкаемого иностранца при любых обстоятельствах способно парализовать процедуру высылки. Кроме того, некоторые государства поддержали идею об обязательности получения согласия государства назначения принять высылкаемого иностранца<sup>151</sup>. Подобное требование в определенных случаях может явиться серьезным препятствием для высылки. Предложение указать в комментарии к пункту 2, что он «не устанавливает юридическое обязательство в отношении приема иностранцев»<sup>152</sup>, уже учтено в соответствующей части комментария, поскольку эта точка зрения была выражена еще при рассмотрении Комиссией текста проектов статей в первом чтении. И наконец, предложение одного сообщества государств заменить в пункте 1 слова «высылается в свое государство гражданства» словами «высылается и принимается своим государством гражданства»<sup>153</sup> не представляется обоснованным, так как обязательство принимать, и соответственно повторно принимать, содержится в положениях пункта 4 статьи 12 Международного пакта о гражданских и политических правах, который гласит: «Никто не может быть произвольно лишен права на въезд в свою собственную страну». А в комментарии к пункту 1 проекта статьи 22 отмечается, что государство

гражданства «обязано принять [своего гражданина] в силу международного права»<sup>154</sup>.

**Статья 23. Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором его жизнь и свобода находились бы под угрозой**

56. Государства, представившие замечания по этому проекту статьи, выразили самые разные мнения, не позволяющие говорить о какой-либо преобладающей позиции. Одно государство призвало проявлять осторожность в том, что касается распространения обязательства по невозвращению (non-refoulement), действующего в отношении беженцев, на подлежащих высылке иностранцев<sup>155</sup>; другое возразило против расширенного определения государств, не применяющих смертную казнь, поскольку такое определение «может чрезмерно ограничить право государств осуществлять высылку»<sup>156</sup>. Некоторые государства полагают, что норма, изложенная в пункте 1<sup>157</sup>, не закреплена в международном праве, а одно государство заявило то же самое о норме, содержащейся в пункте 2<sup>158</sup>. Еще одно государство сочло, что эта норма представляет собой прогрессивное развитие права<sup>159</sup>; и одна группа государств предложила ее исключить<sup>160</sup>. Одно государство, наоборот, сочло, что этого проекта статьи «недостаточно для того, чтобы защитить жизнь высылкаемого лица, поскольку данное государство может и не соблюсти данную им гарантию» и что «этот проект статьи должен быть направлен на то, чтобы установить международное обязательство и ответственность за невыполнение указанного обязательства»<sup>161</sup>. Также не возражая против проекта статьи 23, одно сообщество государств предложило просто уточнить пункт 2, «с тем чтобы ни у кого не складывалось впечатление, что высылка в страны, в которых осуществляется смертная казнь, запрещена в принципе»<sup>162</sup>, тогда как одно государство – член этого сообщества рекомендовало привести пункт 1 проекта статьи 23 в соответствие с

<sup>154</sup> Ежегодник... 2012 год, том II (часть вторая), стр. 42, пункт 1) комментарий к проекту статьи 22.

<sup>155</sup> Австралия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 2, и документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 23.

<sup>156</sup> Республика Корея, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 121.

<sup>157</sup> Канада, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 1 комментариев по проекту статьи 23.

<sup>158</sup> Сингапур *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 104.

<sup>159</sup> Китай, там же, пункт 54.

<sup>160</sup> Дания (от имени стран Северной Европы), там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 50.

<sup>161</sup> Перу, там же, пункт 94.

<sup>162</sup> Европейский союз, там же, пункт 65, и письменные замечания, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам), пункт 24.

<sup>148</sup> Южная Африка, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 80.

<sup>149</sup> Перу, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 93.

<sup>150</sup> Южная Африка, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 80.

<sup>151</sup> Южная Африка, там же; см. также: Куба, там же, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 41.

<sup>152</sup> Австрия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 22.

<sup>153</sup> Европейский союз, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 64.



проектом статьи 6<sup>163</sup>. Специальный докладчик предлагает редакционному комитету рассмотреть предложение о согласовании формулировок этих двух проектов статей.

57. В одном предложении о поправке рекомендовалось добавить в конце пункта 1 следующее:

«за исключением случая, при котором имеются разумные основания считать, что данное лицо создает угрозу для безопасности страны, в которой оно находится, или такое лицо, осужденное по окончательному приговору суда за совершение особо тяжкого преступления, создает угрозу для общества в такой стране»<sup>164</sup>.

Эта поправка сводит на нет меру защиты, предусматриваемые пунктом 1, который вовсе не означает общее запрещение высылки даже в перечисленных в нем случаях, поскольку даже в этих случаях государство все равно вправе выслать иностранца, но только в то государство, где он не окажется под угрозой на одном из перечисленных оснований. Впрочем, большинство вопросов, вызвавших обеспокоенность у государств в связи с проектом статьи 23, ранее уже широко обсуждались в Комиссии, и соответствующие разъяснения приводятся в комментарии.

**Статья 24. Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором он может быть подвергнут пыткам и жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания**

58. Некоторые государства решительно поддержали проект статьи 24<sup>165</sup>, при этом одно государство сочло его более удачным по сравнению с предыдущей версией<sup>166</sup>, а другое предложило рассмотреть возможность расширения сферы его применения на лиц или групп лиц, действующих в личном качестве<sup>167</sup>. Вместе с тем одно государство возразило против распространения обязательства по невозвращению (non-refoulement) на те случаи, когда для высылкаемого иностранца имеется реальная угроза подвергнуться «унижающим достоинство» видам обращения, поскольку это означало бы чрезмерно широкое толкование данного обязательства<sup>168</sup>. В комментарии к проекту 24 разъясняются причины такого расширения

<sup>163</sup> Франция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 101.

<sup>164</sup> Республика Корея, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 23.

<sup>165</sup> Перу, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 95; Португалия, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 60; и Испания, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 115.

<sup>166</sup> Португалия, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 60.

<sup>167</sup> Испания, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 115.

<sup>168</sup> Канада, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 1 комментариев по проекту статьи 24.

пределов данного обязательства и его правовое обоснование. И наконец, одно государство указало на различие в формулировках положений проектов статей 6 и 24, заключающееся в том, что в проекте статьи 24, в отличие от проекта статьи 6, говорится о наличии «веских оснований считать», и поинтересовалось причинами такого расхождения<sup>169</sup>. Как и в случае с проектом статьи 23, Специальный докладчик предлагает редакционному комитету рассмотреть возможность согласования формулировок этих двух проектов статей.

**Статья 26. Процедурные права иностранцев, подлежащих высылке**

59. При том что многие государства в своих комментариях сочли необходимым выступить с критикой по проекту статьи 26, заявив, что какие-то его положения не закреплены в международном праве, а другие относятся в первую очередь к прогрессивному развитию, приходится с удивлением констатировать, что большинство замечаний и предложений о внесении поправок к положениям о процедурных правах, предусмотренных этим проектом статьи, сформулированы в порядке de lege ferenda. Так, одно сообщество государств предложило уточнить, что право получать уведомление предполагает «письменное уведомление», а также включить в это положение право получать «информацию об имеющихся средствах правовой защиты»<sup>170</sup>. Одно государство просило добавить в конце пункта 1 d) следующее: «включая возможность просить о применении предварительной меры в форме предписания, не допускающего высылку иностранца до окончания судебного разбирательства»<sup>171</sup>. Ни одно из этих государств не обосновало свою критику или предложенные поправки с точки зрения международного права. Другое государство просило уточнить, что процедурные права подлежащих высылке иностранцев, перечисленные в пункте 1 этой статьи, «надлежит понимать как минимум прав, которые имеет иностранец»<sup>172</sup>. Подобная формулировка не имеет достаточных юридических оснований; вместе с тем мысль о том, что эти права не наносят ущерба другим правам аналогичного характера, отражена в пункте 2 рассматриваемого проекта статьи. Хотя государства поспешили напомнить, что государство обладает исключительным суверенитетом в отношении вопросов о допуске иностранцев и что правовой режим высылки иностранцев не должен препятствовать высылке мигрантов, незаконно находящихся на территории того или иного государства, удивительно то, что некоторые государства считают «неприемлемым,

<sup>169</sup> Австрия, там же.

<sup>170</sup> Европейский союз, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 66, и письменные замечания, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам), пункты 25–29.

<sup>171</sup> Нидерланды, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 2 комментариев по проекту статьи 26.

<sup>172</sup> Чили, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 9.

чтобы иностранец, незаконно находящийся на территории государства в течение шести месяцев (период, который зафиксирован произвольно), не обладал какими-либо процедурными правами»<sup>173</sup>. Соглашаясь с тем, что «высылающему государству следует уважать определенный минимум процедурных прав независимо от положения иностранца»<sup>174</sup>, важно пояснить, что, с точки зрения Комиссии, иностранец, находящийся на территории государства менее шести месяцев, подпадает не под режим высылки, а под режим допуска/отказа в допуске иностранца на территорию государства.

60. Некоторые комментарии и замечания государств выражают скорее предпочтения внутригосударственного характера, нежели нормы позитивного международного права или даже тенденции, формирующиеся в практике. Так обстоит дело, например, с предложением исключить пункт 1 f) в связи с тем, что «обеспечение бесплатных услуг переводчика имело бы далеко идущие бюджетные последствия»<sup>175</sup>, и с предложением уточнить, что соответствующему лицу «необходимо предоставить разрешение на представительство в компетентном органе во всех случаях, однако указав, что права на такое представительство не существует»<sup>176</sup>. Комментарии ряда государств<sup>177</sup> по вопросу о правах подлежащих высылке иностранцев на консульскую помощь неубедительны, поскольку опасения, высказанные в этой связи, должным образом учтены в комментарии к пункту 3 проекта статьи 26, что, впрочем, было отмечено одним государством<sup>178</sup>, пожелавшим, чтобы соответствующие аспекты были учтены в тексте самого проекта статьи.

61. Одно государство предложило провести структурное разграничение в проекте статьи 26 «между процедурными правами, относящимися к административному этапу высылки, и правами, относящимися к этапу судебного разбирательства»<sup>179</sup>. С формальной точки зрения это предложение заманчиво, однако в реальности провести такое четкое разграничение между административным и судебным этапами высылки не всегда возможно, ведь решение, принимаемое на административном этапе, может стать предметом судебного разбирательства без ущерба для права подлежащего высылке иностранца на

обжалование его дела по существу, в том числе в части основания для высылки. Другое государство предложило включить в комментарий к пункту 1 c) этого проекта статьи, в котором идет речь о праве быть заслушанным компетентным органом, что под этим правом понимается «способность представить свои аргументы в письменной или устной форме до или после принятия решения»<sup>180</sup>. Специальный докладчик не возражает против включения подобного уточнения в текст указанного раздела комментария. Также имеет смысл уточнить в комментарии к пункту 1 a), что уведомление о принятии решения о высылке должно представляться в письменной форме, с тем чтобы учесть пожелания, высказанные некоторыми государствами<sup>181</sup> в этой связи.

### **Статья 27. Приостанавливающее действие обжалования решения о высылке**

62. Некоторые государства категорически отвергли положения проекта статьи 27 и потребовали его исключения<sup>182</sup>. Основания для такого неприятия приводятся самые разные: «это ненадлежащим образом ущемляло бы суверенитет государства»<sup>183</sup>; «этот проект статьи сделал бы практически невозможным выдворение иностранцев»<sup>184</sup>; одно сообщество государств заявило, что в его правовом порядке не предусмотрено приостанавливающее действие обжалования и признание этой нормы «может быть воспринято как возможность манипулирования процедурами обжалования»<sup>185</sup>; а одно государство сочло, что этот проект статьи «также неприемлем, поскольку он представляет собой попытку прогрессивного развития международного права без малейших к тому оснований в виде единообразной или совпадающей практики

<sup>180</sup> Бельгия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 26.

<sup>181</sup> Австрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 82; Европейский союз, там же, пункт 66, и письменные замечания, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам), пункты 25–29; и Испания, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 114.

<sup>182</sup> Европейский союз, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 67, и письменные замечания, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам), пункты 30–32; Исламская Республика Иран, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 11; Нидерланды, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 27; и Республика Корея, там же.

<sup>183</sup> Республика Корея, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 27.

<sup>184</sup> Нидерланды, там же.

<sup>185</sup> Европейский союз, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 67, и письменные замечания, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам), пункты 30–32; см. в том же ключе: Нидерланды, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 27.

<sup>173</sup> Франция, там же, пункт 99. См. в том же ключе: Канада, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 26; и Швейцария, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 76. См. также: Австрия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 2 комментариев по проекту статьи 26.

<sup>174</sup> Франция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 99.

<sup>175</sup> Австрия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 1 комментариев по проекту статьи 26.

<sup>176</sup> Соединенное Королевство, там же, пункт 6.

<sup>177</sup> Австрия, там же; Куба, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 41; и Перу, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 96.

<sup>178</sup> Австрия, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 82.

<sup>179</sup> Франция, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 99.

государств»<sup>186</sup>. Другие государства не более благосклонны, но при этом менее категоричны в своих оценках. Так, было отмечено, что приостанавливающее действие «нельзя допускать автоматически» и что «его нельзя применять в определенных, крайне щекотливых ситуациях, особенно если основанием для высылки выступают соображения национальной безопасности»<sup>187</sup>; что «распространение требования о приостанавливающем действии на все обжалования решений о высылке было бы непропорциональным»<sup>188</sup>; что «с учетом сложности данного вопроса и различий в положениях и подходах разных государств» возникают сомнения относительно наличия достаточных правовых оснований для сохранения этого проекта статьи<sup>189</sup>; и что «внутренняя правовая практика в этой связи варьируется, поэтому к вопросу следует подходить с осмотрительностью» и «следует тщательно изучить практику государств и дать общую оценку правовому характеру предлагаемой нормы»<sup>190</sup>. Таким образом, общее мнение сводится к тому, что практика государств в этой области недостаточна<sup>191</sup>.

63. Ввиду такого неприятия этого проекта статей и определенных опасений, которые он вызывает, достаточно будет напомнить, что в своем комментарии Комиссия не скрывает, что положение о приостанавливающем действии обжалования решения о высылке иностранцем, законно находящимся на территории высылающего государства, представляет собой прогрессивное развитие международного права.

64. Другие государства, высказавшиеся по проекту статьи 27, считают необходимым предусмотреть исключения из принципа приостанавливающего действия обжалования: например, в рамках соблюдения принципа невозвращения (non-refoulement)<sup>192</sup>, или «в отношении подаваемых иностранцами жалоб, в которых разумно обосновывается угроза их жизни и свободе или угроза жестокого обращения в государстве назначения»<sup>193</sup>, или «если общественный порядок и безопасность находятся под угрозой»<sup>194</sup>. В общем и целом, государства полагают, что в проект статьи следует «внести поправку, предусмотрев [в нем] некоторые исключения, при условии что такие исключения не будут нарушать право каждого человека на эффективные средства правовой защиты»<sup>195</sup>.

<sup>186</sup> Исламская Республика Иран, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 11.

<sup>187</sup> Франция, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 100.

<sup>188</sup> Соединенное Королевство, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 3 комментариев по проекту статьи 27.

<sup>189</sup> Испания, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 113.

<sup>190</sup> Польша, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 71.

<sup>191</sup> Индия, там же, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 18.

<sup>192</sup> Австрия, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 83; и Швейцария, там же, пункт 77.

<sup>193</sup> Швейцария, там же.

<sup>194</sup> Австрия, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 27.

<sup>195</sup> Германия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 103.

65. Другие замечания касаются аспектов, которые то или иное государство хотело бы отразить в тексте проекта статьи: уточнение относительно приостанавливающего действия обжалования в международном судебном органе<sup>196</sup>; возможность подачи жалобы третьим лицом, действующим от имени подлежащего высылке иностранца<sup>197</sup>; или распространение приостанавливающего действия обжалования на иностранцев, которые незаконно находятся на территории высылающего государства<sup>198</sup>. Как пояснила Комиссия в комментарии к этому проекту статьи, она не зашла так далеко, как того хотели бы некоторые государства или как к тому могла побудить практика некоторых государств; она ограничилась тем, что представляется разумным в плане прогрессивного развития международного права в свете нынешних тенденций международного права, а также законодательства некоторых государств.

66. Были предложены две поправки. Первая заключалась в добавлении в конце проекта статьи 27 следующей фразы: «если его исполнение может причинить непоправимый ущерб или ущерб, который будет трудно исправить окончательным решением»<sup>199</sup>. По мнению Специального докладчика, Комиссия могла бы внимательно изучить предложенную формулировку в той ее части, которая заканчивается словами «непоправимый ущерб». Другая предложенная поправка имела целью смягчить требование о приостанавливающем действии обжалования путем указания на то, что обжалование решения о высылке «может приостанавливать исполнение решения о высылке в случаях, предусмотренных законом»<sup>200</sup>. Такая поправка лишила бы данную норму всякого международно-правового значения, низводя ее до простой отсылки к внутригосударственному законодательству.

### **Статья 29. Возвращение в выславшее государство**

67. Одно государство сочло, что проект статьи 29 сформулирован слишком общо, поскольку «предусматривает “право на возвращение” в каждом случае, когда компетентным органом устанавливается, что высылка была незаконной»<sup>201</sup>. Но, как следует и из содержания самого проекта статьи, и из комментария к нему, это «право на возвращение» оговаривается множеством условий и строгих ограничений. Другое государство заявило, что в международном праве не существует права на возвращение в выславшее государство иностранца, высылка которого была признана незаконной<sup>202</sup>, в чем, впрочем, Комиссия и не сомневается, ведь в комментарии к проекту статьи она прямо указала, что в данном случае речь идет о прогрессивном развитии международного права. То же можно

<sup>196</sup> Беларусь, там же, пункт 110.

<sup>197</sup> Чили, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 9.

<sup>198</sup> Румыния, там же, пункт 88.

<sup>199</sup> Сальвадор, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, пункт 8 комментариев по проекту статьи 27.

<sup>200</sup> Канада, там же.

<sup>201</sup> Германия, там же, комментарии по проекту статьи 29.

<sup>202</sup> Канада, там же.

сказать и в ответ на замечание государства, указавшего, что практика государств в этой области (как и в вопросе, затрагиваемом в проекте статьи 27) недостаточна<sup>203</sup>, поскольку, если бы практика была достаточной, иными словами – сложившейся, речь бы шла не о прогрессивном развитии, а о кодификации. Удивительным образом одно государство рекомендовало ограничить сферу применения проекта статьи 29 «иностранцами, законно находившимися на территории соответствующего государства»<sup>204</sup>, а затем предложило и вовсе исключить этот проект статьи на том основании, что «государство вправе в порядке реализации своих суверенных полномочий самостоятельно решать вопрос о том, разрешить ли ранее высланному иностранцу вернуться на его территорию, даже если компетентным органом установлено, что высылка была незаконной»<sup>205</sup>. Специальный докладчик напоминает, что, поскольку речь идет о международном обязательстве государства, государство обязано его соблюдать; что же касается ограничения сферы действия иностранцами, которые законно находились на территории выславшего их государства, то именно об этом говорится в пункте 2) комментария к этому проекту статьи. И наконец, было предложено добавить в текст пункта 1 после слов «компетентный орган» уточнение «этого государства»<sup>206</sup>. Такое дополнение неоправданно ограничивает круг соответствующих компетентных органов, включающий, как следует из комментария к данному проекту статьи, и международные суды, и тем самым противоречит самому духу этой нормы.

### **Статья 30. Защита имущества подлежащего высылке иностранца**

68. Замечания к проекту статьи 30 представили три государства: одно полностью поддержало его<sup>207</sup>; другое заявило, что «сам проект статьи должен отражать эту же цель», несмотря на разъяснение, содержащееся в комментарии<sup>208</sup>; а еще одно предложило включить в проект статьи фразу «для обеспечения того, чтобы подлежащие высылке иностранцы не лишались произвольно личного имущества, которым они владеют на законных основаниях» вместо нынешней формулировки «для защиты имущества подлежащего высылке иностранца», которая короче и имеет более общий характер<sup>209</sup>. Поэтому ни одно из этих предложений не может быть принято.

<sup>203</sup> Индия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 18.

<sup>204</sup> Республика Корея, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 119.

<sup>205</sup> Республика Корея, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 29.

<sup>206</sup> Нидерланды, там же.

<sup>207</sup> Марокко, там же, комментарии по проекту статьи 30.

<sup>208</sup> Канада, там же.

<sup>209</sup> Соединенное Королевство, там же, пункт 3.

### **Статья 31. Ответственность государств в случаях незаконной высылки**

69. Из четырех государств, высказавшихся по проекту статьи 31, два посчитали его излишним<sup>210</sup>, одно безоговорочно поддержало его<sup>211</sup>, а еще одно согласилось с ним «в том объеме, в каком проекты статей отражают существующие международно-правовые обязательства»<sup>212</sup>. Эти различные позиции, никоим образом не меняющие сути изложенной в этом проекте статьи нормы, существование которой в позитивном международном праве никем не оспаривается, были приняты к сведению.

### **Статья 32. Дипломатическая защита**

70. Как и в случае с проектом статьи 31, некоторые государства сочли положение о дипломатической защите излишним, или необязательным, в контексте проектов статей о высылке иностранцев<sup>213</sup>, тогда как одно государство полностью поддержало данный проект статьи<sup>214</sup>. Другое государство, не возражая против него в принципе, предложило перефразировать его таким образом, чтобы указать: «Осуществление дипломатической защиты в отношении подлежащего высылке иностранца неизбежно зависит от наличия у соответствующего государства права осуществлять дипломатическую защиту данного иностранца»<sup>215</sup>. Такое уточнение представляется избыточным, ведь иначе и быть не может. И наконец, еще одно государство заявило, что «важно подумать над включением положения о разрешении споров, связанных с толкованием и осуществлением данного проекта статьи, и подчеркнуть в этой связи роль Международного Суда»<sup>216</sup>. Такое положение об урегулировании споров представляется излишним и не находит какого-либо конкретного применения в контексте настоящих проектов статей.

<sup>210</sup> Австрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 84, и документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 31; Южная Африка, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 81.

<sup>211</sup> Польша, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 71.

<sup>212</sup> Соединенное Королевство, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 31.

<sup>213</sup> Австрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 84, и документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 32; Германия, там же; Венгрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 51; и Южная Африка, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 81.

<sup>214</sup> Польша, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 71.

<sup>215</sup> Соединенное Королевство, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел С, комментарии по проекту статьи 32.

<sup>216</sup> Перу, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 97.

## ГЛАВА II

## Заключительные замечания Специального докладчика

71. Несколько государств высказались относительно окончательной формы итогового документа Комиссии по теме «Высылка иностранцев». Некоторые государства поддержали идею его оформления в виде международного договора<sup>217</sup>, а одно предложило составить на его основе «декларацию общих принципов или рамочную конвенцию»<sup>218</sup>. Другие государства, напротив, высказались в пользу его оформления в виде не имеющего обязательной силы документа, который мог бы представлять собой свод руководящих положений<sup>219</sup>, руководящих положений или принципов<sup>220</sup>, принципов-указаний<sup>221</sup>, «общий свод принципов»<sup>222</sup>, «свод передовой практики» или «руководящие принципы политики»<sup>223</sup>, «основополагающие принципы либо наиболее подходящую практику»<sup>224</sup> или «руководство»<sup>225</sup>. И наконец, некоторые государства считают, что окончательная форма результата работы Комиссии по этой теме должна быть определена позднее<sup>226</sup>, при этом одно из них предпочло бы, чтобы это были «прочно утвердившиеся руководящие принципы, отражающие наиболее передовую практику государств»<sup>227</sup>. Такой нетрадиционный выбор терминов, свидетельствующий об особой изобретательности в стремлении преуменьшить значение результата

работы Комиссии над этой важной и непростой темой в современных условиях глобализации, довольно любопытен. Однако это не должно отвлекать внимание Комиссии и государств от реального положения вещей в современном международном обществе, где сняты все ограничения на движение денежных средств и делается все возможное для поощрения движения товаров, но в то же время повсюду возводятся физические или юридические барьеры с целью ограничить или полностью остановить людские потоки.

72. Комиссия работает в интересах государств. Поэтому она очень внимательно прислушивается к их мнениям и позициям относительно ее работы и стремится их учитывать в максимально возможной степени. В то же время нельзя забывать, что Комиссия представляет собой экспертный орган по международному праву, задача которого очень четко прописана в пункте 1 статьи 1 Положения о Комиссии: «Комиссия международного права имеет своей целью содействие прогрессивному развитию международного права и его кодификации».

73. Именно по этому критерию следует оценивать результаты работы, представляемые Комиссией на рассмотрение Генеральной Ассамблеи. Печально, что многие государства, выступившие с замечаниями по проектам статей, принятым Комиссией в первом чтении, судя по всему, не ознакомились с текстом комментариев к ним, ведь в нем содержатся четкие и полные разъяснения почти по всем вопросам, вызывающим, зачастую не без оснований, озабоченность у государств. Специальный докладчик хотел бы подчеркнуть особое значение этих комментариев как важнейшего средства толкования различных проектов статей и незаменимого методологического инструмента для понимания подхода Комиссии и проверки правовых оснований каждого из проектов статей.

74. Очень немногие из тем, включенных в повестку дня Комиссии, имеют такие же глубокие корни в международном праве, как высылка иностранцев. Практика государств по различным аспектам этого вопроса начала формироваться с конца XIX века. Нормы, касающиеся тех или иных аспектов этой темы, присутствуют во многих международных договорах. Многочисленные судебные решения, послужившие основой для кодификации права ответственности государств за международно-противоправные деяния, с одной стороны, и права дипломатической защиты – с другой, касаются дел, связанных с высылкой иностранцев. Одним из последних таких решений стало вынесенное Международным Судом 30 ноября 2010 года решение по делу *Диалло*, которое укрепляет эту судебно-практическую основу и уточняет положения позитивного международного права по различным вопросам<sup>228</sup>.

<sup>217</sup> Беларусь, там же, пункт 111; Конго, там же, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 48; и Перу, там же, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 98.

<sup>218</sup> Республика Корея, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел В.

<sup>219</sup> Исламская Республика Иран, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 11; Румыния, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 88; и Таиланд, там же, пункт 38.

<sup>220</sup> Австралия, там же, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 4; Канада, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 16; Чешская Республика, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел В; Дания (от имени стран Северной Европы), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 51; Германия, там же, пункт 99, и документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел В; и Испания, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 116.

<sup>221</sup> Европейский союз, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/67/SR.18), пункт 68; и Сингапур, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 105.

<sup>222</sup> Португалия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 60.

<sup>223</sup> Нидерланды, там же, пункт 28, и документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел В.

<sup>224</sup> Греция, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22), пункт 26.

<sup>225</sup> Соединенное Королевство, документ A/CN.4/669 и Add.1 (воспроизводится в настоящем томе), раздел В.

<sup>226</sup> Израиль, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 37; и Малайзия, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 108.

<sup>227</sup> Израиль, там же, 20-е заседание (A/C.6/67/SR.20), пункт 37.

<sup>228</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 639.

75. Понятно, что некоторые государства, исходя из своих собственных внутригосударственных интересов, могут выражать опасения в связи с данной темой. Но подобные опасения не дают оснований намекать, или даже утверждать, что проекты статей не имеют никакой международно-правовой базы. Некоторые государства особо указали, что проекты статей должны основываться на практике государств. Это мнение разделяет большинство членов Комиссии, которая в своей работе всегда руководствуется в первую очередь практикой государств, не отказываясь, впрочем, от возможности по мере необходимости обратиться к прогрессивному развитию международного права. В ходе рассмотрения данной темы Комиссия не скрывала, что определенные положения проектов статей отражают скорее прогрессивное развитие, нежели кодификацию *stricto sensu*, при этом и то, и другое направление ее деятельности полностью согласуются с ее целями, как указано выше.

76. Принятые в первом чтении проекты статей базируются на балансе прав государства, сохраняющего суверенитет в вопросах допуска и высылки иностранцев, и прав подлежащих высылке иностранцев, которым обеспечивается более широкая защита, основанная в первую очередь на международном праве и преобладающих тенденциях в практике ряда государств. По мнению Специального докладчика, весьма желательно было бы сохранить это равновесие, достигнутое в ходе длительных обсуждений в Комиссии, и учесть совпадающие мнения, выраженные государствами по различным аспектам этой темы. В этой связи Комиссия может с удовлетворением отметить положительную оценку ее работы одним из выдающихся представителей современной теории международного права, который пишет:

В проектах статей о высылке иностранцев успешно достигается цель беспристрастно и сбалансированно изложить соответствующий правовой режим и все связанные с ним последствия. [Комиссия] не придерживалась чисто консервативного подхода и в то же время не сбрасывала со счетов все традиционные элементы суверенитета государств. В целом проекты пронизаны духом просвещенного модернизма, который придает вопросам верховенства права и прав человека важное значение, но не ставит их выше любых иных соображений, связанных с общественными интересами. Соответственно, проекты статей имеют очень хорошие шансы на окончательное одобрение международным сообществом<sup>229</sup>.

77. В любом случае Специальный докладчик надеется, что итогом работы Комиссии над этой темой станет принятие во втором чтении проектов статей о высылке иностранцев с учетом тех поправок, которые он предлагает внести, в частности в комментарии к проектам статей, по результатам изучения комментариев и замечаний государств. В этой связи он никоим образом не хотел бы предрешать вопрос о форме, которую Генеральная Ассамблея, возможно, пожелает придать проектам статей. Последнее слово в этом вопросе, как и в вопросах окончательного оформления результатов работы Комиссии по всем другим темам, принадлежит государствам. Следовательно, как отметил представитель одного государства во время обсуждений в Шестом комитете в ноябре 2012 года, «все варианты следует оставить открытыми»<sup>230</sup>, хотя сам Специальный докладчик поддержал бы форму конвенции.

<sup>229</sup> Tomuschat, "Expulsion of aliens: the International Law Commission draft articles", p. 662.

<sup>230</sup> Сингапур, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 105.

# ВЫСЫЛКА ИНОСТРАНЦЕВ

[Пункт 2 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/669 и Add.1

## Комментарии и замечания, полученные от правительств

[Подлинный текст на английском, испанском, русском и французском языках]  
[21 марта и 1 октября 2014 года]

## СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем документе.....	27
	<i>Пункты</i>
ВВЕДЕНИЕ.....	1–2 28
КОММЕНТАРИИ И ЗАМЕЧАНИЯ, ПОЛУЧЕННЫЕ ОТ ПРАВИТЕЛЬСТВ .....	28
А. Общие замечания .....	28
Австралия.....	28
Дания (от имени стран Северной Европы).....	29
Канада.....	29
Куба.....	30
Нидерланды .....	30
Республика Корея.....	30
Российская Федерация.....	30
Сальвадор.....	31
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	32
Соединенные Штаты Америки.....	32
В. Окончательная форма проектов статей.....	33
Австралия.....	33
Германия.....	33
Дания (от имени стран Северной Европы).....	33
Нидерланды .....	33
Республика Корея.....	33
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	33
Соединенные Штаты Америки.....	33
Чешская Республика .....	34
С. Конкретные комментарии по проектам статей.....	34
Часть первая. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ.....	34
Статья 1. Сфера применения .....	34
Австралия.....	34
Германия.....	34
Марокко.....	34
Российская Федерация.....	34
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	34
Соединенные Штаты Америки.....	34

	<i>Стр.</i>
<i>Статья 2. Употребление терминов</i> .....	34
Австрия .....	34
Германия.....	35
Дания (от имени стран Северной Европы) .....	35
Канада.....	35
Куба.....	35
Республика Корея.....	35
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	35
Соединенные Штаты Америки .....	36
<i>Статья 3. Право на высылку</i> .....	37
Канада.....	37
Куба.....	37
Республика Корея .....	37
Соединенные Штаты Америки .....	37
<i>Статья 4. Требования о соблюдении закона</i> .....	37
Российская Федерация.....	37
Сальвадор.....	38
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	38
<i>Статья 5. Основания для высылки</i> .....	38
Австралия.....	38
Канада.....	38
Республика Корея.....	39
Сальвадор.....	39
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	39
Соединенные Штаты Америки .....	39
<i>Часть вторая. Случаи запрещенной высылки</i> .....	40
<i>Статья 6. Запрет высылки беженцев</i> .....	40
Австралия.....	40
Дания (от имени стран Северной Европы) .....	40
Канада.....	40
Республика Корея .....	40
Сальвадор.....	41
Соединенные Штаты Америки .....	42
<i>Статья 7. Запрет высылки апатридов</i> .....	42
Канада.....	42
Куба.....	42
Соединенные Штаты Америки .....	43
<i>Статья 8. Другие нормы, непосредственно касающиеся высылки беженцев и апатридов</i> .....	43
Республика Корея.....	43
Сальвадор.....	43
Соединенные Штаты Америки .....	43
<i>Статья 9. Лишение гражданства для единственной цели высылки</i> .....	43
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	43
Соединенные Штаты Америки .....	43
<i>Статья 10. Запрет коллективной высылки</i> .....	43
Австралия.....	43
Германия.....	43
Республика Корея.....	43
Сальвадор.....	44
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	44
Соединенные Штаты Америки .....	44
<i>Статья 11. Запрещение замаскированной высылки</i> .....	45
Австрия .....	45
Германия.....	45
Канада.....	45



	<i>Стр.</i>
Нидерланды .....	45
Республика Корея .....	45
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии .....	46
Соединенные Штаты Америки .....	46
<i>Статья 12. Запрет высылки для целей конфискации имущества</i> .....	47
Российская Федерация .....	47
<i>Статья 13. Запрет прибегать к высылке, чтобы обойти процедуру экстрадиции</i> .....	48
Канада .....	48
Соединенные Штаты Америки .....	48
Чешская Республика .....	48
ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ. ЗАЩИТА ПРАВ ИНОСТРАНЦЕВ, ПОДЛЕЖАЩИХ ВЫСЫЛКЕ .....	48
ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ .....	48
<i>Статья 14. Обязательство уважать человеческое достоинство и права человека иностранцев, подлежащих высылке</i> .....	48
Канада .....	49
Нидерланды .....	49
Сальвадор .....	49
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии .....	49
Соединенные Штаты Америки .....	49
<i>Статья 15. Обязательство не подвергать дискриминации</i> .....	49
Дания (от имени стран Северной Европы) .....	49
Канада .....	49
Нидерланды .....	49
Сальвадор .....	50
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии .....	50
Соединенные Штаты Америки .....	50
<i>Статья 16. Узвимые лица</i> .....	51
Куба .....	51
Марокко .....	51
Сальвадор .....	51
Соединенные Штаты Америки .....	51
ГЛАВА II. ЗАЩИТА, ТРЕБУЮЩАЯСЯ В ВЫСЫЛАЮЩЕМ ГОСУДАРСТВЕ .....	52
<i>Статья 17. Обязательство защищать право на жизнь подлежащих высылке иностранцев</i> .....	52
Австрия .....	52
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии .....	52
Соединенные Штаты Америки .....	52
<i>Статья 18. Запрет пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания</i> .....	52
Австрия .....	52
<i>Статья 19. Условия содержания под стражей подлежащего высылке иностранца</i> .....	52
Австрия .....	52
Бельгия .....	52
Германия .....	52
Дания (от имени стран Северной Европы) .....	52
Канада .....	53
Куба .....	53
Нидерланды .....	53
Республика Корея .....	53
Сальвадор .....	54
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии .....	55
Соединенные Штаты Америки .....	55
<i>Статья 20. Обязательство уважать право на семейную жизнь</i> .....	56
Австралия .....	56
Канада .....	56

	Стр.
Куба.....	56
Республика Корея.....	57
Сальвадор.....	57
Соединенные Штаты Америки.....	57
Глава III. ЗАЩИТА В ОТНОШЕНИИ ГОСУДАРСТВА НАЗНАЧЕНИЯ.....	58
<i>Статья 21. Отъезд в государство назначения.....</i>	<i>58</i>
Дания (от имени стран Северной Европы).....	58
Нидерланды.....	58
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	58
Соединенные Штаты Америки.....	59
<i>Статья 22. Государство назначения подлежащих высылке иностранцев.....</i>	<i>59</i>
Австрия.....	59
Дания (от имени стран Северной Европы).....	59
Куба.....	59
Нидерланды.....	59
Соединенные Штаты Америки.....	59
<i>Статья 23. Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором его жизнь и свобода находились бы под угрозой.....</i>	<i>60</i>
Австралия.....	60
Дания (от имени стран Северной Европы).....	60
Канада.....	60
Нидерланды.....	60
Республика Корея.....	60
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	61
Соединенные Штаты Америки.....	61
<i>Статья 24. Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором он может быть подвергнут пыткам и жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания.....</i>	<i>62</i>
Австрия.....	62
Канада.....	62
Куба.....	62
Республика Корея.....	62
Соединенные Штаты Америки.....	62
Часть четвертая. ОСОБЫЕ ПРОЦЕДУРНЫЕ ПРАВИЛА.....	63
<i>Статья 26. Процедурные права иностранцев, подлежащих высылке.....</i>	<i>63</i>
Австралия.....	63
Австрия.....	63
Бельгия.....	64
Дания (от имени стран Северной Европы).....	64
Канада.....	64
Нидерланды.....	64
Республика Корея.....	64
Российская Федерация.....	64
Сальвадор.....	64
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	66
Соединенные Штаты Америки.....	67
<i>Статья 27. Приостанавливающее действие обжалования решения о высылке.....</i>	<i>67</i>
Австрия.....	67
Германия.....	67
Дания (от имени стран Северной Европы).....	68
Канада.....	68
Нидерланды.....	68
Республика Корея.....	68
Сальвадор.....	68
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	69
Соединенные Штаты Америки.....	70

	<i>Стр.</i>
<i>Статья 28. Порядок индивидуального обращения за правовой защитой</i> .....	70
Куба.....	70
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	70
Соединенные Штаты Америки.....	70
Часть пятая. Правовые последствия высылки.....	70
<i>Статья 29. Возвращение в выславшее государство</i> .....	70
Австралия.....	70
Германия.....	71
Канада.....	71
Куба.....	71
Нидерланды .....	71
Республика Корея.....	71
Российская Федерация.....	71
Сальвадор.....	71
Соединенные Штаты Америки.....	71
<i>Статья 30. Защита имущества подлежащего высылке иностранца</i> .....	72
Австралия.....	72
Канада.....	72
Марокко.....	72
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	72
Соединенные Штаты Америки.....	72
<i>Статья 31. Ответственность государств в случаях незаконной высылки</i> .....	72
Австрия .....	72
Республика Корея.....	73
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	73
Соединенные Штаты Америки.....	73
<i>Статья 32. Дипломатическая защита</i> .....	73
Австрия.....	73
Германия.....	73
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии.....	73
Соединенные Штаты Америки.....	73

### Многосторонние документы, цитируемые в настоящем документе

#### *Источник*

Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) (Рим, 4 ноября 1950 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 213, No. 2889, p. 221. См. также текст на русском языке: <i>Бюллетень международных договоров</i> , М., Юридическая литература, 2001, № 3, стр. 29.
Протокол № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Страсбург, 22 ноября 1984 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1525, No. 2889, p. 195. См. также текст на русском языке: <i>Бюллетень международных договоров</i> , М., Юридическая литература, 1998, № 9, стр. 10.
Конвенция о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 189, No. 2545, p. 137. См. также текст на русском языке: <i>Бюллетень международных договоров</i> , М., Юридическая литература, 1993, № 9, стр. 6.
Конвенция о статусе апатридов (Нью-Йорк, 28 сентября 1954 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 360, No. 5158, p. 117.
Европейская конвенция об установлении (с Протоколом) (Париж, 13 декабря 1955 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 529, No. 7660, p. 141.
Венская конвенция о консульских сношениях (Вена, 24 апреля 1963 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 596, No. 8638, p. 359.

## Источник

Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 999, No. 14668, p. 225.
Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 993, No. 14531, p. 35.
Конвенция ОАЕ, регулирующая специфические аспекты проблемы беженцев в Африке (Аддис-Абеба, 10 сентября 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1001, No. 14691, p. 45.
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.
Африканская хартия прав человека и народов (Найроби, 27 июня 1981 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1520, No. 26363, p. 217.
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.
Конвенция о правах ребенка (Нью-Йорк, 20 ноября 1989 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1577, No. 27531, p. 81.
Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (Нью-Йорк, 18 декабря 1990 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2220, No. 39481, p. 164.
Конвенция Совета Европы об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности и о финансировании терроризма (Варшава, 16 мая 2005 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2569, No. 45796, p. 91. См. также текст на русском языке: <i>Бюллетень международных договоров</i> , М., Юридическая литература, 2018, № 4, стр. 34.
Конвенция о правах инвалидов (Нью-Йорк, 13 декабря 2006 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2515, No. 44910, p. 122.
Арабская конвенция о борьбе с отмыванием денег и финансированием терроризма (Каир, 21 декабря 2010 года)	Algeria, <i>Journal Officiel</i> , No. 55, 23 September 2014 (на французском языке).

## Введение

1. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год) Комиссия международного права приняла в первом чтении проекты статей о высылке иностранцев<sup>1</sup>. Кроме того, Комиссия постановила в соответствии со статьями 16–21 своего Положения препроводить эти проекты статей через посредство Генерального секретаря правительствам для изложения комментариев и замечаний с просьбой направить эти комментарии и замечания Генеральному секретарю до 1 января 2014 года. Генеральный секретарь распространил ноту от 18 октября 2012 года, сопровождающую проекты статей с комментариями к ним правительствам, а также ноту-напоминание от 22 апреля 2013 года. В пункте 6 своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года Генеральная Ассамблея обратила внимание правительств на то, что Комиссии важно получить их комментарии и замечания по проектам статей и комментариям к ним.

<sup>1</sup> См. *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 15–19, пункты 41–45. Проекты статей и комментарии к ним см. там же, стр. 19 и далее, пункт 46.

2. По состоянию на 12 июня 2014 года письменные ответы были получены от Австралии (21 января 2014 года), Австрии (13 января 2014 года), Бельгии (17 декабря 2013 года), Германии (30 декабря 2013 года), Дании (от имени стран Северной Европы) (12 июня 2014 года), Канады (8 января 2014 года), Кубы (7 марта 2014 года), Марокко (8 января 2014 года), Нидерландов (20 января 2014 года), Республики Корея (20 января 2014 года), Российской Федерации (9 апреля 2014 года), Сальвадора (20 декабря 2013 года), Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии (8 января 2014 года), Соединенных Штатов Америки (7 марта 2014 года) и Чешской Республики (31 декабря 2013 года). Комментарии и замечания, полученные от этих правительств, воспроизводятся ниже; они сгруппированы по тематическому признаку и начинаются с общих комментариев, за которыми следуют комментарии по конкретным проектам статей.

## Комментарии и замечания, полученные от правительств

### А. Общие замечания

#### АВСТРАЛИЯ

1. В той мере, в какой в этих проектах статей излагаются существующие нормы международного права в отношении высылки иностранцев, Австралия

считает, что работа Комиссии, направленная на консолидацию международного права в этой области, будет служить полезным руководством для государств в деле осуществления международных обязательств, а также в разработке внутригосударственных законов и политики.

2. Со своей стороны, Австралия привержена цели создания такой правовой системы, которая является предсказуемой и транспарентной и обеспечивает уважение прав человека и человеческого достоинства при обращении с иностранцами. Австралия высоко оценивает включение проектов статей, которые отражают эти принципы. В этой связи Австралия приветствует, в частности, пункт 1 проекта статьи 14, касающийся гуманного обращения с иностранцами и уважения их человеческого достоинства, и пункт 1 проекта статьи 21, направленный на поощрение добровольного отъезда иностранцев, подлежащих высылке.

3. В некоторых отношениях, однако, Австралия считает, что в этих проектах статей выдвигаются новые принципы, не отражающие нынешнее состояние международного права или практику государств.

4. В этой связи Австралия хотела бы предложить Комиссии проявлять сдержанность в отношении объединения существующих принципов и расширения установившихся концепций в новых направлениях. В тех случаях, когда в основе этих проектов статей лежат существующие положения других договоров, Австралия рекомендует Комиссии как можно точнее отражать ранее согласованные формулировки.

#### Дания (от имени стран Северной Европы)

1. Дания отмечает, что в общем проекты статей содержат полезное описание проблем в области высылки иностранцев и различных соответствующих сводов международных и региональных нормативно-правовых актов и практики.

2. Далее, Дания вновь заявляет, что любая конвенция о высылке иностранцев будет представлять интерес только в том случае, если она будет базироваться на основополагающем принципе, согласно которому государства обязаны вновь принимать своих собственных граждан, которые не имеют законного места проживания в другой стране, и если этот принцип будет четко изложен в этой конвенции. В связи с этим страны Северной Европы решительно поддерживают комментарий Европейского союза<sup>1</sup> в отношении пункта 1 проекта статьи 22, в котором предлагается добавить слова «и принимается обратно соответствующим государством», с тем чтобы прояснить обязательства принимающих государств в отношении реадмиссии своих собственных граждан. Альтернативой этому могло бы быть добавление новой отдельной статьи, предусматривающей обязательства принимающих государств.

3. Далее, для стран Северной Европы чрезвычайно важно, чтобы проекты статей не применялись к экстрадиции.

4. Дания считает, что существует необходимость в разъяснении терминов, употребляемых в проектах статей. Необходимо, чтобы во всех проектах

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

статей использовались четкие и последовательные формулировки.

5. Проекты статей были разработаны в целях их применения к высылке иностранца государством, и в комментарии говорится, что термин «высылка» употребляется потому, что он является достаточно широким термином и охватывает любой этап процесса высылки.

6. Вместе с тем определение в подпункте а) проекта статьи 2 касается, как представляется, только решения о высылке, но не последующего исполнения этого решения, включающего добровольное или принудительное возвращение. В этой связи страны Северной Европы предлагают использовать термин «высылка» применительно к решению выслать иностранца. Что же касается последующего принудительного исполнения этого решения, предлагаем употреблять термин «выдворение». Этот термин последовательно употребляется в Директиве Европейского союза о возвращении<sup>2</sup>, в которой он означает принуждение к исполнению обязательства возвращаться, в частности физическую транспортировку за пределы государства-члена. Как представляется, в нынешних проектах статей употребляются различные термины применительно к этому этапу, о чем свидетельствует, например, употребление терминов «возвращение», «отъезд» и «принудительное осуществление решения о высылке» в проектах статей 6 и 21.

<sup>2</sup> Директива 2008/115/ЕС от 16 декабря 2008 года об общих стандартах и процедурах, применимых в государствах-членах для возвращения незаконно пребывающих в них граждан третьих стран (*Official Journal of the European Union*, L 348, 24 December 2008, pp. 98–107).

#### КАНАДА

1. Правовой статус и цели этих проектов статей требуют разъяснения. С учетом существующих и последовательных практики, прецедентов и доктрины государств в этой области Канада не рассматривает эти проекты статей ни как прогрессивное развитие, ни как формулировку и систематизацию норм международного права. Канада призывает Комиссию четко указать в начале проектов статей, что они не являются ни кодификацией действующих норм международного права, ни новым толкованием давно существующих и хорошо понятных договоров.

2. Несколько раз упоминаются обязательства согласно «общему международному праву». В этих ссылках следует разъяснить, включает ли этот термин нормы международного обычного права и договорного права.

3. В комментарии к этим проектам статей присутствует несколько ссылок на Декларацию о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают<sup>1</sup>. Канада выступает против любых намеков на то, что эта декларация относится к международному обычному праву.

<sup>1</sup> Резолюция 40/144 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 1985 года.

## КУБА

1. Куба хотела бы вновь заявить, что кодификация прав человека высланных или высылаемых лиц будет полезной при условии, что такая кодификация будет проводиться исходя из принципа всеобъемлющей защиты прав человека высланных и высылаемых лиц и без ущемления суверенитета государств.
2. В качестве общего соображения Куба рекомендует включить проект статьи, предусматривающий предварительное уведомление государства, в которое производится высылка. В этой связи Куба считает целесообразным включить в проект статей право высланных или высылаемых лиц на общение с представителями соответствующего консульства.
3. Защита прав человека высланных или высылаемых лиц не может ограничивать осуществление права государства на высылку.
4. Уголовное законодательство Кубы предусматривает высылку иностранцев в качестве одной из мер наказания, применяемых уголовным судом к физическим лицам в соответствии с пунктом 3 *i*) статьи 28 Уголовного кодекса (Закон № 62 от 29 декабря 1987 года с поправками, внесенными Законом № 87 от 16 февраля 1999 года). Согласно пункту 1 статьи 46 Кодекса, наказание в виде высылки может применяться к иностранцу, если компетентный суд сочтет, что в силу характера правонарушения, обстоятельств его совершения или личных качеств обвиняемого его дальнейшее пребывание в Республике является опасным. Кроме того, статья предусматривает высылку иностранцев в качестве дополнительной меры по отбытию основного наказания, а также наделяет Министерство юстиции дискреционным правом решать вопросы о высылке осужденного иностранца до отбытия основного наказания, и в этом случае уголовная ответственность с осужденного снимается.

## НИДЕРЛАНДЫ

Комментарий к проектам статей свидетельствует о том, что внимание было уделено нынешней практике государств. В некоторых случаях Комиссия делает вывод о том, что в разных государствах практика различается, и рассматривает это обстоятельство как основание для того, чтобы не включать то или иное положение по соответствующему вопросу. В других случаях Комиссия приходит к выводу о том, что, хотя не существует достаточной практики государств для ссылки на какую-либо существующую норму международного права, то или иное положение тем не менее должно быть включено для целей прогрессивного развития международного права. Нидерланды хотели бы призвать к тому, чтобы этот подход был пересмотрен. Нидерланды полагают, что для прогрессивного развития международного права в этой области нет возможности именно потому, что так много правовых норм в этой области уже было кодифицировано, а также из-за политически деликатного характера этого вопроса во многих странах.

## РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

1. Что касается государственного суверенитета и прав человека иностранцев, то в проектах статей уделяется весьма значительное внимание уважению прав человека иностранцев и ставится задача добиться баланса между государственным суверенитетом и правами человека иностранцев, подлежащих высылке. Однако некоторые статьи предполагают неоправданно широкие ограничения государственного суверенитета.
2. Что касается принципов международного права, внутригосударственного права и международной практики, то следует отметить, что данные проекты статей включают направленные на поступательное развитие международного права прогрессивные положения, которые отражают решения или заключения местных судов по вопросам прав человека. Однако действие некоторых проектов статей, как представляется, выходит за рамки сферы применения многосторонних договоров, общих принципов международного права, внутригосударственного права и международной практики. Так, проекты статей 6 (Запрет высылки беженцев), 23 (Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором его жизнь и свобода находились бы под угрозой) и 24 (Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором он может быть подвергнут пыткам и бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания) были разработаны на основе Конвенции о статусе беженцев и Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Несмотря на это, в этих проектах статей расширен круг лиц, на которых распространяются их положения, и одновременно сокращено число оснований для ограничения их действия, что является фактически выходом за сферу применения вышеупомянутых конвенций.

## РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ

1. Что касается общих подходов к теме, то вызывает определенные вопросы заложенная в проекты статей концепция, согласно которой режим высылки предлагается распространять в равной степени на иностранцев, пребывающих на территории соответствующего государства как законно, так и незаконно. В понимании Российской Федерации, правовая природа их пребывания на территории государства различается.
2. Так, иностранцы, пребывающие на территории государства на законных основаниях, пользуются более высокой степенью защиты, в первую очередь в плане предоставляемых им процедурных гарантий в контексте высылки. Данный вывод подтверждается релевантными универсальными и региональными международными договорами<sup>1</sup>, согласно которым те

<sup>1</sup> Например, Конвенция о статусе беженцев, статья 32; Международный пакт о гражданских и политических правах, статья 13; Европейская конвенция об установлении, статья 3; и Протокол № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, статья 1.

или иные гарантии в сфере высылки распространяются на «законных» иностранцев. В качестве примера Российская Федерация обращает внимание на статью 1 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, из названия и текста которой следует, что зафиксированные в ней процедурные гарантии высылки применимы только в отношении четко определенной группы иностранцев – лиц, на законных основаниях проживающих на территории того или иного государства.

3. При этом аналогичный подход в отношении «незаконных» иностранцев в международном праве не прослеживается: предоставляемые им гарантии в данной сфере имеют общий характер и сводятся в основном к аспекту защиты прав человека (уважение семейной жизни в контексте высылки, недопустимость высылки в государства, где лицо может подвергнуться преследованию по мотивам расовой, религиозной и иной принадлежности, пыткам или бесчеловечному обращению и т. д.).

4. Приведенную выше специфику, как представляется, можно было бы отразить в проектах статей с целью проведения более четкого разграничения в правовом положении «законных» и «незаконных» иностранцев, пребывающих на территории государств, прежде всего в контексте перечисленных в проекте статьи 26 процедурных гарантий.

5. Исходя из текста проектов статей, а также комментариев, можно сделать вывод, что термин «компетентный орган» используется в общем смысле как охватывающий и судебные, и административные органы власти высылающего государства. Российская федерация полагает, что такой подход отражает сложившиеся международную и внутригосударственную практику в данном вопросе.

6. В этой связи, как представляется, было бы правильно прямо указать на такое понимание термина «компетентный орган» в статьях либо комментариях к ним во избежание разночтений.

7. Так, Международный Суд в решении по делу *Амаду Садио Диалло*<sup>2</sup>, проанализировав соответствующие положения законодательства Демократической Республики Конго, не выявил противоречий между существующим в этой стране административным порядком принятия решений о высылке (по решению президента или премьер-министра Демократической Республики Конго без судебного рассмотрения вопроса) и нормами международного права.

8. Помимо этого, в статье 1 упомянутого выше Протокола № 7 четко зафиксировано право высылаемого лица «быть представленным... перед компетентным органом или перед одним или несколькими лицами, назначенными таким органом». При этом, согласно Пояснительному докладу к Протоколу № 7, компетентный орган может быть как судебным, так

и административным<sup>3</sup>. Более того, допускается, что законодательство государства, осуществляющего высылку, может предусматривать на этот счет различные процедуры и уполномочивать на ее осуществление различные органы власти<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Council of Europe, *Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (Strasbourg, 1984), para. 13.3.

<sup>4</sup> В российском законодательстве, например, существует как судебный (административное выдворение), так и несудебный (депортация) порядок высылки иностранцев.

## САЛЬВАДОР

1. Что касается используемой терминологии, то Сальвадор рекомендует заменить термины «законный/незаконный» на «урегулированный/неурегулированный миграционный статус», что будет соответствовать степени прогресса, достигнутого в сфере международного права в области прав человека. В настоящее время считается неоспоримым, что все лица независимо от гражданства, расы, религии и любых других характеристик являются свободными и равными в своем достоинстве и правах, а значит, не существует «незаконных» лиц, а только лица, чей миграционный статус может быть урегулированным или неурегулированным согласно внутреннему законодательству того или иного государства.

2. Кроме того, предлагается заменить слово «иностранец» на «иностранное лицо» во всех проектах статей с целью обеспечить нейтральность формулировки во всем тексте. Такая формулировка использовалась, например, в Конвенции о правах инвалидов, в испанском тексте которой предпочтение отдавалось выражению «persona con discapacidad» («лицо с инвалидностью»).

3. Что касается предложений по существу проекта статей, то Сальвадор считает уместным включить в него положение, непосредственно касающееся права на здоровье задержанных лиц, подлежащих высылке, поскольку оно получило широкое признание как неотъемлемое право всех людей, призванное обеспечить наивысший достижимый уровень физического, душевного и социального благополучия.

4. В условиях содержания под стражей право на здоровье приобретает особое значение, поскольку из-за соответствующих ограничений свободы передвижения достижение индивидом такого уровня благополучия становится невозможной или крайне сложной задачей. Поэтому необходимо, чтобы в таких случаях государство выполняло свои обязательства в соответствии с нормами международного права, соблюдая и гарантируя право на здоровье.

5. Для выполнения данного требования недостаточно, чтобы сотрудники государственных органов воздерживались от нарушения права задержанного лица на здоровье. Необходимо, чтобы они активно принимали различные меры по обеспечению полного благополучия задержанного.

<sup>2</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639.*

6. Столь же важны все специальные меры по удовлетворению особых потребностей в медицинском обслуживании лишенных свободы лиц, которые относятся к уязвимым группам или группам высокого риска, а именно: пожилых людей; женщин; мальчиков и девочек; инвалидов; людей, инфицированных ВИЧ/СПИДом или туберкулезом; людей, находящихся на конечной стадии неизлечимого заболевания, которые нуждаются в специализированной медицинской помощи; а также женщин-заключенных, медицинская помощь которым должна отвечать их потребностям в области репродуктивного здоровья.

7. В соответствии с вышеизложенным и поскольку даже простая небрежность со стороны государства как таковая приводит к серьезному нарушению права на здоровье, предлагается включить это право в проект статей, обеспечив ему широкую сферу применения в соответствии с общепризнанными нормами.

8. Наконец, в соответствии с принципом невозвращения (*non-refoulement*) рекомендуется установить прямой запрет на высылку беженцев или лиц, обратившихся с просьбой о предоставлении убежища, на территорию, где существует угроза их жизни, личной неприкосновенности или свободе личности, поскольку, как подробно разъясняется ниже, данный принцип относится не только к правам беженцев, но и к правам человека вообще.

9. Это необходимо также потому, что во многих странах существует неясность в терминологии, касающейся беженцев и лиц, ходатайствующих о предоставлении убежища. Поэтому включение такого положения необходимо для обеспечения защиты лиц, которые, несмотря на то что они страдают от преследования в государстве своего происхождения, могут не получить статус беженцев исключительно из-за проблем терминологического характера.

#### Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

Вопрос о высылке иностранцев регулируется преимущественно внутригосударственным законодательством при условии соблюдения ограниченного числа соответствующих норм международного права. Последние происходят из ряда разрозненных источников, и международные обязательства различных государств в отношении высылки иностранцев будут различаться в зависимости от того, сторонами каких соответствующих многосторонних соглашений они являются. Соединенное Королевство полагает, что вопросы управления иммиграцией через границы того или иного государства и контроля за ней должны входить в ведение соответствующего государства. Необходимо поддерживать равновесие между более широкими международными обязательствами и приматом государства и защитой населения страны. Государствам следует и необходимо действовать в национальных интересах. Соответственно, Соединенное Королевство не считает, что международное право по данному вопросу достаточно

разработано и последовательно для его кодификации Комиссией. Более того, с учетом многочисленных политических и правовых чувствительных моментов и трудностей, которые окружают эти вопросы, Комиссии следует проявлять осторожность в этой области при внесении предложений, направленных на прогрессивное развитие права

#### Соединенные Штаты Америки

1. Соединенные Штаты обеспокоены рядом соображений общего характера в связи с этими проектами статей. Во-первых, целью этих проектов статей является не просто кодификация существующего права; они представляют собой результат усилий Комиссии по содействию прогрессивному развитию международного права по ряду важных вопросов. По своим ключевым аспектам, таким как расширение защиты от выдворения, эти проекты статей значительно отходят от положений договоров в области прав человека, участниками которых является большое количество государств, а также от внутригосударственного законодательства и судебной практики. Хотя в ряде случаев в комментарии признается, что определенные аспекты проектов статей отражают прогрессивное развитие права, этих признаний недостаточно, и складывается неверное впечатление, что все другие положения проектов статей являются его кодификацией. Более того, эти проекты статей рискуют создать путаницу в отношении существующих правовых норм, поскольку в одном и том же положении элементы, позаимствованные из существующих норм, объединены с элементами, отражающими предложения в отношении прогрессивного развития права.

2. Во-вторых, хотя в рамках этих проектов статей существуют элементы, против которых Соединенные Штаты не возражают или которые могут даже поддержать, они не считают, что, если рассматривать их в целом, в них в настоящее время достигнут надлежащий баланс между противоборствующими интересами в этой области, особенно в том отношении, что в них рекомендуются определенные меры защиты для лиц, необоснованно ограничивающие прерогативу и ответственность государства в отношении контроля за допуском на их территорию и незаконного присутствия на ней.

3. В-третьих, Соединенные Штаты по-прежнему скептически относятся к целесообразности и полезности попыток расширить таким образом прочно закрепившиеся универсальные правовые нормы, присутствующие в широко ратифицированных конвенциях по правам человека. Эти существующие конвенции, в том числе различные конвенции, содержащие положения о невозвращении (*non-refoulement*), уже предоставляют правовую основу для достижения ключевых целей этих проектов статей. Проблемы ненадлежащего обращения с лицами в этой сфере возникают в основном не в результате недостатка правовых документов, а в результате их невыполнения, и эту проблему данные проекты статей не решают и не могут решить.



## В. Окончательная форма проектов статей

### АВСТРАЛИЯ

Австралия отмечает, что существует значительный свод норм международного права по вопросу о высылке иностранцев, который будет продолжать расти, поскольку перемещение через границы становится все более распространенным явлением. Международное право в этой области также дополняется широким набором внутрисударственных правовых и директивных решений, которые более уместно отнести к сфере суверенного регулирования государств. Соответственно, Австралия считает, что работа Комиссии будет иметь наибольшую ценность там, где она помогает государствам выполнять свои обязательства. Поэтому Австралия предполагает, что эти проекты статей будут наиболее приемлемы в качестве свода принципов и руководящих положений, представляющих международную передовую практику, а не в качестве какого-либо имеющего обязательную силу документа. Таким образом работа Комиссии внесет полезный вклад в консолидацию права и практики в этой области.

### ГЕРМАНИЯ

Итоговое решение этого вопроса имеет для Германии исключительно важное значение. Германия по-прежнему согласна с теми членами Комиссии, которые неоднократно выражали сомнения относительно того, подходит ли этот вопрос для его включения в ту или иную конвенцию. Эта тема не подходит для разработки норм *de lege ferenda*. Она регулируется большим количеством внутрисударственных правил и положений. Что касается международного права, то этот вопрос рассматривается в документах по правам человека, содержащих надлежащие гарантии для защиты лиц в случае их высылки. Германия не видит необходимости в дополнительной кодификации. Вместо этого Германия поддерживает идею разработки проекта руководящих указаний или принципов, отражающих передовую практику. Как кажется, данные проекты статей подкрепляют этот подход, поскольку они включают ряд передовых методов, а не только существующие в настоящее время юридические обязательства.

### Дания (от имени стран Северной Европы)

Страны Северной Европы уже представляли в последние годы свои комментарии по этой теме в Комитете и последовательно утверждали, что тема высылки иностранцев не подходит для включения в конвенцию. Высылка иностранцев представляет собой ту область права, в которой разработаны существенные и подробные региональные правила; по этой причине страны Северной Европы считают, что текущая работа в Комиссии должна быть, скорее, сконцентрирована на преобразовании проектов статей в рамочные принципы или руководящие принципы общего порядка.

### НИДЕРЛАНДЫ

Нидерланды хотели бы вновь выразить свою обеспокоенность в связи с тем, что Комиссии не следует разрабатывать новый документ по правам человека; эти проекты статей должны отражать общепризнанные принципы международного права и детали и нюансы этих принципов. Нидерланды выступают за переработку этих статей в «передовую практику» или «политическое руководство». При этом они выступают против их кодификации в том или ином договоре.

### РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

Хотя государство должно уважать в решении о высылке базовые принципы прав человека, оно также может принимать такие решения по своему усмотрению с учетом своих национальных интересов и политики. В этом смысле вместо кодификации этих проектов статей в договорах было бы более целесообразно принять итоговый документ в форме декларации общих принципов или рамочной конвенции.

### СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ

Соединенное Королевство не считает, что результаты работы Комиссии по этой теме должны быть представлены в форме проектов статей; скорее, они должны быть не более чем руководством для государств, пусть даже для этого их потребуются переработать. Такое руководство может сыграть свою роль в деле установления принципов высокого уровня, регулирующих, каким образом государства должны реагировать и действовать в отношении высылки мигрантов в контексте действующих норм международного права (в соответствии с договорами, участниками которых они являются). Однако оно должно также предусматривать примат внутрисударственного законодательства, отражающего различные подходы и особые проблемы, с которыми сталкиваются отдельные государства.

### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

Соединенные Штаты не считают, что этот проект должен в конечном итоге принять форму проектов статей. С учетом того, что в этой области уже существует ряд многосторонних договоров, Соединенные Штаты задаются вопросом, насколько активной будет поддержка переговоров о новой конвенции на основе этих проектов статей. Соответственно, Соединенные Штаты рекомендуют Комиссии рассмотреть вопрос о переработке этих проектов статей в другую, более подходящую форму, такую как принципы или руководящие указания. Если будет сохранена форма проектов статей, то Соединенные Штаты убедительно рекомендуют с самого начала включить в комментарий четкое заявление о том, что они в значительной степени отражают предложения относительно прогрессивного развития права и на них не следует в целом полагаться как на кодификацию существующего права.

## ЧЕШСКАЯ РЕСПУБЛИКА

Чешская Республика предпочла бы, чтобы эти проекты статей были приняты в качестве руководящих принципов, не имеющих юридически обязательного характера.

**С. Конкретные комментарии по проектам статей**

**Часть первая**

**ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ**

**Статья 1. Сфера применения**

**Австралия**

Австралия отмечает, что в нынешней формулировке ряд проектов статей потенциально расширяет сферу действия существующих обязательств по международному праву или создает новые обязательства. В этой связи Австралия отмечает решение Комиссии рассматривать ситуацию иностранцев, находящихся на территории высылающего государства как законно, так и незаконно. Хотя Австралия считает, что в рассмотрении обеих этих категорий иностранцев в проектах статей присутствует определенный смысл, она обеспокоена тем обстоятельством, что этот подход иногда приводит к неверному толкованию различий между этими двумя категориями иностранцев согласно международному праву.

**Германия**

Германия хотела бы вновь выразить свою убежденность в том, что сфера применения проектов статей, установленная в проекте статьи 1, является слишком широкой. Включение обеих групп иностранцев – находящихся на территории государства как на законных, так и на незаконных основаниях – в общую сферу охвата проектов статей и проведение различия между ними лишь в немногих случаях не представляется целесообразным. Права, предоставляемые обеим группам, слишком сильно различаются в отношении высылки.

**Марокко**

1. Согласно статье 1 настоящих проектов статей они посвящены теме высылки иностранцев, законно или незаконно находящихся на территории того или иного государства. Таким образом, граждане соответствующего государства не входят в сферу их применения. В проектах статей рассматриваются восемь случаев запрета высылки, в частности случай лишения гражданства для единственной цели высылки. Так, согласно проекту статьи 9: «Государство не вправе превращать своего гражданина в иностранца путем лишения его гражданства для единственной цели его высылки». Это положение основывается на той предпосылке, что государство использует лишение гражданства как средство добиться высылки своего гражданина.

2. Комиссия пояснила, что при включении этой ситуации в число случаев запрета высылки вопрос о высылке государством своих собственных граждан не рассматривался, поскольку он выходит за рамки этого проекта статей. В этой связи Марокко напоминает, что как лишение гражданства является актом, непосредственно касающимся граждан государства и входящим в сферу ведения государства, так и высылка – и акт, и процедура – не может рассматриваться отдельно от характеристик лица, в отношении которого она применяется: если высылаемые граждане государства вынесены за рамки этого проекта, то почему они рассматриваются в конкретном случае лишения их гражданства? Независимо от того, насколько складывающаяся в результате ситуация относится к рассматриваемой теме, учет этого случая создает определенную двусмысленность относительно сферы применения этих проектов статей *rationae personae*.

**Российская Федерация**

См. комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

**Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии**

Соединенное Королевство предполагает, что в текст проекта статьи 1 и определенную в нем сферу применения было бы полезно внести ряд уточнений и поправок. В нынешнем его виде в сферу охвата проектов статей входят все иностранцы, находящиеся в Соединенном Королевстве как на законных, так и на незаконных основаниях. Соединенное Королевство признает, что все иностранцы, находящиеся на его территории, имеют право на уважение их прав человека и что государства обязаны уравнивать интересы частных лиц и государства на основе справедливого и сбалансированного процесса. Тем не менее Соединенное Королевство считает, что целесообразно применять различные подходы и устанавливать различные гарантии для лиц, иммиграционный статус которых различается.

**Соединенные Штаты Америки**

Соединенные Штаты приветствуют включение пункта 2 проекта статьи 1.

**Статья 2. Употребление терминов**

**Австрия**

Высылка может осуществляться только путем официального акта государства. Поэтому Австрия не согласна с нынешним определением термина «высылка», содержащимся в проекте статьи 2, а затем более подробно изложенном в проекте статьи 11. Слова «или поведение, состоящее в действии или бездействии» должны быть исключены. Это определение, в частности, противоречило бы проекту статьи 4, в котором говорится о решении, принятом в соответствии с законом.

## ГЕРМАНИЯ

1. В своих предыдущих заявлениях Германия подчеркивала, что термин «высылка» охватывает два отдельных вопроса и что широкое использование в настоящее время этого термина в докладах и прениях Комиссии может привести к отсутствию взаимопонимания. Поэтому Германия приветствует соответствующее разъяснение в подпункте *a*) проекта статьи 2, согласно которому термин «высылка» для целей проектов статей охватывает только право государства выслать, т. е. обязать иностранца покинуть страну, которое следует отличать от права государства депортировать иностранца, т. е. заставить его покинуть страну.

2. Вместе с тем Германия хотела бы вновь повторить свое предложение уточнить термин «бездействие», используемый в подпункте *a*) проекта статьи 2, с тем чтобы более четко описать сферу его применения.

## Дания (от имени стран Северной Европы)

См. комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

## КАНАДА

1. Канада удалила бы слово «беженец» из определения «высылки», содержащегося в подпункте *a*) проекта статьи 2. В нынешней формулировке остается неясным, должен ли термин «беженец» распространяться в этом контексте на «лиц, пользующихся защитой», «просителей убежища» или других лиц. Определение термина «высылка» в проектах статей необходимо сформулировать яснее, поскольку возможны многочисленные его толкования, влекущие за собой различные возможные последствия.

2. Канада хотела бы внести разъяснения в значение слова «высылка» в подпункте *a*) проекта статьи 2, которое определяется как «официальный акт или поведение, состоящие в действии или бездействии, которые могут быть присвоены государству и посредством которых иностранец принуждается покинуть территорию этого государства». В понимании Канады, это определение включает, таким образом, высылку, осуществляемую государством, и высылку, которая может быть присвоена государству в соответствии с принципами ответственности государств. Канада хотела бы подчеркнуть, что сфера охвата «поведения, которое может быть присвоено государству» должна предусматривать такой же пороговый уровень для присвоения, как и уровень, установленный в проектах статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Ежегодник... 2001 год, том II (часть вторая) и исправление, стр. 26 и далее, пункт 76.

## КУБА

Куба рекомендует использовать в испанском тексте подпункта *b*) проекта статьи 2 термин «ciudadanía» вместо термина «nacionalidad», поскольку именно

первый означает политическую и правовую связь лица с государством. Куба понимает под словом «nacionalidad» определяющие характеристики каждого лица, которые обусловлены культурными особенностями, самобытностью и традициями и которые сохраняются на протяжении всей его жизни. Соответственно, Куба предлагает заменить термин «nacionalidad» термином «ciudadanía» во всех проектах статей.

## РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

1. В проекте статьи 2 отказ в приеме того или иного беженца рассматривается как разновидность высылки, в то время как в Конвенции о статусе беженцев, договоре, задающем стандарты защиты беженцев, это не рассматривается как высылка. То же справедливо в отношении внутригосударственного законодательства Республики Корея (Закон о беженцах)<sup>1</sup>.

2. В проектах статей не указывается охват терминов «право» и «международное право». Это может привести к непредвиденному ограничению суверенитета государства. Если в проектах статей говорится о «праве», необходимо прямо указать, идет ли речь о «международном праве», «внутригосударственном праве» или и том, и другом. Аналогичным образом, если в них говорится о «международном праве», необходимо конкретно указать имеющие обязательную силу нормы для соответствующего государства. С тем чтобы избежать ненужной путаницы, целесообразно рассмотреть возможность определения терминов «право» и «международное право» в проекте статьи 2.

3. В Конвенции о статусе беженцев, устанавливающей обязательства государства по защите беженцев, находящихся на его территории, отказ принять беженцев не считается актом высылки. Аналогичным образом отказ принять беженцев не считается высылкой согласно Закону о беженцах Республики Корея. В этой связи следует отметить, что государство имеет суверенное право в отношении приема иностранцев на свою территорию. Беженцы – не исключение. Они также относятся к категории иностранцев, решение о приеме которых находится в ведении государства.

<sup>1</sup> Закон № 11298 от 10 февраля 2012, который вступил в силу 1 июля 2013 года.

СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ  
И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ

1. Соединенное Королевство считает, что текст и сфера применения подпункта *a*) проекта статьи 2 касаются лиц, стремящихся получить доступ в государство извне, и исключают лиц, которым отказывают во въезде на границе. В этом проекте статьи следует более конкретно ссылаться на законы об иммиграции, применяющиеся внутри стран. В нынешней формулировке этот проект статьи касается всех государственных действий или проявлений бездействия, направленных на принуждение иностранцев (в том числе тех, присутствие которых уже было признано законным) покинуть территорию страны. Таким образом, эту статью можно было бы рассматривать

как применимую ко всей иммиграционной системе в целом. Иммиграционная система Соединенного Королевства нацелена на решение проблемы незаконной иммиграции. Правительство Соединенного Королевства ведет межведомственную и междисциплинарную работу по обеспечению того, чтобы незаконная миграция не оказывала негативного воздействия на доступные услуги, пособия и льготы, которые справедливее было бы зарезервировать для тех, кто находится в стране на законном основании и вносит свой вклад. В его нынешней форме этот проект статьи исходит из того, что для высылки из страны лиц, незаконно находящихся на ее территории, необходимо какое-либо позитивное действие. По мнению Соединенного Королевства, это может привести к возникновению требования тем или иным образом урегулировать положение незаконных мигрантов, т. е. наделить их каким-либо правовым статусом, до того, как государство сможет принять какие бы то ни было меры для обеспечения высылки того или иного лица из страны, поскольку в противном случае это будет стимулировать отъезд.

2. Соединенное Королевство предлагает внести в текст подпункта *a)* проекта статьи 2 следующую поправку:

«“высылка” означает официальное решение государства, посредством которого иностранец принуждается покинуть территорию этого государства; она не включает в себя экстрадицию в другое государство, передачу международному уголовному суду или трибуналу или отказ в приеме иностранца государством, если такой иностранец не является беженцем;».

#### Соединенные Штаты Америки

1. Соединенные Штаты весьма обеспокоены формулировками, содержащимися в подпункте *a)* проекта статьи 2 и включающими в определение высылки «поведение, состоящее в действии или бездействии, которые могут быть присвоены государству и посредством которых иностранец принуждается покинуть территорию этого государства». Эти формулировки, как отмечается в комментарии, непосредственно связаны с концепцией «замаскированной высылки», рассматриваемой в проекте статьи 11. Обеспокоенность Соединенных Штатов по поводу подхода Комиссии к концепции «замаскированной высылки» более подробно изложена ниже в их комментарии к проекту статьи 11. Однако Соединенные Штаты отмечают здесь, что формулировка подпункта *a)* проекта статьи 2 во многих отношениях не согласуется с формулировкой проекта статьи 11, в результате чего возникает неясность относительно того, должна ли она охватывать и тем самым запрещать еще более широкий круг мер.

2. Например, текст проекта статьи 11 содержит критерий – «определяющий элемент», как подчеркивается в комментарии, – согласно которому государство должно иметь «намерение спровоцировать отъезд иностранцев с его территории» для того, чтобы такие действия или бездействие представляли собой «замаскированную высылку». Однако в подпункте *a)*

проекта статьи 2 отсутствует любое подобное требование в отношении намерения, что создает неопределенность относительно того, направлен ли подпункт *a)* проекта статьи 2 на охват более широкого круга «действий или бездействия» в качестве высылки или может ли он быть истолкован таким образом. На основе простого анализа текста подпункта *a)* проекта статьи 2 могло бы сложиться то впечатление, что государство может нести косвенную ответственность за определенное поведение частных субъектов, вынуждающих иностранца покинуть страну, вне зависимости от намерений государства. Более того, как отмечается ниже, в подпункте *a)* проекта статьи 2 используется формулировка «принуждается покинуть», в то время как в проекте статьи 11 говорится о «принудительном отъезде», причем вопрос о том, существует ли различие между этими двумя концепциями, остается открытым. В соответствии с их комментариями по проекту статьи 11, Соединенные Штаты считают, что слова «или поведение, состоящие в действии или бездействии, которые могут быть присвоены государству» в подпункте *a)* проекта статьи 2 следует исключить и заменить словами «осуществляемое государством».

3. Кроме того, это определение предполагает, что «высылка» будет включать «отказ в приеме» беженца. Значение термина «отказ в приеме», используемого в подпункте *a)* проекта статьи 2, является отчасти неясным, и, насколько известно Соединенным Штатам, этот термин не входит в число ключевых используемых терминов ни одного из международно-правовых документов. Что касается комментария, то Комиссия, как кажется, ссылается на концепцию «возвращения», которая используется в статье 33 Конвенции о статусе беженцев, а также в статье 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. В этих документах «возвращение» отличается по смыслу от высылки; так, Верховный суд Соединенных Штатов в решении по делу *Сэйл против корпорации «Совет гаитянских центров»*<sup>1</sup>, толкуя пункт 1 статьи 33 Конвенции о статусе беженцев, заявил, что «термин “возвращение” означает акт противодействия, направленный на сопротивление въезду или его недопущение на границе». Соответственно, предположения о том, что «отказ в приеме» беженца будет составлять высылку, неуместны. В том случае, если беженцу отказывают в приеме в пункте въезда и его высылают, этот акт будет представлять собой «возвращение» для целей применения принципа невозвращения (*non-refoulement*). Исходя из фразы «принуждается покинуть территорию этого государства» в подпункте *a)* проекта статьи 2, Соединенные Штаты также понимают, что эти проекты статей не имеют применения в отношении любых иммиграционных процедур, проводимых за пределами территории того или иного государства. По этим причинам Соединенные Штаты предлагают заменить всю фразу «или отказ в приеме иностранца государством, если такой иностранец не является беженцем» на «или возвращение иностранца государством».

<sup>1</sup> *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993), pp. 182-183.

4. Кроме того, хотя обязательства по невозвращению (*non-refoulement*) в Конвенции о статусе беженцев и Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания предусматривают также отдельный запрет на возвращение иностранца, имеющего право на защиту, данные проекты статей касаются исключительно высылки. Как обсуждается ниже в комментарии Соединенных Штатов к проекту статьи 6, Соединенные Штаты придерживаются аналогичного мнения о том, что из пункта 3 проекта статьи 6 следует исключить ссылку на «возвращение»; хотя в основе пункта 3 проекта статьи 6 лежит статья 33 Конвенции о статусе беженцев, ссылка на «возвращение» выходит за сферу применения данного проекта статей.

5. Соединенные Штаты приветствуют предусмотренное в подпункте *a*) проекта статьи 2 исключение из случаев «высылки» случаев экстрадиции и передачи тому или иному международному уголовному суду или трибуналу.

### Статья 3. Право на высылку

#### КАНАДА

Комментарий к проекту статьи 3 предполагает обладание юридической силой, устанавливая, что «осуществление права на высылку регламентируется настоящим проектом статей и другими применимыми нормами международного права». Канада заменила бы это заявление на следующее: «Государство может выслать иностранца лишь в соответствии со своими международно-правовыми обязательствами».

#### КУБА

Что касается проекта статьи 3, в котором предусматривается право на высылку, то Куба считает необходимым включить в него положения о соблюдении внутреннего права и обеспечении общественной безопасности каждого государства.

#### РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

См. комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

1. Как представляется, проект статьи 3 указывает на то, что государства должны соблюдать предполагаемые требования настоящих проектов статей «и» требования других применимых норм, даже если эти проекты статей не согласуются с действующими международными договорами. Одним очевидным примером этого противоречия является то, что в проектах статей напрямую не предусмотрены ограничения прав в случае чрезвычайного положения, в то время как многие международные договоры, затрагивающие эту тему, предусматривают такие ограничения (например, пункт 1 статьи 4 Международного пакта о гражданских и политических правах). Более того, в статье 13 Пакта говорится:

Иностранец, законно находящийся на территории какого-либо из участвующих в настоящем Пакте государств... *если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного\**, имеет право на представление доводов против своей высылки, на пересмотр своего дела компетентной властью... и на то, чтобы быть представленным для этой цели перед этой властью...

Из проекта статьи 3 неясно, будут ли допускаться ограничения прав, поскольку, согласно этому проекту статьи, применимы оба свода правил.

2. В то же время в комментарии указывается, что ограничение прав допускается, а это означает, что «другие применимые нормы» заменяют собой эти проекты статей, по крайней мере в данном отношении. Этот вопрос также затрагивается в проекте статьи 8, но в более узком контексте. Во избежание путаницы необходимо переписать проект статьи 3, используя формулировку из проекта статьи 8, но на более всеобъемлющей основе, с тем чтобы он гласил следующее:

«Государство вправе высылать иностранца со своей территории. Предусмотренные настоящими проектами статей нормы, применимые к высылке иностранцев, не затрагивают других норм о высылке иностранцев, прежде всего касающихся прав человека».

### Статья 4. Требования о соблюдении закона

#### РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ

1. Российская Федерация поддерживает зафиксированное в проекте статьи 4 требование о допустимости высылки иностранца только на основании решения, принятого в соответствии с законом. В то же время она обращает внимание на следующую правовую позицию, изложенную Международным Судом в решении по делу *Амаду Садио Диалло*: «...ясно, что, хотя “соответствие закону”, определенное таким образом, – это необходимое условие выполнения вышеуказанных положений, оно не является достаточным условием\*»<sup>1</sup>. В дальнейшем, развивая эту идею, Суд указывает:

Во-первых, применимое внутригосударственное право само по себе должно быть совместимо с другими требованиями Пакта и Африканской хартии\*, во-вторых, высылка не должна носить произвольный характер\*, так как защита от произвольного обращения лежит в основе прав, гарантируемых международными нормами в области защиты прав человека<sup>2</sup>.

2. Таким образом, по мнению Суда, закон государства, на основании которого выносится решение о высылке иностранца, должен отвечать определенным критериям: *a*) соответствовать применимым в отношении государства нормам международного права (в рамках дела *Амаду Садио Диалло* такими нормами были упомянутые выше Международный пакт о гражданских и политических правах и Африканская

<sup>1</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, at p. 663, para. 65.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

хартия прав человека и народов); и *b*) предусматривать достаточные гарантии от произвола со стороны властей.

3. Приведенная выше правовая позиция Международного суда, однако, на взгляд Российской Федерации, не нашла должного отражения в комментариях к проектам статей. В целом ее анализ, прежде всего в контексте обязательства, предусмотренного проектом статьи 4, мог бы представлять интерес для Комиссии (его результаты впоследствии можно было бы отразить в комментариях). Со своей стороны, в рамках данного вопроса Российская Федерация обратила внимание на практику Европейского суда по правам человека, в которой формулировка «в соответствии с законом» было дано подробное толкование.

4. Так, в своей практике Европейский суд по правам человека исходит из того, что используемое в тексте Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней выражение «в соответствии с законом» не только требует, чтобы те или иные принимаемые государством меры в отношении лица были основаны на нормах закона, но также предполагает «качество закона» (в этом смысле практика Европейского суда по правам человека созвучна изложенной выше правовой позиции Международного Суда по делу *Амаду Садио Диалло*). Так, в деле *Хлюстов против Российской Федерации* Европейский суд по правам человека, со ссылкой на свою практику<sup>3</sup>, указал, что

выражение «в соответствии с законом» не только требует, чтобы оспариваемые меры имели какое-либо основание во внутреннем государственном праве, но также касается качества рассматриваемого закона. Во-первых, право должно быть в достаточной степени доступным: гражданин должен иметь возможность получить достаточную с учетом обстоятельств информацию о правовых нормах, применимых в данном случае. Во-вторых, норма не может рассматриваться в качестве «права», если она не сформулирована с достаточной точностью, позволяющей гражданину регулировать свое поведение<sup>4</sup>.

5. Помимо этого, в своей практике Европейский суд по правам человека исходит из того, что «качество закона» предполагает, что он должен предусматривать пределы расширительного толкования при его применении, а также возможность пересмотра принятых решений в том или ином порядке<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> См. дела *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, 26 April 1979, Series A no. 30, paras. 47–49; и *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no. 38433/09, ECHR 2012, paras. 140–141.

<sup>4</sup> *Khlyustov v. Russia*, no. 28975/05, 11 July 2013, para. 68.

<sup>5</sup> *Malone v. the United Kingdom*, 2 August 1984, Series A no. 82, para. 67.

#### САЛЬВАДОР

1. Проект статьи 4, в котором требуется, чтобы любая высылка осуществлялась только в соответствии с законом, имеет основополагающее значение для проекта статей, однако в него необходимо внести некоторые уточнения.

2. Во-первых, Сальвадор считает, что название проекта статьи на испанском языке звучит двусмысленно, поскольку из фразы «obligación de conformidad con la

ley» («требования о соблюдении закона») не вполне понятно, кто должен соблюдать закон. Поэтому Сальвадор предлагает уточнить, что этому требованию должны соответствовать все действия, осуществляемые в процессе высылки.

3. Во-вторых, необходимо, чтобы в данной статье в качестве единственного субъекта, уполномоченного принимать решения о высылке, было указано государство. Как говорится в комментарии Комиссии к проекту статьи 4, основополагающим условием для осуществления высылки иностранца является принятие высылающим государством такого рода решения в соответствии с законом. Это требование означает запрет таких действий государства, которые имеют целью принудить иностранца покинуть его территорию без официального уведомления или судебного разбирательства.

4. В соответствии с вышеизложенными соображениями Сальвадор предлагает следующую редакцию:

*«Статья 4. Обязанность [действовать]  
в соответствии с законом*

Иностранец может быть выслан только на основании решения, принятого государством в соответствии с законом».

Соединенное Королевство Великобритании  
и Северной Ирландии

Соединенное Королевство выражает в связи с этим проектом статьи ту же обеспокоенность, которая была изложена выше в его комментариях по проекту статьи 2.

#### *Статья 5. Основания для высылки*

АВСТРАЛИЯ

Австралия обеспокоена тем обстоятельством, что в этих проектах статей не уделяется достаточное внимание соображениям национальной безопасности. Например, было бы полезно включить в требование об изложении оснований для любого решения о высылке, содержащееся в пункте 1 проекта статьи 5, ограничение, связанное с соображениями национальной безопасности.

КАНАДА

1. Канада предлагает, чтобы в пункте 3 проекта статьи 5 говорилось лишь следующее: «Основание для высылки подлежит добросовестной и разумной оценке». Решения о высылке принимаются на основе различных процессов в зависимости от контекста (например, наличия туристической визы, ходатайства о получение статуса постоянного резидента, ходатайства о получении статуса беженца и т. п.). Многие решения о высылке носят административный характер (например, стандартный отказ продлить туристическую визу) и вполне обоснованно не учитывают тяжесть фактов или поведение иностранца.

2. Что касается процесса принятия решений о высылке, то Канада просит включить в комментарий к проекту статьи 5 то уточнение, что основания для высылки рассматриваются в момент принятия соответствующего решения, а не в момент самой высылки.

#### РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

См. комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

#### САЛЬВАДОР

1. Как отметила Комиссия, основания для высылки должны быть прямо предусмотрены законом, однако каждое государство вправе устанавливать конкретные основания в соответствии со своей внутренней правовой системой.

2. В связи с этим Сальвадор считает излишним перечислять в проектах статей основания для высылки, особенно с учетом того, что некоторые из этих оснований могут быть не предусмотрены законодательством отдельных государств или могут иметь иную сферу применения в рамках процедур высылки.

3. Кроме того, Сальвадору представляется сомнительной польза от определения угрозы национальной безопасности и публичному порядку в качестве оснований для высылки, поскольку оба этих понятия расплывчаты в юридическом отношении. Эту сложность также признал Специальный докладчик, заявивший следующее:

Далее возникает проблема определения точного содержания двух главных оснований, которыми являются общественный порядок и общественная безопасность, проблема тем более затруднительная, что оценка угрозы общественному порядку или общественной безопасности зависит от каждого государства, в данном случае от высылающего государства, и что содержание этих двух понятий в высшей мере расплывчато. Эти понятия фигурируют в большинстве правовых систем, не имея точного значения и тем более поддающегося определению содержания<sup>1</sup>.

4. С учетом вышесказанного Сальвадор рекомендует сохранить в проекте статьи 5 пункты 1, 3 и 4, но удалить из пункта 2 вторую часть фразы, где говорится о «национальной безопасности» и «публичном порядке», оставив лишь обязанность определять основания высылки в соответствии с законом, с тем чтобы этот пункт гласил:

«2. Государство вправе высылать иностранца только на предусмотренном законом основании».

<sup>1</sup> *Ежегодник... 2010 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/625 и Add.1–2, стр. 184, пункт 77.

#### СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ

1. Соединенное Королевство предлагает внести поправку в проект статьи 5. Его обеспокоенность связана с содержащимися в этом проекте статьи конкретными ссылками на «национальную безопасность и публичный порядок» и близость угрозы, а именно

«текущий характер угрозы, порождаемой данными фактами». Проект статьи в его нынешней формулировке подразумевает ограничение оснований для высылки, с которым Соединенное Королевство не может согласиться. Соединенное Королевство предлагает исправить проект статьи таким образом, чтобы он не ограничивал полномочия властей, опустив следующие слова: «включая, в частности, национальную безопасность и публичный порядок».

2. Соединенное Королевство предлагает внести следующую поправку в пункт 3:

«Основание для высылки лиц, в прочих отношениях находящихся на территории государства на законных основаниях, подлежит добросовестной и разумной оценке, принимая во внимание тяжесть фактов и в свете всех обстоятельств, включая поведение иностранца».

3. В настоящее время Соединенное Королевство принимает законодательные меры в целях устранения необходимости принятия отдельных решений о высылке в отношении нелегальных мигрантов. Позиция Соединенного Королевства заключается в том, что незаконные мигранты должны предполагать, что они будут высланы, если не обратятся с ходатайством об урегулировании статуса своего пребывания. В соответствии с новым процессом, когда в отношении незаконного мигранта будет выноситься единое решение об отказе в виде на жительство и о высылке, в нем будет указана причина отказа и высылки, а именно незаконное пребывание в Соединенном Королевстве.

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

1. В понимании Соединенных Штатов, проект статьи 5 разрешает высылку иностранца на любом основании, которое прописано в законе, в том числе обычную высылку того или иного лица за нарушение иммиграционного законодательства Соединенных Штатов.

2. В пункте 3 проекта статьи 5 формулировки после слова «обстоятельств» излишни и в определенной степени вводят в заблуждение с учетом того, что это положение уже предписывает рассматривать все обстоятельства. В частности, положение о «текущем характере угрозы», хотя ему и предшествуют слова «если это имеет отношение к делу», может имплицитно предполагать необходимость наличия какой-либо «угрозы» для возникновения законного основания для высылки. Соединенные Штаты рекомендуют завершить эту фразу после «иностранца» или же добавить после слова «включая» слова «в частности», а после «угрозы» – слова «другие условия», с тем чтобы расширить сферу применения этого положения.

3. В пункте 4 проекта статьи 5 следует добавить «его обязательствам согласно» перед словами «международному праву», для того чтобы не допустить возникновения каких-либо двусмысленностей в отношении слов «которое противоречит международному

праву». Эта формулировка будет согласовываться с проектом статьи 25, в котором фраза «своими обязательствами по международному праву» используется надлежащим образом.

## ЧАСТЬ ВТОРАЯ

### СЛУЧАИ ЗАПРЕЩЕННОЙ ВЫСЫЛКИ

#### Статья 6. Запрет высылки беженцев

##### АВСТРАЛИЯ

Австралия отмечает содержащийся в пункте 2 проекта статьи 6 запрет на высылку иностранцев, незаконно находящихся на территории государства, пока их ходатайства о предоставлении статуса беженца находятся на рассмотрении. Это существенно расширяет обязательства по статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах и статье 32 Конвенции о статусе беженцев, которые применяются только к иностранцам, находящимся на территории государства на законных основаниях.

##### Дания (от имени стран Северной Европы)

1. Важно сохранить возможность исполнения решения о высылке в определенных случаях, даже если была подана просьба об обжаловании, например когда просьба о предоставлении убежища является явно необоснованной.

2. Обязательное приостановление всех решений о высылке до принятия окончательного решения по обжалованию (а не только до тех пор, пока суд или трибунал не примут решения о том, имеет ли данное обжалование приостанавливающее действие) повысит риск злоупотреблений и подорвет легитимность систем предоставления убежища государствами – членами Европейского союза, поскольку все граждане третьих стран, подавшие просьбу о предоставлении убежища в государстве-члене, считаются находящимися на территории этого государства-члена на законных основаниях до тех пор, пока не вступит в силу негативное решение по обжалованию или решение, приостанавливающее его или ее право на пребывание в качестве лица, ищущего убежище<sup>1</sup>.

3. См. также комментарии в разделе «Общие замечания» выше.

<sup>1</sup> См. девятый пункт преамбулы Директивы 2008/115/ЕС от 16 декабря 2008 года об общих стандартах и процедурах, применимых в государствах-членах для возвращения незаконно пребывающих в них граждан третьих стран (*Official Journal of the European Union*, L 348, 24 December 2008, pp. 98–107).

##### КАНАДА

1. В пункте 2 проекта статьи 6 говорится о «беженце, который... ходатайствовал о признании за ним статуса беженца». Для большей ясности, если цель проектов статей состоит в том, чтобы защитить от высылки лицо, чье ходатайство о предоставлении статуса

беженца находится на рассмотрении, то в пункте 2 речь должна идти об «иностранце», а не о «беженце».

2. Канада рекомендует сгруппировать проекты статей 6, 23 (право на жизнь) и 24 (запрещение высылки лица, которому угрожают пытки) и переработать их, с тем чтобы они лучше отражали существующие нормы международного права. Запрещение высылки иностранцев в государства, в которых они могут подвергнуться пыткам или жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению, рассматривается в пункте 3 проекта статьи 6 и в проектах статей 23 и 24, однако при этом существует важное отличие. В пункте 3 проекта статьи 6 высылка в таких обстоятельствах разрешается, если имеются разумные основания считать, что данное лицо создает угрозу для безопасности страны убежища или такое лицо осуждено за совершение серьезного преступления и создает угрозу для общества в стране убежища. С другой стороны, в проектах статей 23 и 24 предусматривается безоговорочный запрет возвращения (*refoulement*) в том случае, если существует угроза пыток или жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения.

3. Канада согласна с формулировкой пункта 3 проекта статьи 6 в отношении высылки беженцев в отсутствие риска смерти или пыток.

4. Канада хотела бы провести сравнение между пунктом 2 проекта статьи 5 и пунктом 1 проекта статьи 6. В первом случае основания для высылки иностранцев ограничиваются исключительно теми, которые прописаны в законе, включая, в частности, соображения национальной безопасности и публичного порядка, тогда как во втором случае национальная безопасность и публичный порядок являются единственными допустимыми основаниями для высылки беженцев. Канада также хотела бы позволить высылку иностранцев, включая лиц, которых другие страны признали беженцами согласно Конвенции о статусе беженцев, которые, как было установлено, совершали грубые или систематические нарушения прав человека, военные преступления или преступления против человечности. Как отмечается в комментарии, пункт 2 проекта статьи 6 разработан не на основе Конвенции о статусе беженцев, но на основе Конвенции ОАЕ, регулирующей специфические аспекты проблемы беженцев в Африке. Канада предпочла бы, чтобы пункты проекта статьи 6 были согласованы с Конвенцией о статусе беженцев, отмечая, что основания для высылки по пункту 1 проекта статьи 6 не могут быть ограничены соображениями национальной безопасности и публичного порядка.

##### РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

1. Несмотря на то, что то или иное лицо может рассматриваться как беженец согласно пункту А статьи 1 Конвенции о статусе беженцев, оно может быть выслано в соответствии с пунктом F статьи 1 (т. е. в случае, если имеются серьезные основания предполагать, что оно совершило то или иное преступление против мира). Подобные положения могли бы быть включены в данный текст в форме оговорки.



2. Обязательства государства по пункту 1 проекта статьи 6 не должны распространяться на лиц, ходатайствовавших о предоставлении им статуса беженца на ложных основаниях. Таким образом, пункт 2 проекта статьи 6 можно было бы переработать следующим образом:

«Пункт 1 не применяется к любому беженцу, который, незаконно находясь на территории государства, ходатайствовал о признании за ним статуса беженца с единственной целью подачи такого ходатайства, пока оно находится на рассмотрении».

3. См. также комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

#### Сальвадор

1. Следует отметить, что пункт 3 проекта статьи 6 аналогичен статье 33 Конвенции о статусе беженцев, где запрещается высылка беженцев или их возвращение (*refoulement*), но в то же время предусматривается исключение в отношении беженцев, рассматриваемых как угроза для безопасности страны, в которой они находятся, и в отношении беженцев, представляющих общественную угрозу по причине совершения ими особо тяжкого преступления.

2. Для Сальвадора в XX веке эта статья стала важным шагом вперед в деле защиты беженцев, однако следует отметить, что принцип невозвращения (*non-refoulement*) продолжал эволюционировать и стал императивной нормой международного права<sup>1</sup>.

3. Вышеизложенное означает, что исключения из этого принципа, предусмотренные 60 лет назад, не следует переносить в современный проект международного документа, не приняв во внимание значительные достижения в этой области и, прежде всего, наличие других международных документов, предусматривающих более широкие меры защиты беженцев.

4. Если говорить, например, о межамериканском контексте, то пункт 8 статьи 22 Американской конвенции о правах человека гласит:

Ни в коем случае иностранец не может быть депортирован или возвращен в страну, независимо от того, является ли эта страна страной его происхождения или нет, если в этой стране его право на жизнь или личную свободу находится под угрозой нарушения по причине его расы, национальности, религии, социального положения или политических убеждений.

5. Кроме того, четкое ограничение на любые виды возвращения (*refoulement*) предусмотрено Конвенцией против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, статья 3 которой гласит:

<sup>1</sup> Картахенская декларация о беженцах (22 ноября 1984 года), вывод пятый: «Вновь подтвердить важность и значение принципа невозвращения (*non-refoulement*) (включая запрещение отказа в пропуске через границу) как краеугольного камня в международной защите беженцев. Этот принцип является императивным в отношении беженцев и при нынешнем состоянии международного права должен быть признан и соблюдаться в качестве нормы *jus cogens*» (Geneva, UNHCR, 2006).

Ни одно Государство-участник не должно высылать, возвращать (*refouler*) или выдавать какое-либо лицо другому государству, если существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток.

6. Это значит, что в случае угрозы пыток исключения из запрета на возвращение (*refoulement*) не допускаются даже в случаях совершения преступлений, так как в статье прямо запрещается экстрадиция и не ставятся условия, позволяющие ограничить защиту личности или сферу применения принципа невозвращения (*non-refoulement*).

7. Это подтверждает Специальный докладчик по вопросу о пытках, неоднократно выносивший государствам рекомендацию, согласно которой:

Национальное законодательство и практика должны отражать принцип, провозглашенный в статье 3 Конвенции против пыток, а именно запрещение принудительного возвращения, высылки или выдачи какого-либо лица другому государству, «если существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток». Принцип недопустимости принудительного возвращения должен соблюдаться при любых обстоятельствах независимо ни от того, совершило ли данное лицо преступление, ни от тяжести или характера совершенного им преступления<sup>2</sup>.

8. Что касается внутреннего законодательства, то статья 46 Закона Сальвадора об определении статуса беженцев<sup>3</sup>, подготовленного с учетом норм международного права, гласит:

Беженцы не могут быть высланы или возвращены в другую страну независимо от того, является ли эта страна страной их происхождения или нет, если для их жизни, личной неприкосновенности, свободы и безопасности существует угроза из-за их расовой или этнической принадлежности, гендерной принадлежности, религии или убеждений, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе, политических взглядов вследствие повсеместных проявлений насилия, иностранной агрессии, внутренних конфликтов, массового нарушения прав человека или иных обстоятельств, подрывающих общественный порядок.

Беженцы ни в коем случае не могут быть высланы против своей воли в третью страну даже при наличии решения Комиссии [по определению положения беженцев] о высылке. В таких случаях Комиссия отводит один месяц на совместное решение вопроса о приеме беженцев другой страной в координации с Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев.

9. С учетом вышесказанного Сальвадор рекомендует Комиссии учесть неоспоримый факт эволюции принципа невозвращения (*non-refoulement*) и то, что он стал императивной нормой международного права. Поэтому предлагается изъять из рассматриваемого проекта статьи исключения из этого принципа, поскольку наличие такой оговорки, не соответствующей остальным договорам по правам человека, может привести к регрессу в области защиты прав человека беженцев.

10. Помимо этого, поскольку предусматриваемые данным проектом статьи меры защиты распространяются как на беженцев, так и на лиц, ходатайствующих о предоставлении убежища, Сальвадор считает излишним разделять запрет на высылку на два пункта.

<sup>2</sup> E/CN.4/2003/68, пункт 26 о).

<sup>3</sup> El Salvador, *Diario Oficial*, vol. 356, No. 148, 14 August 2002.

11. В частности, Сальвадор отмечает, что в нынешней редакции проект статьи 6 является незавершенным, так как пункт 1 относится к беженцам, законно находящимся на территории страны, а пункт 2 относится к лицам, ходатайствующим о предоставлении убежища, миграционный статус которых не урегулирован. Сальвадор полагает, что это ставит предоставление убежища в зависимость от миграционного статуса, что может сделать данный пункт бессмысленным в правовом отношении. Кроме того, это ограничивает возможности применения данной статьи на практике, например потому, что могут возникать ситуации, когда лица, ходатайствующие о предоставлении убежища, имеют урегулированный миграционный статус.

12. С учетом вышеизложенного Сальвадор предлагает следующую редакцию проекта статьи 6:

«1. Государство не вправе высылать беженца или лицо, ходатайствующее о предоставлении убежища, во время рассмотрения его ходатайства иначе как на основании национальной безопасности или публичного порядка.

2. Пункт 1 также применяется независимо от того, урегулирован миграционный статус беженца или лица, ходатайствующего о предоставлении убежища, или нет.

3. Государство ни при каких обстоятельствах не высылает и не возвращает беженца в государство или к границам территорий, где жизнь, личная неприкосновенность и свобода такого лица могли бы быть поставлены под угрозу по причине его расы, религии, пола, гражданства, политических или любых других убеждений, принадлежности к какой-либо группе или социального положения».

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

1. В отличие от пункта 1 проекта статьи 6, в котором повторяются положения пункта 1 статьи 32 Конвенции о статусе беженцев, пункт 2 проекта статьи 6 никак не опирается на Конвенцию о статусе беженцев, и его точную цель трудно понять в нынешней формулировке, поскольку он применяется к «беженцу», вопрос о предоставлении статуса беженца которому еще находится на рассмотрении. Разъяснение этого положения в комментарии является неудовлетворительным, поскольку в нем говорится, что данное положение касается лишь лиц, которые действительно подпадают под определение «беженца» по международному праву; при этом положение основано на той посылке, что статус этого лица как беженца еще под вопросом. В то же время при внесении любых изменений или расширений в это положение необходимо будет учитывать существующую практику государств и решить проблему возможных злоупотреблений им путем подачи явно необоснованных ходатайств. Как правило, Соединенные Штаты останавливают высылку иностранцев, которые подают заявления о предоставлении убежища, или воздерживаются от их высылки по крайней мере до тех пор, пока по этим ходатайствам не будет вынесено административное

решение; вместе с тем существует ограниченное количество исключений, см., например, Соглашение между Канадой и Соединенными Штатами Америки о безопасной третьей стороне<sup>1</sup>. Соответственно, Соединенные Штаты рекомендуют пересмотреть это положение для решения указанных проблем или же исключить его.

2. Как рассматривалось выше в наших комментариях к проекту статьи 2, Соединенные Штаты считают, что из пункта 3 проекта статьи 6 следует исключить слова «и не возвращает». Хотя пункт 3 проекта статьи 6 основан на статье 33 Конвенции о статусе беженцев, ссылка на «возвращение» выходит за сферу применения настоящего проекта статей, во всех остальных случаях посвященных исключительно высылке. Нет никаких четких причин для того, чтобы включить «возвращение» в это положение, но не включить его в проект статьи 24, поскольку статья 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания также распространяется на «возвращения». Соединенные Штаты рекомендуют исключить «возвращение» из проекта статьи 6, а также не включать его в проект статьи 24.

<sup>1</sup> Соглашение между правительством Соединенных Штатов Америки и правительством Канады о сотрудничестве в деле рассмотрения ходатайств граждан третьих стран о предоставлении им статуса беженцев (Вашингтон, округ Колумбия, 5 декабря 2002 года), TIAS 04-1229.

#### Статья 7. Запрет высылки апатридов

##### КАНАДА

1. Согласно комментарию к проекту статьи 2 определение термина «иностранец» включает апатридов. Таким образом, проект статьи 7, отдельно посвященный апатридам, является излишним, если только в проектах статей не отстаивается необходимость отдельной дополнительной защиты апатридов.

2. Канада не согласна с тем, что в проекте статьи 7 основания для высылки законно находящихся на территории государства апатридов ограничиваются соображениями национальной безопасности и публичного порядка. Использование слова «законно» в этом контексте является странным. Когда то или иное лицо подлежит высылке, оно более не находится в стране на законных основаниях, поскольку высылка должна осуществляться в соответствии с законом. Если же удалить слово «законно», то эти основания являются слишком узкими. В понимании Канады, ее обязательства в отношении апатридов не предусматривают введение в отношении их высылки более жестких ограничений, чем те, которые введены в отношении лиц, имеющих гражданство.

##### КУБА

Проект статьи 7 гласит, что апатрид может быть выслан лишь на основании угрозы, которую он создает для национальной безопасности или публичного порядка, но, чтобы обеспечить его соответствие

пункту 2 проекта статьи 5, где речь идет об иностранцах, следует допустить в качестве основания для высылки любое основание, предусмотренное внутренним законодательством высылающего государства.

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

Соединенные Штаты не считают, что проект статьи 7 отражает установившиеся правовые нормы. Проект статьи 7 основан на пункте 1 статьи 31 Конвенции о статусе апатридов. В настоящее время сторонами этой Конвенции являются менее 80 государств, а практика многих государств, не являющихся ее сторонами, не согласуется с пунктом 1 статьи 31. Так, Соединенные Штаты, не являющиеся ее стороной, не предусматривают подобного запрета в своем законодательстве. Апатрид, нарушающий иммиграционное законодательство Соединенных Штатов, подлежит высылке даже в отсутствие соответствующих соображений национальной безопасности или публичного порядка. Такая высылка зачастую может быть неосуществима, однако Соединенные Штаты могут пытаться выслать апатрида в страну его последнего постоянного проживания или в другую соответствующую страну в соответствии с законодательством Соединенных Штатов.

#### **Статья 8. Другие нормы, непосредственно касающиеся высылки беженцев и апатридов**

##### РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

См. комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

##### САЛЬВАДОР

1. Проект статьи 8 содержит весьма полезную оговорку, поясняющую, что он не затрагивает обязательной силы других норм международного права в этой области.
2. Тем не менее, по мнению Сальвадора, эта оговорка не отменяет вышеизложенные соображения, касающиеся принципа невозвращения (non-refoulement) беженцев, равно как и необходимость учета в проекте статьей эволюцию этого принципа, чтобы гарантировать обеспечение государствами надлежащей защиты этой уязвимой группы.

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

Если в проект статьи 3 будут внесены изменения в соответствии с приведенными выше рекомендациями Соединенных Штатов, то данный проект статьи может быть исключен. Если в проект статьи 3 не будут внесены соответствующие изменения, то проект статьи 8 следует также расширить, с тем чтобы он гласил:

«Предусмотренные настоящими проектами статей нормы, применимые к высылке иностранцев, не ограничивают силы других применимых норм международного права по высылке иностранцев, в частности касающихся прав человека».

#### **Статья 9. Лишение гражданства для единственной цели высылки**

##### СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ

1. Проект статьи 9 было бы полезно далее уточнить. Соединенное Королевство будет использовать лишение гражданства либо в случае мошеннических действий, либо для защиты населения, хотя основания для лишения гражданства могут также сами по себе быть основаниями для высылки.
2. Соединенное Королевство предлагает внести в текст проекта статьи следующую поправку:

«Государство не вправе превращать своего гражданина в иностранца путем лишения его гражданства для единственной цели его высылки, хотя предусмотренные законом основания для лишения гражданства также могут сами по себе быть основаниями для высылки».

##### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

В соответствии с пониманием Соединенных Штатов проект статьи 9 не направлен на ситуацию, в которой лицо добровольно и преднамеренно отказывается от своего гражданства; они считают, что было бы полезно указать это в комментарии, возможно в его пункте 3).

#### **Статья 10. Запрет коллективной высылки**

##### АВСТРАЛИЯ

Австралия также отмечает, что в других проектах статей, таких как запрещающий коллективную высылку проект статьи 10, кодифицируются права, содержащиеся в универсальных документах (Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей), стороной которых Австралия не является. С учетом ограниченной поддержки этой конвенции со стороны принимающих государств Австралия не считает, что она представляет собой международное обычное право, и рекомендует Комиссии проявлять осторожность при ее кодификации в проектах статей.

##### ГЕРМАНИЯ

В пункте 2 проекта статьи 10 провозглашается запрет коллективной высылки иностранцев. Принимая во внимание, что в качестве общей нормы это применяется по отношению ко всем иностранцам, независимо от того, к какой группе они относятся, на наш взгляд, можно обойтись без прямого упоминания одной конкретной группы (трудящихся-мигрантов).

##### РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

1. Определение «коллективной высылки» в этом проекте статьи может быть истолковано таким образом, чтобы включать высылку отдельных лиц как группы, даже после разумного и объективного

рассмотрения каждого конкретного дела, только на том основании, что они высылаются вместе с другими иностранцами на борту того же воздушного или морского судна. Такой случай необходимо отличать от коллективной высылки, рассматриваемой в проекте статьи 10. Соответственно, этот проект статьи можно было бы изменить, включив в него следующую оговорку: «Высылка государством иностранцев после разумного и объективного рассмотрения конкретного дела каждого отдельного лица в этой группе не рассматривается как коллективная высылка».

2. Хотя цель пункта 2 заключается в защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей, он необоснованно ограничивает суверенитет государства территориальной юрисдикции. Следует также отметить, что по состоянию на январь 2014 года лишь 47 стран ратифицировали Международную конвенцию о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей. В этой связи было бы желательно исключить этот пункт.

#### САЛЬВАДОР

1. В пункте 1 проекта статьи 10 «коллективная высылка» определяется как «высылка иностранцев как группы». Такая унитарная формулировка является неточной, поскольку характеризует иностранцев как единый коллектив.

2. Сложности, которые может вызвать такое толкование, очевидны, поскольку проект статьи 10 должен запретить не только высылку иностранцев как единой группы, но и произвольный отбор небольших групп иностранных лиц для высылки без соблюдения предусмотренной законом процедуры вынесения решений по конкретным случаям.

3. Кроме того, в пункте 3 поясняется, что высылка членов группы иностранцев может производиться «conjuntamente» («одновременно») при условии, что она производится исходя из разумного и объективного рассмотрения конкретной ситуации каждого отдельного члена группы. Несомненно, что в этом пункте речь идет о необходимости соблюдения условий, предусмотренных различными документами по правам человека, однако в текст необходимо внести кое-какие поправки, чтобы сделать его более понятным.

4. Во-первых, в испанском тексте следует заменить слово «conjuntamente» на «simultáneamente», так как последнее более точно выражает идею, согласно которой высылка производится в один прием, но по итогам отдельного рассмотрения всех случаев.

5. Во-вторых, хотя пункт 3 уже предусматривает рассмотрение конкретного случая каждого лица, необходимо подобрать более точные термины, чтобы обозначить, что рассмотрение должно проводиться индивидуально и соответствовать установленной законом процедуре.

6. Кроме того, пункт 4 должен относиться только к нормам, применимым в случае вооруженного

конфликта. В частности, условие «участия высылающего государства» может привести к недоразумению, поскольку отсутствует указание на другое государство, с которым происходит конфликт. В связи с этим предлагается дать более общую формулировку, с тем чтобы данный пункт действительно выполнял функцию оговорки.

7. Итак, предлагается следующая редакция проекта статьи 10:

«1. Для целей настоящего проекта статей коллективная высылка означает любые действия, вынуждающие группу иностранных лиц покинуть территорию государства.

2. Коллективная высылка иностранцев, включая трудящихся-мигрантов и членов их семей, запрещается.

3. Государство может одновременно высылать членов группы иностранцев при условии, что эта мера принимается в соответствии с законом и по итогам индивидуальных разбирательств.

4. Настоящий проект статей не затрагивает норм международного права, применимых к высылке иностранцев в случае вооруженного конфликта».

#### СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ

1. Соединенное Королевство предлагает внести в текст проекта статьи поправки. Соединенное Королевство в полной мере согласно с тем, что коллективная высылка должна быть запрещена, однако внутригосударственное законодательство напрямую разрешает депортацию/выдворение членов семьи. Права человека каждого лица, подлежащего высылке, рассматриваются в индивидуальном порядке.

2. Соединенное Королевство предлагает следующую поправку к пункту 2:

«Коллективная высылка иностранцев, включая трудящихся-мигрантов, запрещается, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 3».

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

1. Хотя ни в проекте статьи 10, ни в комментарии не приводится определения термина «группа», в понимании Соединенных Штатов, этот проект статьи относится к ситуации, когда высылка более чем одного иностранца проводится без индивидуальной оценки того, заслуживает ли каждый из этих иностранцев высылки. Таким образом, если в отношении каждого иностранца, входящего в ту или иную группу, проводится индивидуальная оценка, то высылка может быть осуществлена, даже если это приводит к одновременной высылке нескольких иностранцев или какой-либо группы иностранцев.

2. Далее, в понимании Соединенных Штатов, согласно подпункту *a)* проекта статьи 2 рассматриваемые проекты статей не распространяются на решение того или иного государства не принимать иностранца или отказать ему в разрешении на въезд на основании того или иного гражданства или страны происхождения.

3. Соединенные Штаты осознают, что прямое указание на группу «трудящиеся-мигранты и члены их семей» в пункте 2 проекта статьи 10, вероятно, имеет своей целью обратить особое внимание на уязвимость этой конкретной группы. Однако с учетом того, что существует множество различных видов групп, которые могут подпадать под сферу охвата настоящих проектов статей, и все они, предположительно, имеют право на такую же защиту, Соединенные Штаты предлагают исключить слова «включая трудящихся-мигрантов и членов их семей», с тем чтобы избежать любых негативных предположений в отношении других групп.

4. Фраза «разумное и объективное рассмотрение», сама по себе не вызывающая возражений, вводит стандарт, который нигде более в этих проектах статей не появляется. С учетом того, что в пункте 3 проекта статьи 5 уже устанавливаются аналогичные принципы, применимые к рассмотрению любого дела о высылке, Комиссии следует рассмотреть возможность ссылки на этот проект статьи, так чтобы фраза читалась:

«и исходя из рассмотрения конкретного дела каждого отдельного члена такой группы в соответствии с нормами, отраженными в пункте 3 проекта статьи 5».

#### **Статья 11. Запрещение замаскированной высылки**

АВСТРИЯ

Возвращаясь к своему замечанию по проекту статьи 2, Австрия считает, что высылка может осуществляться только посредством официальных актов государства. В проект статьи 11 следует внести изменения, с тем чтобы он отражал это понимание.

ГЕРМАНИЯ

1. Ранее Германия заявила, что, по ее мнению, сфера применения проекта статьи 11 установлена неточно, поскольку, в частности, определение «замаскированной высылки», приведенное в его пункте 2, может допускать слишком широкое толкование. В связи с этим Германия приветствует разъяснение, приведенное в пункте 2 проекта статьи 11.

2. Однако она хотела бы вновь повторить свое предложение добавить в проект статьи 11 дополнительное разъяснение о том, что действия, совершаемые государствами в соответствии со своими национальными законами и являющиеся разумными, не могут истолковываться как действия, ведущие к замаскированной высылке.

КАНАДА

1. В проекте статьи 11 говорится, что

замаскированная высылка означает принудительный отъезд иностранца из государства, являющийся непрямым результатом действий или бездействия государства, включая ситуации, при которых государство *попустительствует\** действиям или *терпимо относится\** к действиям, совершаемым его гражданами или другими лицами с намерением спровоцировать отъезд иностранцев с его территории.

2. В такой формулировке проект статьи 11 предполагает более низкий пороговый уровень ответственности государства в тех случаях, когда поведение частных субъектов не присваивается государству и не представляет собой нарушение того или иного международно-правового обязательства. Поскольку и проект статьи 2, и проект статьи 11 касаются высылки, которая может быть присвоена государству, эти положения должны предусматривать такой же пороговый уровень для этого присвоения, как и установленный в проектах статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Ежегодник... 2001 год, том II (часть вторая) и исправление, стр. 26 и далее, пункт 76.

НИДЕРЛАНДЫ

В отношении проекта статьи 11 о запрете замаскированной высылки Нидерланды считают, что в нынешнем тексте нечетко устанавливается сфера охвата этого проекта статьи, и настоятельно призывают Комиссию не включать его в нынешней формулировке. Кроме того, этот проект статьи не согласуется с действующим в Нидерландах принципом увязки права на получение пособий со статусом проживания. Этот принцип был введен в Нидерландах Законом о праве на получение пособий (статусе проживания)<sup>1</sup> (Koppelingswet), в котором конкретно предусматривается, что иностранцы, проживающие в Нидерландах не на законных основаниях, не могут претендовать на получение пособий или помощи. Идея, лежащая в основе этого закона, состоит в том, что общая политика в отношении иностранцев должна быть направлена на предотвращение незаконного проживания в Нидерландах и что нидерландские власти не должны поощрять незаконных иммигрантов, предоставляя им возможность получения пособий по социальному обеспечению и помощи. Принцип увязки права на получение пособий со статусом проживания имеет первостепенное значение для Нидерландов.

<sup>1</sup> Принят 26 марта 1998 года.

РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

Определение замаскированной высылки сформулировано недостаточно ясно и, таким образом, чрезмерно ограничивает право государства в отношении высылки. Разъяснить это положение можно было бы при помощи следующей оговорки: «Не считается замаскированной высылкой осуществление государством его права на высылку иностранцев в

соответствии с внутригосударственным законодательством, если осуществление этого права является разумным».

#### Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

1. Соединенное Королевство испытывает серьезную обеспокоенность относительно этого проекта статьи и не согласно с его нынешней формулировкой. Соединенное Королевство может согласиться с этими положениями при внесении в них поправок, если в этом проекте статьи будет непосредственно говориться о действиях в отношении иностранцев, находящихся в Соединенном Королевстве на законных основаниях. Соединенное Королевство обеспокоено тем, что это положение может быть распространено на отдельные виды деятельности, направленные на содействие высылке иностранцев, незаконно находящихся на территории государства, например помощь в реинтеграции тех, кто не стал обжаловать свою высылку. Аналогичным образом использование содержания под стражей, которое является одним из ключевых инструментов в попытках установить личность того или иного лица или одной из ключевых мер обеспечения общественной безопасности, может быть рассмотрено как «непрямые действия или бездействие». Кроме того, этот проект статьи потенциально противоречит существующему и запланированному законодательству, направленному на недопущение доступа незаконных мигрантов к рынку труда, государственным льготам, социальному жилью, получению водительских прав и финансовых услуг, которое разработано для сдерживания незаконной миграции, поощрения добровольного отъезда лиц, в противном случае склонных остаться в стране без законных оснований, и обеспечения справедливого распределения государственных ресурсов только среди лиц, обладающих законным правом на проживание в стране. Соединенное Королевство также обеспокоено тем, что этот проект статьи прямо противоречит мерам, применяемым им к лицам, в отношении которых ведется уголовное расследование, чьи активы замораживаются до момента завершения расследований. Аналогичным образом Соединенное Королевство вводит ограничения на деятельность некоторых лиц, представляющих серьезную угрозу, при помощи таких мер, как ограничение свободы действий, и, независимо от их иммиграционного статуса, мер по предупреждению терроризма и проведению расследований.

2. Соединенное Королевство предлагает внести в текст проекта статьи следующую поправку:

«1. Произвольная замаскированная высылка в любой форме запрещается.

2. Для целей настоящих проектов статей замаскированная высылка означает принудительный отъезд иностранца из государства, являющийся непрямым результатом действий или бездействия государства в тех случаях, в которых государство попустительствует незаконным действиям или терпимо относится к незаконным действиям, совершаемым его гражданами или другими лицами, с

намерением спровоцировать отъезд иностранцев с его территории.

3. Действия или бездействие государства не считаются произвольными в той мере, в которой они основаны на положениях, установленных во внутригосударственном праве в законных интересах иммиграционного контроля/высылки тех иностранцев, которые находятся на территории государства незаконно».

#### Соединенные Штаты Америки

1. Как отмечалось выше, Соединенные Штаты испытывают существенную обеспокоенность относительно концепции «замаскированной высылки» в том виде, в котором она сформулирована в проекте статьи 11. Соединенные Штаты считают, что характер «замаскированной высылки» и ее рамки не были в достаточной мере рассмотрены и установлены на основе существующей практики государств или судебной практики по этому вопросу для того, чтобы кодифицировать этот вопрос в том виде, в котором он сформулирован в этом проекте статьи. Что же касается отражения в этом проекте статьи предложения в плане прогрессивного развития права, то его текст является неприемлемо широким и расплывчатым.

2. В комментарии указывается, что в качестве наиболее авторитетных источников использовалась судебная практика Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов Америки и Комиссии по претензиям Эритреи и Эфиопии. Как признается в самом комментарии, необходим «особо высокий пороговый уровень» для установления случая замаскированной высылки; действительно, практика по этому вопросу весьма ограничена и было установлено лишь несколько случаев замаскированной высылки. Соответственно, государствам или международным трибуналам еще предстоит внимательно рассмотреть важные вопросы относительно различных элементов, необходимых для распознавания случаев замаскированной высылки.

3. Соединенные Штаты считают, что проект статьи 11, даже читаемый совместно с комментарием, страдает от многочисленных недостатков в свете этого отсутствия ясности и консенсуса. Например, благодаря использованию в этом проекте статьи фразы «действий или бездействия», как и в подпункте *a*) проекта статьи 2, кажется, что он опирается на принципы ответственности государств (см. статью 2 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния<sup>1</sup>). Однако, поскольку этот проект статьи возлагает на государство ответственность на основании действий граждан этого государства или других лиц, то возникает вопрос, особенно в контексте «бездействия», какие международные обязательства существуют у государства в отношении своих граждан или других лиц в контексте высылки иностранцев. Более того, в проекте статьи 11

<sup>1</sup> Ежегодник... 2001 год, том II (часть вторая) и исправление, стр. 27, пункт 76.

не содержится требования о присвоении государству, хотя этот элемент фигурирует в подпункте *a*) проекта статьи 2 и в комментарии. Кроме того, термин «терпимо относится» является, несомненно, слишком широким с учетом упомянутого выше «высокого порогового уровня»; его использование может привести к заявлениям о том, что государство несет ответственность за широкий круг действий третьих сторон, которые оно контролирует крайне мало или вообще не контролирует. В тексте также недостаточно четко разъясняется, что важнейший элемент преднамеренности относится к государству, а не «его гражданам или другим лицам». Наконец, как отмечалось выше, в этом проекте статьи используется термин «принудительный отъезд», в то время как в подпункте *a*) проекта статьи 2 используется иная формулировка – «вынуждается покинуть».

4. Государствам необходимо будет с большой осмотрительностью и внимательностью изучить окончательную формулировку концепции «замаскированной высылки», прежде чем с ней можно будет согласиться как с общеприменимой нормой международного права, особенно с учетом потенциальных последствий для ответственности государства и обязательств государства по отношению к своим гражданам, другим лицам и даже субнациональным государственным структурам. Соответственно, Соединенные Штаты рекомендуют исключить этот проект статьи.

### **Статья 12. Запрет высылки для целей конфискации имущества**

#### Российская Федерация

1. Сохраняются определенные сомнения в отношении проекта статьи 12.

2. Во-первых, хотя сама идея, лежащая в его основе, заслуживает поддержки, нельзя не отметить, что оценка целей и намерений государств на практике может оказаться весьма непростой задачей. Также, на наш взгляд, не исключены ситуации, когда совокупность деяний, совершенных лицом в соответствующем государстве, будет, согласно законодательству этого государства, влечь для него как высылку, так и конфискацию в качестве самостоятельных санкций. При этом неприменение положений о конфискации только на основании того, что лицо подлежит еще и высылке, было бы едва ли обоснованным. В таком случае иностранцы оказывались бы в более привилегированном положении, чем граждане государства, к которым за те же деяния конфискация продолжала бы применяться.

3. Во-вторых, текущая формулировка проекта статьи 12, как представляется, требует определенной нюансировки.

4. С одной стороны, предусмотренный здесь запрет, возможно, должен распространяться только на действия, ведущие к неправомерному лишению иностранца его имущества. Данный подход находит отражение в комментариях, в которых верно указывается, что «в проекте статьи 12 закрепляется запрет

высылки в целях конфискации, заключающейся в незаконном лишении иностранца его имущества». В то же время из существующей формулировки данного проекта статьи следует, что запрет на высылку носит абсолютный характер, т. е. распространяется в том числе на случаи, когда высылка и конфискация необходимы по соображениям обеспечения национальной безопасности или охраны публичного порядка, когда речь идет о конфискации имущества, приобретенного незаконным путем, и т. д.

5. С другой стороны, данная статья должна обеспечивать адекватный уровень защиты имущественных прав высланных иностранцев, ввиду чего вызывает вопросы используемая в данном проекте статьи формулировка «confiscation of assets» (в переводе проектов статей на русский язык, кстати, вместо термина «активы») («assets») использован термин «имущество» («property»); этот момент, по всей видимости, также требует корректировки). Хотя она, насколько можно судить, заимствована из статьи 9 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают<sup>1</sup>, текстуально ею не охватываются действия государства, прямо не связанные именно с конфискацией, но тем не менее фактически приводящие к ограничению тех или иных имущественных прав высланного иностранца.

6. В этом контексте еще раз обращаем внимание на дело *Амаду Садио Диалло*<sup>2</sup>, в рамках которого Гвинея предъявила претензии к Демократической Республике Конго среди прочего в связи с тем, что высылка нарушила права г-на Диалло на контроль и управление коммерческими компаниями «Африком-Заир» и «Африконтэйнерс-Заир» и, как следствие, причинила имущественный ущерб данным компаниям и самому г-ну Диалло как их владельцу. Иными словами, неправомерные, по мнению Гвинеи, действия Демократической Республики Конго напрямую не были связаны с «конфискацией имущества» («активов») по смыслу проекта статьи 12. Данная претензия гвинейской стороны в конечном итоге не была удовлетворена Международным Судом, поскольку он не нашел оснований утверждать, что высылка как таковая создавала реальные препятствия для управления г-ном Диалло принадлежащими ему компаниями из-за границы. Вместе с тем, в нашем понимании, из логики данного решения следует, что в случае если бы высылка, по тем или иным причинам, создавала бы такие препятствия, то речь могла бы идти о нарушении Демократической Республикой Конго своих международных обязательств.

7. Схожую правовую позицию в своих решениях неоднократно высказывал и Европейский суд по правам человека<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Резолюция 40/144 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 1985 года.

<sup>2</sup> *Ahadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639.*

<sup>3</sup> См., например, дела *Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, ECHR 2004-IX, para. 35, и *Slivenko v. Latvia* [GC], no. 48321/99, ECHR 2003-X, para. 121.

8. С учетом изложенного полагаем, что в итоговой формулировке проекта статьи 12 должен быть найден баланс между интересами государства, с одной стороны, и интересами защиты имущественных прав высылаемых иностранцев – с другой. Помимо этого, Российская Федерация исходит из того, что проект статьи 12 необходимо рассматривать во взаимосвязи с проектом статьи 30, предусматривающим гарантии защиты имущественных интересов иностранцев в высылающем государстве, в том числе с учетом того понимания, что в условиях глобального мира нахождение иностранного лица за пределами государства не должно рассматриваться как препятствие для осуществления им своих имущественных прав в этом государстве.

**Статья 13. Запрет прибегать к высылке, чтобы обойти процедуру экстрадиции**

**КАНАДА**

Проект статьи 13 касается использования высылки для того, чтобы «обойти» процедуры экстрадиции. Канада обеспокоена тем, что слово «обойти» не обеспечивает адекватного отражения ненадлежащей цели или недобросовестных стандартов, на которые указывает это положение. То есть государства не могут прибегать к процедурам депортации с единственной целью избежать процесса экстрадиции, когда это не преследует законной цели с точки зрения иммиграционного контроля. Канада предпочла бы следующую формулировку: «Государство не вправе прибегать к высылке в отсутствие законной цели с точки зрения иммиграционного контроля исключительно для того, чтобы избежать использования процедуры экстрадиции».

**СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ**

1. Соединенные Штаты считают, что этот проект статьи страдает от недостаточной ясности в отношении конкретного вреда, который он стремится предотвратить, особенно в свете прерогативы государств использовать ряд правовых механизмов для содействия передаче какого-либо лица другому государству, если его передача испрашивается в целях уголовного преследования.

2. Прежде всего, Соединенные Штаты предполагают, для целей анализа, что использование термина «задействованная» означает, что это положение не применяется к ситуациям, когда просьба об экстрадиции не поступала, а также к ситуациям, возникающим после того, как в выдаче было отказано или вопрос был урегулирован каким-либо иным образом. Вместе с тем Комиссия не приводит никаких оснований для ее утверждения, содержащегося в пункте 1) комментария, в отношении параметров «задействования», и Соединенные Штаты задаются вопросом, существует ли международный консенсус по этому вопросу. По крайней мере название этого проекта статьи должно включать слово «задействованную», чтобы соответствовать тексту проекта статьи.

3. Что еще более важно, абсолютно неясно, какое поведение Комиссия рассмотрела бы как «обход» процедуры экстрадиции. Как отражено в комментарии, государство может законно использовать широкий спектр правовых оснований, в том числе соображения национальной безопасности или нарушения иммиграционного законодательства, для оправдания выдачи какого-либо лица, которое испрашивается другим государством для уголовного преследования. Соединенные Штаты считают, особенно в связи с активизацией транснациональной преступной деятельности, что было бы крайне важно дать достаточно точное определение концепции «обхода», с тем чтобы не сдерживать и не осложнять сотрудничество между государствами в этой области. В конечном итоге в норме по этому вопросу необходимо более ясно указать, какой вред она имеет своей целью предотвратить, и более полно учитывать практику государств в этой области.

4. Соединенные Штаты предлагают пересмотреть этот проект статьи с учетом этих проблем или же исключить его.

**ЧЕШСКАЯ РЕСПУБЛИКА**

1. Чешская Республика хотела бы выразить обеспокоенность по поводу проекта статьи 13, который касается запрета прибегать к высылке, чтобы обойти процедуру экстрадиции. Хотя в Чешской Республике такая практика не используется, ее позиция, согласующаяся с действующими решениями Европейского суда по правам человека, заключается в том, что в тех случаях, когда подлежащее экстрадиции лицо также является незаконным иммигрантом, решение о способах урегулирования этого вопроса незаконной иммиграции является внутренним делом соответствующего государства.

2. Кроме того, Чешская Республика считает формулировку проекта статьи 13 расплывчатой. Представляется неясным, какие этапы процедуры экстрадиции охватываются термином «задействованная», поскольку начало этой процедуры отличается в законодательстве каждого государства. Так, она может начинаться непосредственно в момент заключения иностранца под стражу, в момент поступления просьбы об экстрадиции или же, как в системе общего права, при выдаче «полномочий на осуществление». Ввиду различий между правовыми системами эта неопределенность сохраняется.

**ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ**

**ЗАЩИТА ПРАВ ИНОСТРАНЦЕВ,  
ПОДЛЕЖАЩИХ ВЫСЫЛКЕ**

**ГЛАВА I**

**ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ**

**Статья 14. Обязательство уважать человеческое достоинство и права человека иностранцев, подлежащих высылке**



## КАНАДА

В проектах статей не могут определяться (в русском тексте – «излагаться») права человека, поскольку они не являются соглашением по правам человека. Поэтому Канада рекомендует исключить фразу «включая права, изложенные в настоящих проектах статей» в пункте 2 проекта статьи 14.

## НИДЕРЛАНДЫ

Первый пункт проекта статьи 14 касается уважения неотъемлемого достоинства человека как отдельного права человека. Однако нет четкого определения сути этого права. Второй пункт данного проекта статьи, в котором содержится призыв уважать права человека в целом, следует сформулировать так, чтобы он обеспечивал адекватную защиту; иначе говоря, этот пункт делает первый пункт излишним. Более того, включение и пункта 1 проекта статьи 14 и проекта статьи 18 может необоснованно предполагать, что первый из них имеет большую значимость. Дальнейшее расширение запрета на пытки или жестокое, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение, как указано в проекте статьи 18, будет неприемлемо для нас.

## САЛЬВАДОР

1. Пункт 1 проекта статьи 14 имеет большое значение в своде проектов статей, поскольку в нем предлагается усилить их содержание путем провозглашения различных принципов, касающихся достоинства человека, как, например, принцип человечности, законности и надлежащего разбирательства; эти принципы должны применяться на всех этапах высылки, включая ее практическое осуществление, а не только на этапе принятия решения.

2. С другой стороны, что касается пункта 2, необходимо сделать его редакцию достаточно категоричной, что не может быть достигнуто путем использования выражения «имеют право», которое используется в этом пункте. С помощью этого выражения, как представляется, предусматривается предоставление простой прерогативы, а не обязательство, которое уже существует, подлежит обязательному исполнению всеми государствами и заключается в соблюдении и гарантировании прав человека каждого человека.

3. В этой связи предлагается заменить вышеупомянутое выражение формулировкой, имеющей более обязательный характер и отражающей широкое признание, которое в настоящее время получила центральная роль прав человека.

4. В этой связи предлагается следующая редакция проекта статьи 14:

«1. Все иностранцы, подлежащие высылке, имеют право на обращение в соответствии с принципами законности, надлежащего судебного разбирательства и человечности и уважение достоинства, присущего человеческой личности, на всех стадиях процесса высылки.

2. Обеспечивается соблюдение всех прав человека лица, подлежащего высылке, включая права, изложенные в настоящих проектах статей».

СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ  
И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ

1. На данном этапе Соединенное Королевство не имеет комментариев по данному проекту статьи.

2. Однако Соединенное Королевство приняло к сведению комментарий Европейского союза и предложило поправки к проекту статьи 14<sup>1</sup>. Соединенное Королевство активно поощряет добровольный выезд, однако возражает против установления какого-либо определенного периода для такого выезда. Время, которое будет предоставлено для выезда, следует рассматривать на индивидуальной основе, например, Соединенное Королевство опубликовало информацию о политике неосуществления принудительной высылки, когда дети находятся на этапе, предшествующем проведению важных экзаменов.

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

## СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

Выражение «подлежащие высылке», используемое в настоящем проекте статей на протяжении всей части третьей, имеет расплывчатый характер, и непонятно, охватывает ли оно только иностранцев, которые находятся на стадии высылки, или всех иностранцев, которые не обладают законным статусом иммигранта или которые в противном случае могут стать предметом разбирательства в отношении высылки. Исходя из контекста настоящей статьи и предыдущих вариантов проектов статей, как представляется, эта статья означает именно первое; однако смысл этого выражения необходимо уточнить в комментариях.

**Статья 15. Обязательство не подвергать дискриминации**

## Дания (от имени стран Северной Европы)

Страны Северной Европы полностью поддерживают комментарий Европейского союза<sup>1</sup> о включении в проект статьи 15 вопроса о сексуальной ориентации.

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

## КАНАДА

Канада рекомендует добавить сексуальную ориентацию в перечень оснований для дискриминации в проекте статьи 15.

## НИДЕРЛАНДЫ

Нидерланды предлагают включить в перечень указанных в пункте 1 проекта статьи 15 запрещенных оснований дискриминации в качестве самостоятельного

признака сексуальную ориентацию, как ранее было предложено Европейским союзом<sup>1</sup>. В качестве альтернативы в пояснительном примечании к этому пункту следует указать, что данный аспект охватывается понятием признака пола в соответствии с тем, как оно толкуется Комитетом по правам человека.

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

#### САЛЬВАДОР

1. Учитывая, что проект статьи 15 предусматривает право человека, было бы ошибочно осуществлять его редакцию, начиная с права государства, так как это может привести к ошибочной интерпретации.

2. С другой стороны, необходимо осуществить более точную редакцию пункта 2 и сделать его более обязательным, так как в международном праве широко признано, что принцип недискриминации является принципом *jus cogens*, который применяется ко всем правам человека.

3. Соответственно, Межамериканский суд по правам человека в своем консультативном заключении, касающемся юридического статуса и прав мигрантов, не имеющих документов, отметил:

Принцип равенства перед законом и недискриминации касается всех действий государственной власти в любой форме их проявления, которые связаны с уважением и гарантией прав человека. Указанный принцип необходимо рассматривать как императив общего международного права с точки зрения его применения ко всем государствам, независимо от того, являются ли они сторонами определенного международного договора или нет, в силу того, что он создает последствия в отношении третьих сторон, в том числе физических лиц. Это подразумевает, что государство как на международном, так и на внутригосударственном уровне при осуществлении любых действий в рамках его полномочий или при осуществлении действий третьими сторонами в условиях терпимости, попустительства или небрежности с его стороны не может действовать вопреки этому принципу равенства и недискриминации в ущерб определенной группе лиц<sup>1</sup>.

4. В связи с вышеупомянутыми соображениями предлагается следующая редакция проекта статьи 15:

«1. Государство не осуществляет высылку иностранцев по мотивам дискриминации, в частности на основании расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального, этнического или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства либо на любом другом основании, не допускаемом международным правом.

2. Любое лицо, являющееся объектом высылки, пользуется своими правами человека без дискриминации».

<sup>1</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Advisory Opinion OC-18/03 of 17 September 2003 on the juridical condition and rights of undocumented migrants, requested by the United Mexican States*, Series A, No. 18, para. 100.

#### СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ

1. Соединенное Королевство не согласно с этим проектом статьи.

2. Соединенное Королевство поддерживает цель ликвидации незаконной дискриминации, но при этом испытывает серьезную обеспокоенность в связи с данным проектом статьи, который противоречит существующему внутреннему законодательству и практике. Пункт 17 приложения 3 Закона о равных правах 2010 года Соединенного Королевства допускает дискриминацию по признаку гражданского, этнического или национального происхождения для целей иммиграционного контроля при наличии соответствующей санкции. Соединенное Королевство должно иметь возможность в приоритетном порядке принимать меры принудительного характера в отношении незаконно пребывающих на территории страны категорий лиц, представляющих реальную угрозу для его иммиграционной системы, включая возможность в любой момент задействовать ресурсы служб обеспечения иммиграционного контроля для принятия мер в отношении конкретных групп на основе разведывательных или статистических данных, указывающих на риски для его системы иммиграционного контроля.

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

1. Исходя из смысла подпункта *a*) проекта статьи 2 Соединенные Штаты делают вывод, что рассматриваемые проекты статей не касаются решений того или иного государства не допускать иностранцев на свою территорию или отказывать им в разрешении на въезд, например на основании гражданства.

2. Применительно к иностранцам, пребывающим на территории того или иного государства, содержание проекта статьи 15 не подкрепляется существующими международными договорами, регулирующими вопросы высылки или невозвращения (*non-refoulement*). Существующий в праве прав человека общий принцип недискриминации распространяется не на все, а лишь на определенные типы поведения государства, и в комментарии не указывается на то, что, согласно действующему международному праву, этот принцип распространяется, в частности, на поведение государства в связи с высылкой иностранцев.

3. Кроме того, проект статьи 15 явно противоречит проекту статьи 3, в котором признается широкое право государства на высылку иностранца по каким бы то ни было причинам. Например, проект статьи 15, как представляется, запрещает государству высылать враждебных иностранцев во время войны, поскольку такие меры означали бы дискриминацию по признаку гражданства даже при том, что пункт 4 проекта статьи 10, судя по всему, допускает подобную высылку. В более общем плане следует отметить, что иммиграционные законы и правила Соединенных Штатов, которые, по их мнению, согласуются с аналогичными положениями других государств, допускают классификацию по признаку гражданства при наличии

рационального обоснования подобной классификации (см., например, *Kandamar v. Gonzales*, 464 F.3d 65, 72–74 (1st Cir. 2006); и *Narenji and others v. Civiletti*, 617 F.2d 745, 747 (D.C. Cir. 1979)).

4. Вопросы возникают даже в связи с запрещением дискриминации на основании «имущественного положения». Например, в силу ряда оснований для отказа в допуске, предусмотренных параграфом 1182 *a*) раздела 8 Свода законов Соединенных Штатов (например, если имеется вероятность того, что соответствующему лицу потребуется поддержка за счет средств государственного бюджета), американское законодательство требует, чтобы при принятии решения о допуске учитывалось имущественное положение, источники дохода и финансовое состояние заявителя. Кроме того, закон Соединенных Штатов разрешает въезд иностранцам-предпринимателям, предоставляя им «условный» статус постоянного жителя, однако такие лица могут быть высланы из страны в случае невыполнения ими условий получения этого статуса, включая требование об осуществлении финансовых вложений в установленном объеме (там же, параграф 1186b *b*)). Особые сомнения вызывает содержащееся в проекте статьи 15 запрещение дискриминации на основании «статуса» (в русском тексте – «обстоятельства»), ведь решение о выдворении иностранца, порядок рассмотрения его дела и возможные формы освобождения от выдворения в рамках процедуры высылки очень во многом зависят, например, от того, пребывает ли данное лицо на территории страны на основании полученного им разрешения на въезд в Соединенные Штаты или его законного статуса постоянного жителя. Различие между иностранцами на основании их «статуса» проводится в самих проектах статей, которые в некоторых случаях наделяют иностранцев, находящихся на территории того или иного государства незаконно, меньшим объемом прав.

5. И наконец, особенно в свете содержащегося в пункте 2) комментария указания на то, что запрещение дискриминации распространяется «на решения как о высылке, так и об отказе от высылки», этот проект статьи может означать серьезное посягательство на прерогативу государства (и необходимость в условиях ограниченности ресурсов) самостоятельно решать, в каких случаях добиваться высылки иностранца или отказаться от нее. В подобных случаях применения дискреционных полномочий нередко принимается во внимание один или несколько факторов, перечисленных в этом проекте статьи, особенно с учетом возможностей расширительного толкования понятия «иной статус» (в русском тексте – «иное обстоятельство»).

6. Соединенные Штаты считают, что этот проект статьи не подкрепляется существующим международным правом и практикой, неудачно составлен с точки зрения цели прогрессивного развития и поэтому должен быть исключен. В случае его сохранения данный проект статьи должен касаться конкретных аспектов процесса высылки, применительно к которым необходимо избегать дискриминации, например в части обеспечения процедурных прав, изложенных в проекте статьи 26.

## Статья 16. Уязвимые лица

### Куба

1. Что касается проекта статьи 16, то необходимо дать определение концепциям «дети» и «престарелые лица», поскольку они имеют неточный и расплывчатый характер, учитывая, что нет определения диапазона возрастов в каждом случае, иначе говоря, с какого возраста можно говорить об уязвимости таких лиц.

2. Куба считает, что упомянутая защита, касающаяся беременных женщин, как предусмотрено в проекте статьи 16, должна распространяться на всех женщин и девочек, а также предусматривать защиту на всех стадиях высылки, и в этой связи предлагается следующая формулировка пункта 1: «Дети, женщины, престарелые лица, инвалиды, беременные женщины и другие уязвимые лица, подлежащие высылке или находящиеся на стадии высылки, должны...». Что касается пункта 2 проекта статьи 16, то в него предлагается также включить и девочек.

### Марокко

В проекте статьи 16, касающемся уязвимых лиц, перечисляются субъекты, составляющие эту категорию, а именно дети, беременные женщины, престарелые и лица с ограниченными возможностями. Вместе с тем, несмотря на проявленную предусмотрительность – защите подлежат и «другие уязвимые лица» при условии, что они «рассматриваются как таковые», – встает вопрос о том, кого можно считать уязвимым лицом и исходя из каких критериев.

### Сальвадор

1. В формулировке пункта 1 термин «*personas de edad*» («престарелые»), как представляется, имеет неточное значение на испанском языке, ибо он может касаться лиц любого возраста, иначе говоря, любого из периодов жизни, на которые делится жизнь человека. Учитывая эти трудности, предлагается использовать термин «*los adultos mayores*», с тем чтобы уточнить сферу применения данного положения.

2. Кроме того, в пункте 2 содержится расплывчатая формулировка, в которой провозглашаются высшие интересы ребенка, что проистекает из трудностей, связанных с переводом Конвенции о правах ребенка. В этой связи Сальвадор предлагает использовать в пункте 2 текста на испанском языке выражение «*se atenderá primordialmente al interés superior del niño*».

### Соединенные Штаты Америки

Детям, особенно детям-иностранцам, оставшимся без сопровождения взрослых, Соединенные Штаты, безусловно, обеспечивают исключительную защиту и заботу в рамках процедуры рассмотрения дел о выдворении (см., например, Свод законов Соединенных Штатов, раздел 8, параграф 1158 *a*) 2) *E*) и *b*) 3) *C*) (убежище – первоначальная юрисдикция) и параграф 1232 (активизация

усилий по борьбе с торговлей детьми); см. также Руководящие принципы в отношении рассматриваемых иммиграционными судами дел с участием детей-иностранцев, оставшихся без сопровождения взрослых<sup>1</sup>). В то же время в вопросах, связанных с высылкой, законодательство Соединенных Штатов не устанавливает примата «наилучшего обеспечения интересов» ребенка. В этой связи Соединенные Штаты предлагают заменить слово «первоочередное» на «существенное» или заменить выражение «первоочередное внимание уделяется» на «должным образом учитывается».

<sup>1</sup> United States, Department of Justice, Executive Office for Immigration Review, Guidelines for Immigration Court Cases Involving Unaccompanied Alien Children (22 May 2007).

## ГЛАВА II

### ЗАЩИТА, ТРЕБУЮЩАЯСЯ В ВЫСЛАЮЩЕМ ГОСУДАРСТВЕ

#### *Статья 17. Обязательство защищать право на жизнь подлежащих высылке иностранцев*

АВСТРИЯ

Это положение представляется избыточным, поскольку обязанность защищать жизнь иностранцев и так вытекает из обязательств в области прав человека.

СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ  
И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ

На данном этапе у Соединенного Королевства нет замечаний по этому проекту статьи. Вместе с тем Соединенное Королевство не согласится с расширительным толкованием этого проекта статьи, если оно по сути будет означать безусловное обязательство оказывать незаконным мигрантам бесплатные медицинские услуги или согласие с тем, что незаконные мигранты, страдающие серьезными заболеваниями и нуждающиеся в постоянном лечении, вправе воспользоваться этим обстоятельством в качестве основания для того, чтобы оставаться на территории Соединенного Королевства в нарушение его иммиграционного законодательства.

СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

На основании расположения проекта статьи 17 в главе II части третьей Соединенные Штаты делают вывод, что этот проект имеет целью обеспечить защиту иностранца во время его пребывания на территории выслылающего государства, тогда как вопросы, касающиеся обращения с иностранцами в государстве назначения, рассматриваются в главе III части третьей.

#### *Статья 18. Запрет пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания*

АВСТРИЯ

Из проекта статьи 18 можно сделать вывод о том, что соблюдения иных прав человека, за исключением упомянутых, не требуется.

#### *Статья 19. Условия содержания под стражей подлежащего высылке иностранца*

АВСТРИЯ

Следует уточнить формулировку пункта 3 *b*) проекта статьи 19 с целью отразить в нем содержащееся в комментарии мнение, согласно которому содержание под стражей является законным до тех пор, пока имеются разумные основания считать высылку возможной, например в период рассмотрения вопроса о гражданстве иностранца или оформления для него проездных документов.

БЕЛЬГИЯ

1. Между словами «или лица, которому принадлежит право осуществлять судебную» и «власть» требуется включить слова «или административную».

2. Согласно пунктам 4 и 5 статьи 7 Закона от 15 декабря 1980 года о въезде на территорию страны, пребывании, устройстве и принудительной высылке иностранцев предусматривается, что министр или уполномоченное им лицо могут продлить срок содержания под стражей иностранца. Такое решение может быть обжаловано в совещательной палате (в соответствии со статьей 72 Закона).

ГЕРМАНИЯ

Пункт 1 *b*) проекта статьи 19 устанавливает условия содержания под стражей подлежащего высылке иностранца. По мнению Германии, в комментарии следует предусмотреть общее требование о том, что иностранцы должны содержаться отдельно от лиц, приговоренных к лишению свободы за совершение преступлений, и не следует предписывать конкретные способы достижения этой цели. В частности, содержащееся в пункте 3) комментария требование о содержании иностранцев в «отдельной части» тюремного учреждения на практике может оказаться трудновыполнимым.

ДАНИЯ (от имени стран Северной Европы)

1. Страны Северной Европы поддерживают комментарий Европейского союза<sup>1</sup> по проекту статьи 19.

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

2. Кроме того, что касается отделения подлежащих высылке иностранцев от лиц, которым назначено наказание, предусматривающее лишение свободы, то страны Северной Европы придерживаются мнения о том, что следует предусмотреть возможность содержания иностранцев, которые высылаются по причине совершения преступления и которые уже отбывали тюремное заключение, в той тюрьме, в которой они отбывали свое наказание.

#### КАНАДА

1. Канада выражает обеспокоенность по поводу предусмотренного проектом статьи 19 требования о содержании подлежащих высылке иностранцев отдельно от лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы, «при отсутствии исключительных обстоятельств». Поскольку иногда физическое разделение этих двух групп практически невозможно, Канада предпочла бы, чтобы пункт 1 *b)* проекта статьи 19 предусматривал следующее: «По мере возможности\* подлежащий высылке иностранец содержится отдельно от лиц, приговоренных к мерам наказания, связанным с лишением свободы».

2. Канада согласна с недопустимостью неограниченного или чрезмерного срока содержания под стражей. Для внесения большей ясности Канада предлагает предусмотреть в пункте 2 *a)* проекта статьи 19 запрещение содержания под стражей в течение «неопределенного» (вместо «чрезмерно продолжительного») срока. Кроме того, решение о содержании под стражей должно пересматриваться не просто через «регулярные», а через строго определенные или установленные промежутки времени. Канада предпочитает, чтобы эта формулировка была отражена в пункте 3 *a)* проекта статьи 19.

3. Кроме того, решения, касающиеся содержания под стражей, не следует относить исключительно к компетенции суда, как предусмотрено пунктом 2 *b)* проекта статьи 19. Закон Канады наделяет полномочием продлевать срок содержания под стражей административные органы власти. Соответственно, подобные решения принимаются не только «судом или лицом, которому принадлежит право осуществлять судебную власть». Канада предлагает дополнить пункт 2 *b)* проекта статьи 19 следующим образом: «право осуществлять судебную власть или квазисудебные\* полномочия на принятие решений».

#### КУБА

Что касается пункта 1 *b)* проекта статьи 19, в его формулировке отмечается, что подлежащий высылке иностранец при отсутствии исключительных обстоятельств содержится отдельно от лиц, приговоренных к мерам наказания, связанным с лишением свободы. В этой связи Куба считает, что такие лица не только должны содержаться отдельно от осужденных лиц, но также и отдельно от лиц, к которым фактически применяется предварительное заключение в связи с предполагаемым совершением преступных деяний.

#### НИДЕРЛАНДЫ

1. В отношении пункта 1 *a)* Нидерланды отмечают, что в рамках их юрисдикции содержание под стражей подлежащего высылке иностранца не преследует карательных целей. Однако в тех случаях, когда все административные меры (включая содержание под стражей), принятые с целью подготовить и осуществить выдворение, не принесли результатов и соответствующий иностранец по-прежнему находится на территории Нидерландов без правомерных оснований, практика Суда Европейского союза допускает применение карательных мер<sup>1</sup>. Карательные меры должны по-прежнему допускаться в качестве крайней меры для оказания давления, и в этом случае их соразмерное применение не нарушает права человека. Нынешняя редакция не учитывает это в достаточной степени.

2. Что касается пункта 2 *b)* проекта статьи 19, Нидерланды предлагают дополнить его концовку словами «или административного органа, решение которого подлежит эффективному судебному контролю», как было предложено также Европейским союзом<sup>2</sup>. Это добавление существенно для таких государств, как Нидерланды, в которых правовое положение иностранцев полностью регулируется административным правом.

3. Нидерланды возражают против положения пункта 3 *a)*, излишняя детализация которого создает трудности в его соблюдении в разных странах с учетом разнообразия их правовых систем. Например, в Нидерландах решение о содержании иностранца под стражей пересматривается после вынесения постановления о помещении под стражу и затем по истечении шестимесячного срока и по просьбе самого иностранца. Вполне достаточно, если иностранцу предоставлена возможность того, чтобы решение о его содержании под стражей регулярно пересматривалось независимым судом. Кроме того, Нидерланды обеспокоены формулировкой пункта 3 *b)* этого проекта статьи. Оговорка «если только причины этого не вызваны самим таким иностранцем» может быть истолкована таким образом, как будто содержание под стражей может продолжаться бесконечно. Также получается, что иностранца могут удерживать под стражей за неподчинение приказу, чтобы заставить его сотрудничать с органами, занимающимися его высылкой. Необходимо доработать этот проект с целью обеспечить юридическую защиту иностранцев.

<sup>1</sup> Case C-329/11, *Alexandre Achughbalian v. Préfet du Val-de-Marne*, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 6 December 2011, *Official Journal of the European Union*, No. C 32 (4 February 2012), p. 12.

<sup>2</sup> Письменные замечания, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

#### РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

По Закону об иммиграционном контроле Республики Корея решение о продлении срока содержания под стражей принимается руководителями иммиграционных служб или местных отделений либо начальниками изоляторов для иностранцев. В этой связи

следует включить соответствующих должностных лиц в перечень органов, уполномоченных принимать решения в связи с высылкой иностранцев.

#### САЛЬВАДОР

1. Сальвадор с большой озабоченностью отмечает, что проект статьи 19, как представляется, предполагает задержание лица, подлежащего высылке, в качестве общего правила, а не в качестве меры, имеющей исключительный характер, что могло бы в практическом плане предположить совершение действий, которые будут нарушать основные права человека, как, например, его право на свободу, физическую неприкосновенность и презумпцию невиновности.

2. В этой связи следует отметить, что международные договоры в области прав человека, а также внутреннее законодательство большинства государств предусматривают обязательство гарантировать всем лицам осуществление их права на свободу<sup>1</sup>. В этом отношении необходимо, чтобы эта норма применялась в проектах статей с целью не допустить произвольного содержания под стражей иностранцев<sup>2</sup> как в ходе обычной процедуры высылки, так и в ходе любой практики, которая ставит под угрозу – потенциально или фактически – свободу передвижения иностранца, что может произойти, например, в транзитных или идентификационных центрах, центрах содержания под стражей и различных иных местах содержания под стражей.

3. В этой связи особенно показательна резолюция о принципах и передовой практике в отношении защиты лиц, лишенных свободы в Северной и Южной Америке<sup>3</sup>, принятая Межамериканской комиссией по правам человека, в которой признается основополагающее право, которое имеют все

люди, лишенные свободы, на гуманное обращение и на соблюдение и гарантирование их достоинства, их жизни и их физической, психологической и моральной неприкосновенности.

4. В рассматриваемой резолюции под лишением свободы подразумевается

любая форма содержания под стражей, тюремного заключения, институционализации или содержания лица по причинам гуманитарной помощи, лечения, опеки, защиты или по причине совершения преступлений или правонарушений, которые осуществляются или фактически контролируются судебными или административными властями или какими-либо другими властями, будь то публичное или частное заведение, в котором данное лицо не может осуществлять свою свободу передвижения. Под этой категорией лиц подразумеваются не только лица, лишенные свободы за совершение преступлений или правонарушений или несоблюдение закона, поскольку они уже предстали перед судом или были осуждены, но также и лица, которые находятся во временном содержании под стражей или находятся в определенных учреждениях, как, например... центры для мигрантов, беженцев, лиц, обращающихся за предоставлением убежища или приюта, апатридов и не имеющих документов лиц, и любых других аналогичных учреждениях, которые используются для лишения лиц свободы<sup>4</sup>.

5. С другой стороны, Сальвадор не видит каких-либо причин, по которым Комиссия решила включить в проект статей такие права, как жизнь, физическая неприкосновенность, право на семейную жизнь и право на равенство, и в то же время конкретно исключает признание личной свободы лица, подлежащего высылке, несмотря на то, что это является одним из основополагающих прав в рамках судебного разбирательства.

6. В свете вышесказанного предлагается добавить первый пункт, в котором будет конкретно упомянуто о том, что свобода должна рассматриваться как общее правило и что содержание под стражей является мерой строго исключительного и временного характера, как предлагается ниже:

«1. a) Государство, осуществляющее высылку, соблюдает и гарантирует личную свободу подлежащего высылке иностранца. Содержание под стражей применяется только с учетом принципов исключительности и временного характера.

b) Содержание под стражей иностранца, подлежащего высылке, не должно иметь карательного характера.

c) Когда иностранец, подлежащий высылке, содержится в условиях предварительного задержания, он должен содержаться отдельно от лиц, приговоренных к мерам наказания, связанным с лишением свободы.

2. a) Содержание под стражей не является бессрочным. Оно ограничивается разумно необходимым временем для осуществления высылки. Любое содержание под стражей в течение чрезмерно продолжительного срока запрещается.

<sup>1</sup> Так, в пункте 1 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах предусматривается: «Каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть подвергнут произвольному аресту или содержанию под стражей. Никто не должен быть лишен свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом». В свою очередь, Американская конвенция о правах человека подтверждает такое право на региональном уровне, предусматривая в статье 7 следующее: «1. Любой человек имеет право на личную свободу и безопасность. 2. Никто не может быть лишен физической свободы иначе как в соответствии с основаниями и условиями, предусмотренными в конституции соответствующего государства-участника или в законах, принятых в соответствии с ней».

<sup>2</sup> В этой связи см. замечание общего порядка № 21 (статья 10) Комитета по правам человека, пункт 4, где указывается следующее: «Гуманное обращение со всеми лицами, лишенными свободы, при уважении их достоинства, является основополагающим правилом универсального применения. Поэтому его применение, как минимум, не должно находиться в зависимости от материальных ресурсов, которыми располагает государство-участник. Это правило должно применяться без какого бы то ни было различия, как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения», доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок седьмая сессия, Дополнение № 40 (A/47/40), приложение VI, В.*

<sup>3</sup> Принята Межамериканской комиссией по правам человека на ее 131-й очередной сессии, состоявшейся 3–14 марта 2008 года.

<sup>4</sup> Общее положение.

*b)* Срок содержания под стражей может продлеваться только по решению суда или лица, которому принадлежит право осуществлять судебную власть, и в течение определенного срока.

3. *a)* Содержание под стражей подлежащего высылке иностранца пересматривается в регулярные промежутки времени на основании конкретных критериев, установленных законом. Задержанное лицо, подлежащее высылке, имеет право просить пересмотреть меру содержания под стражей в любой момент судебного разбирательства.

*b)* Содержание под стражей прекращается при невозможности осуществить высылку, если только причины этого не вызваны самим таким иностранцем подлежащим высылке».

#### Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

1. Соединенное Королевство испытывает серьезную обеспокоенность по поводу содержания этого проекта статьи и предлагает внести в него изменения.

2. Пункт 1 *a)* проекта статьи 19 является приемлемым для Соединенного Королевства. Однако пункт 1 *b)* проекта статьи 19 полностью неприемлем для Соединенного Королевства. Правонарушители-иностранцы, которые после отбытия срока наказания должны оставаться под стражей в качестве задержанных иммигрантов, содержатся, несмотря на признание за ними статуса неосужденных (т. е. находящихся в предварительном заключении) лиц, в тех же тюремных учреждениях, что и заключенные, отбывающие наказание по приговору. Никакого раздельного содержания для этих двух категорий в пределах одного тюремного учреждения не предусматривается. То же касается задержанных иммигрантов, переведенных в тюрьмы из депортационных центров в интересах безопасности/охраны правопорядка.

3. Подпункты *a)* и *b)* пункта 2 проекта статьи 19 в их нынешней редакции также неприемлемы для Соединенного Королевства по следующим причинам. Соединенное Королевство не соглашается с тем, чтобы международное право устанавливало верхний временной предел или ограничивало допустимый срок содержания под стражей. Кроме того, предлагаемый запрет на «содержание под стражей в течение чрезмерно продолжительного срока» представляется Соединенному Королевству недопустимо расплывчатым. Время содержания под стражей в любом случае строго ограничено нормами права, а именно общим правом Соединенного Королевства и статьей 5 Европейской конвенции по правам человека. В соответствии со сложившейся в Соединенном Королевстве практикой лицо удерживается под стражей, пока имеется реальная возможность его отправления домой и в течение разумного периода времени, продолжительность которого, впрочем, зависит от всех обстоятельств дела, включая, например, угрозу, представляемую соответствующим индивидом, и риск совершения им побега, а в некоторых случаях – необходимость исправления гарантий от других государств в отношении

обращения с этим лицом по его возвращении. Предложение о возложении полномочий санкционировать продление срока содержания под стражей на судебную власть неприемлемо и расходится с внутренним законодательством, которое согласуется со статьей 5 Европейской конвенции по правам человека и применяется в соответствии с установленными правовыми принципами. Важно, что административное задержание предписывается законом и подлежит судебному контролю.

4. Соединенное Королевство предлагает изменить рассматриваемый проект статьи следующим образом:

«2. *a)* Срок содержания под стражей не может устанавливаться произвольно. Он ограничивается временем, которое разумно необходимо, с учетом всех имеющихся обстоятельств, для осуществления высылки в установленном законом порядке.

*b)* Срок содержания под стражей может продлеваться только по решению суда или лица, наделенного соответствующим законным полномочием при условии судебного контроля».

5. Хотя пункт 3 *a)* проекта статьи 19 приемлем для Соединенного Королевства, оно считает необходимым внести изменение в пункт 3 *b)* проекта статьи 19, чтобы привести формулировку этого пункта в соответствие с пунктом 2 *a)* проекта статьи 19:

«*b)* С соблюдением пункта 2 содержание под стражей прекращается при невозможности осуществить высылку в течение разумного периода времени, если только причины задержки не вызваны самим таким иностранцем».

#### Соединенные Штаты Америки

1. По мнению Соединенных Штатов, предусмотренные проектом статьи 19 правила в целом справедливы, хотя они бы предложили некоторые корректировки. По общему правилу, Соединенные Штаты считают своим долгом обеспечивать безопасные, гуманные и надлежащие условия содержания под стражей лиц, которые должны быть задержаны по причинам, связанным с их удалением из Соединенных Штатов. Вопросами содержания под стражей подлежащих высылке иностранцев (за исключением детей-иностранцев без сопровождения взрослых), включая условия содержания, доступ к услугам юридического представительства и обеспечение безопасного и бесперебойного функционирования мест содержания под стражей в масштабах всей страны, ведают Министерство национальной безопасности. Если в результате административного процесса установлен факт нарушения тем или иным иностранцем иммиграционного законодательства Соединенных Штатов и в его отношении вынесено окончательное постановление о выдворении, такое лицо может быть помещено под стражу до выдворения, которое, как правило, производится не позднее чем через 90 дней после окончательного завершения административного процесса. См. Свод законов Соединенных Штатов, раздел 8, параграф 1231 *a)* 1) А) и 2). При этом презюмируется

обоснованность удержания таких лиц под стражей в течение 180 дней<sup>1</sup>.

2. В текст пункта 1 *a*) проекта статьи 19 после слов «содержание под стражей подлежащего высылке иностранца» следует вставить слова «задержанного исключительно на этом основании», с тем чтобы учесть случаи, когда подлежащие высылке иностранцы отбывают тюремное заключение в качестве наказания за преступление.

3. Соединенные Штаты полагают, что из пункта 1 *b*) проекта статьи 19 неясно, имеет ли он целью не допустить содержания иностранца, подлежащего аресту по иммиграционному законодательству, в учреждениях для отбывающих наказание преступников или обеспечить раздельное содержание иностранцев, не совершивших преступления, и иностранцев-преступников в депортационных центрах. В комментарии говорится, что иностранцы могут содержаться под стражей в пенитенциарных учреждениях и что подлежащие высылке иностранцы, не совершавшие преступлений, могут содержаться в том же учреждении, что и подлежащие высылке иностранцы-преступники. Это положение следует доработать, чтобы конкретизировать характер вреда, наступление которого оно призвано предупредить, и разъяснить, что иностранцы, задержанные в целях высылки – независимо от того, являются ли они преступниками или нет, – могут содержаться в тех же учреждениях, что и лица, помещенные под стражу в соответствии с уголовным законодательством соответствующего государства.

4. Что касается пункта 2 *b*) проекта статьи 19, то решения о продлении содержания иммигрантов под стражей не всегда принимаются судебным органом, особенно если речь идет о краткосрочном продлении. Так, по законам Соединенных Штатов в определенных случаях, например в отношении лиц, не подлежащих обязательному задержанию, постановления о помещении их под стражу рассматриваются Административным управлением по контролю за иммиграцией Министерства юстиции (см. Свод законов Соединенных Штатов, раздел 8, параграф 1226; и Свод федеральных нормативных актов, раздел 8, параграф 1003.19). Поэтому Соединенные Штаты рекомендуют либо заменить слово «судебную» словом «такую», либо заменить слова «может [продлеваться] только по решению» на «должен подлежать пересмотру со стороны». В случае необходимости можно внести добавление примерно следующего содержания: «Удержание иностранца под стражей в течение длительного срока после вынесения постановления о его высылке подлежит утверждению в судебном порядке».

5. Американское законодательство допускает длительное содержание подлежащих высылке иностранцев при наличии «особых обстоятельств» (например, лиц, страдающих опасными инфекционными заболеваниями, подозреваемых в терроризме

или представляющих иную угрозу безопасности или особую опасность для общества) (см. Свод федеральных нормативных актов, раздел 8, параграф 241.14; и Свод законов Соединенных Штатов, раздел 8, параграф 1226а). Поэтому Соединенные Штаты настоятельно призывают пункты 1 *b*) и 2 *a*) проекта статьи 19 дополнить словами «как правило», а в конце пункта 3 *b*) вставить слова «или если это необходимо по соображениям национальной безопасности или в интересах охраны публичного порядка».

### **Статья 20. Обязательство уважать право на семейную жизнь**

#### АВСТРАЛИЯ

Австралия отмечает, что ряд проектов статей взят из региональных, а не из международных документов. Например, обязательство уважать право на семейную жизнь в проекте статьи 20 использует формулировку Европейской конвенции по правам человека, а не формулировку «произвольное или незаконное вмешательство» в семейную жизнь согласно статье 17 Международного пакта о гражданских и политических правах. Австралия рекомендует изменить проект статьи, с тем чтобы лучше отразить права и обязательства, содержащиеся в международных документах. Это обеспечит гораздо большую четкость с точки зрения международного права.

#### КАНАДА

Канада признает огромное значение семейной ячейки, как предусматривается в обязательствах согласно Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах и Международному пакту о гражданских и политических правах. Однако «право на семейную жизнь» в том виде, в каком оно сформулировано в проекте статьи 20, заслуживает уточнения. Канада считает, что государство может выслать иностранца в ситуациях, которые приведут к посягательству на право на защиту семейной жизни. Далее Канада отмечает, что эта сфера является некодифицированной сферой права. Необходимо проявлять осторожность, с тем чтобы не допустить чрезмерного ограничения права государства на выдворение иностранцев. Запрет вмешательства в семейную жизнь «на основании справедливого баланса интересов государства и... иностранца» отдает чрезмерно большое предпочтение праву иностранца. Этот проект статьи должен отражать право государства на выдворение иностранцев, которые являются серьезными преступниками или которые создают серьезную опасность для публичного порядка или национальной безопасности.

#### КУБА

Куба считает, что в проекте статьи 20 следует определить, что подразумевается под «семейной жизнью», учитывая, что это окажет определенное воздействие на применение этого проекта статьи.

<sup>1</sup> *Zadydas v. Davis et al., United States Reports*, vol. 533 (2001), p. 701.



## РЕСПУБЛИКА Корея

Непонятно, что именно означают термины «семья» и «право на семейную жизнь» в данном проекте статьи, и это может повлечь за собой недействительность решений государств о высылке. В связи с этим было бы целесообразно дать определения этим терминам.

## Сальвадор

1. Пункт 2 проекта статьи 20 предусматривает общие условия для того, чтобы рассматривать в качестве оправданного вмешательство государства в право на семейную жизнь подлежащего высылке иностранца, в том числе: *a)* ограничения, которые предусматриваются в законе; и *b)* обеспечение справедливого баланса между интересами государства и соответствующего иностранца.

2. Сальвадор не согласен с формулировкой требования, содержащегося в пункте 2, поскольку она значительно ограничивает положения, предусмотренные Конвенцией, которая легла в основу его редакции. Также необходимо указать, что пункт 2 статьи 8 Европейской конвенции по правам человека касается не только баланса между интересами государства и иностранца, но также и норм демократического общества и других соответствующих аспектов, которые излагаются ниже:

Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц.

3. Учитывая содержание данной статьи, Европейский суд по правам человека проанализировал с точки зрения судебной практики действительность ограничения этого права с учетом трех следующих положений: это ограничение предусмотрено законом; его основанием являются законные обстоятельства; и его осуществление необходимо в соответствии с требованиями демократического общества<sup>1</sup>.

4. Таким образом, при сопоставлении положений Европейской конвенции по правам человека с редакцией проектов статей о высылке можно отметить, что последние обладают слишком узкой сферой применения в отношении условий, которые предусматривают ограничение права на семейную жизнь.

<sup>1</sup> *Boultif v. Switzerland*, no. 54273/00, ECHR 2001-IX, paras. 40–41: в данном деле заявитель, гражданин Алжира, являлся мужем гражданки Швейцарии. Таким образом, отказ в продлении срока действия его вида на жительство в Швейцарии ограничивал право заявителя на уважение его семейной жизни по смыслу пункта 1 статьи 8 Конвенции. Такое вмешательство является нарушением Конвенции, если оно не соответствует требованиям, предусмотренным в пункте 2 статьи 8. В этой связи необходимо определить, находится ли оно «в соответствии с законом», исходя из одной или нескольких законных целей, изложенных в данном пункте, и является ли оно «необходимым в демократическом обществе».

5. С другой стороны, необходимо учитывать, что практика Европейского суда по правам человека исключительно касалась коллизии интересов в тех случаях, когда лицо, подлежащее высылке, совершило преступление, как имело место в делах *Буханеми*<sup>2</sup>, *Бучелкиа*<sup>3</sup>, *Буджлифа*<sup>4</sup> и *Изоухди*<sup>5</sup> против Франции. В этой связи следует отметить, что Суд указал, что необходимо осуществить, в частности, анализ типа и характера серьезности преступления, совершенного заявителем, срок пребывания заявителя в стране, время, прошедшее с момента совершения преступления, а также вопроса о том, знал ли супруг о совершении преступного деяния<sup>6</sup>.

6. В этой связи необходимо осуществить критический анализ общего применения этого правила в отношении всех иностранцев. Более того, учитывая, что большинство иностранцев, подвергающихся процедуре высылки, не совершили каких-либо преступлений, важно, чтобы Комиссия уточнила в случаях простых административных нарушений миграционных норм, есть ли необходимость в том, чтобы требовать рассмотрения вопроса о семейной жизни и безопасности с точки зрения интересов государства, учитывая, что все такие лица не представляют какой-либо угрозы для общественного порядка.

7. В свете вышеупомянутых соображений предлагается переосмыслить основу рассматриваемой формулировки в соответствии с установившейся практикой судов по правам человека, как указано ниже:

«1. Высылающее государство уважает право на семейную жизнь подлежащего высылке иностранца.

2. Высылающее государство не вправе вмешиваться в осуществление права на семейную жизнь, кроме случаев, когда это предусмотрено законом и когда это является в демократическом обществе необходимой мерой для обеспечения национальной безопасности, общественной безопасности, экономического благосостояния страны, защиты правопорядка и предотвращения преступлений, защиты здоровья или морали, а также защиты прав и свобод других лиц».

<sup>2</sup> *Boughanemi v. France*, 24 April 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II.

<sup>3</sup> *Bouchelkia v. France*, 29 January 1997, *ibid.*, 1997-I.

<sup>4</sup> *Boujlifa v. France*, 21 October 1997, *ibid.*, 1997-VI.

<sup>5</sup> *Ezzouhdi v. France*, no. 47160/99, 13 February 2001.

<sup>6</sup> *Boultif v. Switzerland* (см. сноску 1 выше), para. 48.

## Соединенные Штаты Америки

1. Прежде всего, Соединенные Штаты не считают, что проект статьи 20 может быть с полным основанием включен в главу II части третьей, поскольку из названия этой главы и содержания других проектов статей в ней следует, что она посвящена стандартам обращения с подлежащими высылке иностранцами, а не основаниям для высылки. Однако в проекте статьи 20 – и по его содержанию, и согласно тому, что говорится в комментарии, – право на семейную

жизнь рассматривается и в контексте обращения с подлежащими высылке иностранцами, и в контексте оснований для высылки. Есть риск, что такая двойная цель может в концептуальном плане сделать неясной сферу охвата других проектов статей в главе II части третьей, что вызывает у Соединенных Штатов особую озабоченность в связи с проектом статьи 17, как они уже отметили в своих комментариях выше. Соответственно, было бы более целесообразно поместить проект статьи 20 после проекта статьи 15 в главе I части третьей.

2. Переходя к содержанию этого проекта статьи, Соединенные Штаты хотели бы отметить, что они, как правило, принимают во внимание родственные связи иностранца как внутри Соединенных Штатов, так и за их пределами при принятии решения о том, имеет ли он право на исключение в решении вопроса иммиграции (см. Свод законов Соединенных Штатов, раздел 8, параграфы 1158 (убежище), 1229b (отмена решения о выдворении), 1182 *h*) (отказ от применения положений о недопустимости) и 1255 (предоставление статуса законного постоянного жителя)). Кроме того, иммиграционные власти Соединенных Штатов часто принимают родственные связи во внимание при осуществлении обвинительными органами дискреционных полномочий с учетом обстоятельств каждого конкретного случая. Вместе с тем соображения единства семьи не всегда перевешивают другие обстоятельства конкретного дела. Например, Соединенные Штаты могут выдворить иностранца, совершившего тяжкое преступление на территории Соединенных Штатов, вне зависимости от его родственных связей (см., например, *Payne-Barahona v. Gonzales*, 474 F.3d 1 (1st Cir. 2007); и *Guaylupo-Moya v. Gonzales*, 423 F.3d 121 (2d Cir. 2005)).

3. Пункт 1 проекта статьи 20 сформулирован так, как если бы право на семейную жизнь в контексте высылки представляло собой некий абсолют и наиболее важный фактор. Однако в пункте 1) комментария к проекту статьи 20 отмечается, что ни в законодательстве, ни в судебной практике государств это право не рассматривается как абсолют и что, скорее, в них просто признается «необходимость принятия во внимание семейных обстоятельств как фактора возможного ограничения высылки иностранцев». Соответственно, пункт 1 проекта статьи 20 следует привести в соответствие с законодательством и судебной практикой, о которых упоминается в комментарии, для чего необходимо было бы заменить слово «уважает» на словосочетание «должным образом принимает во внимание».

4. Кроме того, пункт 2 проекта статьи 20 следует исключить, поскольку в нем в целом просто пересказывается, несколько более подробно, общий принцип, закрепленный в пункте 1 проекта статьи 20, а также вводится принцип «справедливого баланса», который, во-первых, не опирается в достаточной степени на существующее законодательство и практику и, во-вторых, не является желательным с точки зрения прогрессивного развития. Соединенные Штаты повторяют, что иммиграционное законодательство Соединенных Штатов требует надлежащего учета

родственных связей во многих обстоятельствах, но не требует, чтобы суды и другие органы, принимающие решения, искали «баланс» между такими связями и интересами государства. Если формулировка пункта 1 проекта статьи 20 будет изменена в соответствии с предложением Соединенных Штатов, то это позволит достаточно полно отразить соответствующий стандарт в этой области, в результате чего пункт 2 проекта статьи 20 станет излишним.

### ГЛАВА III

## ЗАЩИТА В ОТНОШЕНИИ ГОСУДАРСТВА НАЗНАЧЕНИЯ

### Статья 21. Отъезд в государство назначения

#### Дания (от имени стран Северной Европы)

1. Страны Северной Европы считают, что добровольное возвращение предпочтительнее принудительного выдворения и по этой причине должно поощряться и поддерживаться. В то же время важно сохранить возможность принуждения к выполнению обязательства по возвращению, если это представляется необходимым.

2. См. также комментарий в разделе «Общие замечания».

#### НИДЕРЛАНДЫ

1. Нидерланды поддерживают идею содействия добровольному отъезду. По этой причине пункт 3 статьи 21 предлагается заменить следующим текстом:

«Если нет оснований полагать, что это нанесет ущерб цели процедуры высылки, то следует отдавать предпочтение добровольному отъезду вместо принудительного возвращения и предоставлять для добровольного отъезда разумный период времени».

2. Предлагаемая поправка соответствует первой части предложения Европейского союза<sup>1</sup>. Важно оставлять открытой возможность в некоторых случаях не устанавливать крайний срок для отъезда, например тогда, когда в предыдущий период такие сроки не соблюдались.

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

#### СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ

Соединенное Королевство выражает серьезную обеспокоенность по поводу этого проекта статьи. Положения этого проекта статьи, если бы они были приняты, серьезно подорвали бы подход Соединенного Королевства к лицам, представляющим серьезную угрозу. В некоторых случаях, например когда то или иное лицо представляет угрозу национальной безопасности, Соединенное Королевство хотело бы сохранить за собой возможность осуществлять

выдворение таких лиц и налагать связанные с этим ограничения с целью не допустить их возвращения в Соединенное Королевство на законных основаниях. Эта возможность была бы исключена, если бы Соединенное Королевство должно было содействовать добровольному отъезду. Соединенное Королевство считает, что этот проект статьи не имеет под собой явных оснований в существующем международном праве, и не может поддержать предложение о прогрессивном развитии в этом направлении.

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

Пункт 1 проекта статьи 21 гласит: «Высылающее государство принимает *необходимые\** меры для содействия добровольному отъезду подлежащего высылке иностранца». Законодательство Соединенных Штатов предусматривает необходимые меры для содействия добровольному возвращению иностранцев в рамках процедур административного выдворения (см., например, Свод законов Соединенных Штатов, раздел 8, параграфы 1225 а) 4) (отзыв заявления о предоставлении разрешения на въезд) и 1229с (добровольный отъезд)). Однако формулировка «необходимые меры», как ее толкуют Соединенные Штаты, означает разумные ограничения в отношении возможности предоставления такого содействия в дискреционном порядке. Иными словами, возможны обстоятельства, в которых добровольный отъезд не является уместным и высылку необходимо осуществлять посредством принятия принудительных мер, что и признается в пункте 2 проекта статьи 21.

#### **Статья 22. Государство назначения подлежащих высылке иностранцев**

##### АВСТРИЯ

Австрия не имеет возражений в связи с текстом этого проекта статьи, однако в комментарии следует четко оговорить, что пункт 2 не устанавливает юридическое обязательство в отношении приема иностранцев. Такое обязательство может устанавливаться только в двусторонних или многосторонних соглашениях.

##### Дания (от имени стран Северной Европы)

См. комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

##### КУБА

В проекте статьи 22 указаны возможные государства назначения высылаемого иностранца, а во втором его пункте говорится, что иностранец «может быть выслан в любое государство, где он имеет право на въезд или пребывание», что излишне, поскольку это уже понятно из первого пункта, в котором упоминается «любое государство, желающее его принять по просьбе высылающего государства или в соответствующих случаях самого иностранца». Даже если государство дало иностранцу разрешение на въезд или пребывание, оно не обязано снова принимать его, если

оно сочтет, что это угрожает публичному порядку или национальной безопасности.

#### НИДЕРЛАНДЫ

Этот проект статьи посвящен правам иностранцев, возвращающихся в свои государства (либо добровольно, либо принудительно), и обязательствам высылающего государства. Однако важно также, чтобы государства, куда высылаются иностранцы, принимали их. Соответственно, Нидерланды предлагают добавить слова «и принимается обратно соответствующим государством» в пункт 1 проекта статьи 22, как это уже было предложено Европейским союзом<sup>1</sup>. Можно рассмотреть также возможность добавления отдельной статьи об обязательствах принимающих государств в отношении реадмиссии.

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

1. Соединенные Штаты считают, что в пункте 1 проекта статьи 22 правильно делается упор на государстве гражданства как основной стране назначения или, в качестве альтернативы, на другом государстве, желающем принять иностранца, в том числе по его просьбе. Однако в числе других вариантов в пункте 2 проекта статьи 22 не учитывается возможность высылки иностранца в государство, где он ранее проживал, или государство, где он родился. Такие возможности рассматриваются в комментарии к пункту 2 проекта статьи 22 и предусматриваются в законодательстве многих государств (см., например, Свод законов Соединенных Штатов, раздел 8, параграф 1231 b) 2) E)), но в самом тексте пункта 2 проекта статьи 22 о них не упоминается. Кроме того, обстоятельства могут быть таковы, что иностранец может иметь с одним государством более тесные семейные или финансовые связи, чем с другими, или же переезд в одно государство может быть сопряжен для него с более серьезными трудностями, чем переезд в другие государства, и высылающее государство должно иметь возможность по своему усмотрению учитывать эти факторы в каждом конкретном случае. Соответственно, формулировку пункта 2 проекта статьи 22 следует изменить на следующую:

«Иностранец может быть выслан также в любое государство, в котором он имеет право на въезд или пребывание либо в котором он ранее проживал или был рожден, или же, в соответствующих случаях, в государство, из которого он прибыл в высылающее государство».

2. Кроме того, в этой связи важно ограничить возможность отказа государствами-преемниками в праве возвращения иностранцам, рожденным в более не существующих государствах или на территориях, суверенитет над которыми поменялся с тех пор, как эти иностранцы покинули их. Чтобы охватить такие ситуации, в иммиграционном законодательстве Соединенных Штатов разрешается выдворение в «страну,

которой принадлежал суверенитет над местом рождения иностранца в момент его рождения» или «страну, на территории которой находится место рождения иностранца на момент принятия решения о его выдворении» (см. Свод законов Соединенных Штатов, раздел 8, параграф 1231 b) 2) E) v) и vi) соответственно). Соединенные Штаты предлагают оговорить это в проекте статьи 22 или же включить в комментарий разъяснение относительно возможностей применения этого проекта статьи в таких ситуациях.

3. В заключение Соединенные Штаты хотели бы отметить, что в комментарии к проекту статьи 22 следует оговорить, что высылающее государство сохраняет за собой право отказать иностранцу в удовлетворении его просьбы о том, чтобы быть высланным в какое-либо конкретное государство, если высылающее государство решает, что выдворение этого иностранца в соответствующее государство идет вразрез с интересами высылающего государства. Этот важный принцип закреплен в иммиграционном законодательстве Соединенных Штатов (см. Свод законов Соединенных Штатов, раздел 8, параграф 1231 b) 2) C) iv)).

**Статья 23. Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором его жизнь и свобода находились бы под угрозой**

#### АВСТРАЛИЯ

Проект статьи 23 в его нынешней формулировке распространяет действие обязательства по невозвращению (non-refoulement), закрепленного в Конвенции о статусе беженцев, на любое лицо, жизнь или свобода которого находятся под угрозой на любом запрещенном основании, даже если это лицо не является беженцем по смыслу этой конвенции, а также расширяет сферу действия обязательств по невозвращению (non-refoulement), действующих согласно положениям Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и Международного пакта о гражданских и политических правах. Австралия отмечает разъяснение Комиссии, которая отметила, что, по ее мнению, «нет никакой веской причины для того, чтобы перечень оснований дискриминации, содержащийся в проекте статьи 23, был меньше, чем в проекте статьи 15». Учитывая, что эти два проекта статей касаются очень разных ситуаций (а именно, невозвращение и дискриминация, которые являются двумя отдельными концепциями в международном праве), было бы полезно, по мнению Австралии, чтобы Комиссия дополнительно разъяснила эти вопросы.

#### Дания (от имени стран Северной Европы)

1. Страны Северной Европы поддерживают комментарий Европейского союза<sup>1</sup> к пункту 2 проекта статьи 23 и придерживаются далее мнения о том, что вопрос о сексуальной ориентации должен быть включен в пункт 1 проекта статьи 23 в соответствии с

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

предложением включить вопрос о сексуальной ориентации в проект статьи 15.

2. Далее, пункт 1 проекта статьи 23 следует привести в большее соответствие со статьей 33 Конвенции о статусе беженцев, с тем чтобы исключить случаи, когда, например, существует угроза свободе лица по причине совершенного преступления (что в Конвенции не связывается с основаниями для преследования).

#### КАНАДА

1. Согласно пункту 1 проекта статьи 23, не допускается высылка иностранца в государство, где его свобода находилась бы под угрозой. Канада не разделяет такое понимание существующей сферы охвата международного права. Государства могут высылать иностранцев в другие государства, где эти иностранцы могут быть задержаны. Государства – члены Конвенции о статусе беженцев не могут высылать иностранцев в те государства, где они будут преследоваться на основаниях, перечисленных в Конвенции. В целом государства не могут высылать иностранцев в те государства, где этим лицам лично грозит реальная и предсказуемая опасность подвергнуться пыткам или другим аналогичным серьезным нарушениям прав человека. Государства, в которых сохраняется смертная казнь, могут высылать людей в государства, где им грозит смертная казнь.

2. См. также комментарий, относящийся к проекту статьи 6.

#### НИДЕРЛАНДЫ

Нидерланды поддерживают возможность продолжения процедуры высылки, если были предоставлены дипломатические гарантии в отношении неприменения смертной казни. Нидерланды поддерживают предложенные Европейским союзом<sup>1</sup> соответствующие добавления к этому проекту статьи.

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

#### РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

1. Беженцы – это лица, нуждающиеся в особой защите международного сообщества по причине их статуса. Несмотря на эту потребность в особой защите, согласно положениям проекта статьи 23, если сравнивать их с положениями пункта 3 проекта статьи 6, иностранцам, которые не являются беженцами, защита предоставляется в большем объеме. Соответственно, в пункт 1 проекта статьи 23 следует включить оговорку, которая содержится в пункте 3 проекта статьи 6, а именно:

«за исключением случая, при котором имеются разумные основания считать, что данное лицо создает угрозу для безопасности страны, в которой оно находится, или такое лицо, осужденное по окончательному приговору суда за совершение

особо тяжкого преступления, создает угрозу для общества в такой стране».

2. См. также комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

#### Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

1. Соединенное Королевство не согласно с пунктом 1 проекта статьи 23. Этот пункт, как он сформулирован в настоящее время, в целом отражает положения пункта 1 статьи 33 Конвенции о статусе беженцев, который предусматривает защиту лиц, имеющих статус беженцев, но не распространяется на всех иностранцев, – в этом смысле рассматриваемый пункт проекта статьи представляет собой попытку развития международного права. Соединенное Королевство считает, что в этом проекте статьи следует более четко определить, насколько серьезной должна быть угроза, чтобы быть препятствием для высылки, а также предлагает провести различие между угрозой для жизни и угрозой для свободы.

2. Соединенное Королевство предлагает внести следующую поправку в пункт 1 проекта статьи 23:

«Никакой иностранец не подлежит высылке в государство, в котором его жизнь находилась бы под реальной угрозой, например на основании расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального, этнического или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства либо на любом другом основании, не допускаемом международным правом».

#### Соединенные Штаты Америки

1. Проект статьи 23 представляет собой попытку ввести норму, которая колоссальным образом расширила бы положения о невозвращении (*non-refoulement*), содержащиеся в действующих международных договорах о правах человека, и при этом пренебрегает тщательно продуманными формулировками, которые были выработаны государствами для соответствующих режимов. По этой причине этот проект статьи следует либо исключить, либо по меньшей мере существенно переработать.

2. В пункте 1) комментария к пункту 1 проекта статьи 23 отмечается, что он «соответствует содержанию статьи 33 Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 года, закрепляющей запрет принудительного возвращения». Однако пункт 1 статьи 23 сильно отличается от текста статьи 33 Конвенции о статусе беженцев, а также от устоявшейся практики, широко применяемой государствами в последние 60 лет в вопросах, регулируемых статьей 33.

3. Согласно пункту 1 статьи 33 Конвенции, высылка беженцев запрещается, если «их жизни или свободе угрожает опасность вследствие их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений».

В отличие от Конвенции, пункт 1 проекта статьи 23 распространяет сферу действия запрета на высылку на случаи, когда существует угроза жизни или свободе на любом основании, в том числе на основании таких дополнительных категорий, как цвет кожи, пол, язык, неполитические убеждения, этническое или социальное происхождение, имущественное положение, рождение или иное обстоятельство, либо на любом другом основании, не допустимом согласно международному праву. Более того, категория «принадлежности к какой-либо особой социальной группе» не была прямо включена; вместо нее употребляется формулировка «социальное происхождение», которая, очевидно, не имеет того же значения.

4. В комментарии под такие изменения не проводится никакой базы, которая опиралась бы на национальные законы, национальную судебную практику, международную судебную практику или право международных договоров. В действительности большинство национальных законов о высылке, депортации или выдворении содержат положения, касающиеся пяти указанных групп лиц, опасных преследования или ранее подвергнувшихся преследованию именно из-за их расы, религии, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений (см., например, Свод законов Соединенных Штатов, раздел 8, параграфы 1101 *a*) 42) А), 1158 *b*) 1) А) и 1231 *b*) 3) А)). В качестве единственного объяснения в комментарии отмечается, что такие категории фигурируют в пункте 1 статьи 2 Международного пакта о гражданских и политических правах, и при этом предполагается, что положения пункта 1 статьи 2 Пакта применимы к обязательству государства по его статье 13, касающейся высылки. Однако эти принципы недискриминации, касающиеся обращения с иностранцами на территории того или иного государства и процесса, используемого в отношении иностранцев во время процедуры высылки, не имеют никакого отношения к вопросу о том, исключают ли обязательства по невозвращению (*non-refoulement*) возможность высылки.

5. Кроме того, существенным отходом от устоявшейся и широко применяемой государствами практики является также избирательное включение содержащихся в Конвенции о статусе беженцев положений, касающихся невозвращения (*non-refoulement*). Формулировка пункта 1 проекта статьи 23 не «соответствует» содержанию статьи 33 Конвенции, поскольку он не включает следующий существенный элемент пункта 2 статьи 33:

Это постановление, однако, не может применяться к беженцам, рассматриваемым в силу уважительных причин как угроза безопасности страны, в которой они находятся, или осужденным в соответствии с приговором в совершении особенно тяжкого преступления и представляющим общественную угрозу для страны.

6. Помимо этого, этот проект статьи не принимает во внимание основания для высылки, перечисленные в статье 1 F) Конвенции. В комментарии никак не разъясняется такой отказ от этих положений, в полной мере применяемых государствами в последние 60 лет в их практике в сфере беженского права.

7. Соединенные Штаты рекомендуют либо исключить пункт 1 проекта статьи 23, либо внести в него изменения, опираясь на формулировку статьи 33 Конвенции о статусе беженцев.

8. Соединенные Штаты также не согласны с пунктом 2 проекта статьи 23, в котором делается попытка закрепить еще одно существенное обязательство по невозвращению (*non-refoulement*), не существующее в настоящее время в международном праве. В комментарии не приводится достаточного обоснования того, что главный принцип, положенный в основу этого пункта, опирается на существующую судебную практику или практику государств, и лишь делается ссылка на одно-единственное решение Комитета по правам человека по одному индивидуальному сообщению. Это дает веские основания поставить под вопрос позицию Комитета, согласно которой государства, отменившие в добровольном порядке смертную казнь, даже не будучи обязанными сделать это по международному праву, должны теперь взять на себя международно-правовое обязательство не высылать иностранца в государство, на законных основаниях приговорившее этого иностранца к смертной казни. Кроме того, в комментарии признается, что пункт 2 проекта статьи 23 идет еще дальше этого ограниченного прецедента, поскольку согласно ему: а) этот принцип распространяется на государства, пока формально не отменившие смертную казнь; и б) обязательство по невозвращению (*non-refoulement*) распространяется на случаи, когда соответствующее лицо еще не было приговорено к смертной казни. Такое расширение сферы действия этого принципа и этого обязательства делает пункт 2 проекта статьи 23 еще менее обоснованным и с правовой, и с принципиальной точек зрения.

9. Хотя это положение не ограничило бы право, прерогативу или полномочия Соединенных Штатов в области высылки иностранцев, они всерьез обеспокоены возможными отрицательными последствиями такого предлагаемого ограничения для международного сотрудничества в правоохранительной области и в сфере уголовного правосудия.

**Статья 24. Обязательство не высылать иностранца в государство, в котором он может быть подвергнут пыткам и жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания**

#### АВСТРИЯ

Формулировка этого положения отличается от содержания проекта статьи 6, поскольку, в отличие от проекта статьи 6, требует «веских оснований считать», что такая угроза существует. Австрия хотела бы знать, обосновано ли как-то это различие.

#### КАНАДА

1. Канада согласна с предусмотренным в проекте статьи 24 обязательством не высылать иностранца в государство, где ему грозит реальная опасность подвергнуться пыткам, поскольку такое же обязательство

закреплено также в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Вместе с тем Канада не согласна с тем, что проект статьи 24 расширяет сферу охвата этого обязательства, в частности за счет его распространения на «унижающие достоинство» виды обращения. Эта формулировка представляет собой чрезмерно широкое толкование обязательства по невозвращению (*non-refoulement*), вытекающего из статьи 7 Международного пакта о гражданских и политических правах. Она не отражает верным образом сути невозвращения (*non-refoulement*), которое представляет собой обязательство не высылать то или иное лицо обратно туда, где оно может подвергнуться таким серьезным нарушениям прав человека, как пытки.

2. См. также комментарий, относящийся к проекту статьи 6.

#### КУБА

Куба считает, что в проект статьи 24 необходимо включить обязанность доказать наличие «реальной опасности», так как предусмотренное проектом статьи условие наличия «веских оснований считать» весьма недостаточно и может интерпретироваться субъективно.

#### РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

См. комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

1. Соединенные Штаты не возражают против той части проекта статьи 24, которая касается пыток, в той мере, в какой она соответствует обязательству по невозвращению (*non-refoulement*), закрепленному в статье 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, которая предусматривает обязательство государств-участников не высылать лицо «другому государству, если существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток». В понимании Соединенных Штатов, эта формулировка означает, что речь идет о ситуациях, когда можно «с большей степенью вероятности» полагать, что лицо будет подвергнуто пыткам.

2. Однако в проекте статьи 24 делается попытка распространить сферу действия обязательства по невозвращению (*non-refoulement*), закрепленного в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, на случаи, когда иностранцы рискуют подвергнуться «жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания». В качестве главного аргумента в пользу такого расширения сферы охвата делается ссылка на судебную практику Европейского суда по правам человека и рекомендацию Комитета по ликвидации расовой дискриминации. Эти примеры и несколько изолированных случаев в практике государств не

являются достаточным основанием для того, чтобы выдавать этот проект статьи за кодификацию существующих правовых норм; он, очевидно, представляет собой шаг в направлении прогрессивного развития.

3. Важный существенный вопрос, который не затрагивается в комментарии, заключается в том, почему это новое обязательство по невозвращению (*non-refoulement*) не предусматривает никаких исключений и ограничений. Действующее обязательство по невозвращению (*non-refoulement*), закрепленное в статье 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, не предусматривает таких исключений в силу абсолютного запрета на пытки. Однако жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания не равносильны пыткам и не приравниваются к ним в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. При этом ни в проекте статьи, ни в комментарии к ней не затрагивается вопрос о том, должно ли обязательство по невозвращению (*non-refoulement*) иностранцев, которые могут подвергнуться жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство видам обращения и наказания, допускать исключения, например по соображениям национальной безопасности или в случае совершения преступлений, тогда как обязательство по невозвращению (*non-refoulement*), закрепленное в Конвенции о статусе беженцев, предусматривает такие исключения. Как отмечается в меморандуме Секретариата<sup>1</sup>, в национальных законах, принятых некоторыми государствами для защиты иностранцев от высылки в государства, где им грозило бы ненадлежащее обращение, часто предусматриваются исключения, например если иностранец совершил определенные виды преступлений, создает угрозу интересам, публичному порядку или национальной безопасности высылающего государства или нарушил нормы международного права.

4. Установление безоговорочного обязательства по невозвращению (*non-refoulement*) иностранцев, которые могут подвергнуться жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство видам обращения и наказания, подняло бы новые вопросы, пока не рассмотренные в полной мере в комментарии. Например, неопределенность в отношении того, что представляют собой жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания, создала бы сложности для эффективного выполнения государствами этого обязательства по невозвращению (*non-refoulement*). Безоговорочное обязательство по невозвращению (*non-refoulement*) иностранцев, которые могут подвергнуться жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство видам обращения и наказания, может применяться как аргумент против высылки любого иностранца в ту или иную страну из-за общих условий в этой стране, например из-за

плохих условий содержания в тюрьмах. Кроме того, в отличие от пытки, как она определяется в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания не подразумевают непременно, что соответствующие действия совершаются государством. Соответственно, для выполнения этого обязательства государствам необходимо было бы рассматривать вероятность того, что вообще кто-либо – независимо от их связи с государством – в стране, куда они намереваются выслать иностранца действия, которые могут расцениваться как жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания.

5. Соединенные Штаты считают, что государства должны были бы досконально и всесторонне рассмотреть такое новое обязательство по невозвращению (*non-refoulement*) иностранцев, которые могут подвергнуться жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство видам обращения и наказания, прежде чем его можно было бы закрепить в качестве общепринятой нормы международного права. Соответственно, Соединенные Штаты рекомендуют исключить это положение или же изменить его формулировку таким образом, чтобы она точно отражала положения статьи 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

#### ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ

### ОСОБЫЕ ПРОЦЕДУРНЫЕ ПРАВИЛА

#### *Статья 26. Процедурные права иностранцев, подлежащих высылке*

##### АВСТРАЛИЯ

Проект статьи 26 распространяет ряд процедурных прав на иностранцев, которые незаконно находятся на территории государства-участника в течение срока, превышающего шесть месяцев. Некоторые из этих процедурных прав не имеют достаточного основания в международном праве и значительно расширяют сферу действия обязательства, закрепленного в статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах, что возложило бы тяжелое бремя на принимающие государства, прежде всего из числа развивающихся и наименее развитых стран. В этой связи подход, взятый на вооружение в проектах статей, расходится с принятым в международном праве различием между лицами, находящимися на территории государства на законных основаниях, и теми, кто находится там незаконно.

##### АВСТРИЯ

1. Что касается пункта 1 f), то обеспечение бесплатных услуг переводчика имело бы далеко идущие бюджетные последствия. Этот пункт следует исключить. Пункт 3, касающийся оказания консульской помощи подлежащим высылке иностранцам и отражающий

<sup>1</sup> A/CN.4/565 (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 574.

положения статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях, следует читать с учетом толкования указанной статьи Международным Судом. К сожалению, это важное разъяснение Суда о том, что согласно пункту 1 b) статьи 36 Конвенции задерживающее государство обязано по просьбе задержанного лица информировать компетентное консульское учреждение и информировать задержанное лицо о его правах в этом отношении, упомянуто лишь в пункте 10) комментария, а в самом проекте статьи оно не нашло отражения.

2. Что касается пункта 4, то предлагаемый срок в шесть месяцев слишком короток для рассмотрения некоторых сложных дел и должен быть увеличен.

#### Бельгия

Мы просим включить в комментарий следующие уточнения: «Под правом быть заслушанным непременно понимается способность представить свои аргументы в письменной или устной форме до или после принятия решения».

#### Дания (от имени стран Северной Европы)

1. Страны Северной Европы также разделяют мнение, выраженное Европейским союзом<sup>1</sup>, о том, что право на получение юридического уведомления о решении о высылке должно предполагать право на получение решения в письменной форме и право на получение информации об имеющихся средствах правовой защиты.

2. Что касается ограничения, предусмотренного в пункте 4, которое позволяет государствам исключать из сферы применения процедурных прав иностранцев, которые незаконно находились на их территории в течение менее шести месяцев, то Страны Северной Европы придерживаются мнения о том, что такое ограничение создает опасность подрыва минимальных стандартов, предусмотренных в проектах статей. По этой причине они поддерживают формулировку, предложенную Европейским союзом.

3. Далее, страны Северной Европы желают разъяснить, что право быть представленным перед компетентным органом не должно накладывать на государства обязательства предоставлять всем подлежащим высылке иностранцам бесплатную юридическую помощь.

4. См. также комментарий к проекту статьи 6 выше.

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

#### КАНАДА

Канада отметила содержащееся в пункте 4 проекта статьи 26 предложение о том, чтобы некоторые процедурные права распространялись только на

иностранцев, находящихся незаконно на территории государства в течение срока, не превышающего шести месяцев. Насколько известно Канаде, такое ограничение по времени не имеет под собой никакой основы в международном праве.

#### НИДЕРЛАНДЫ

1. В Нидерландах иностранцы в принципе имеют право быть заслушанными в компетентных органах. Однако исключение из этого права также является возможным, если нет разумных оснований полагать, что возражения против решения о высылке, высказанные иностранцем, являются явно необоснованными. По мнению Нидерландов, включение аналогичного изъятия в пункт 1 c) проекта статьи 26 имеет важное значение, с тем чтобы не допустить злоупотребления этим правом.

2. Нидерланды предлагают добавить следующую формулировку в конце пункта 1 d):

«, включая возможность просить о применении предварительной меры в форме предписания, не допускающего высылку иностранца до окончания судебного разбирательства».

3. Такое добавление заменит проект статьи 27 (см. более подробную информацию в комментарии Нидерландов по проекту статьи 27).

#### РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

См. комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

#### РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ

См. комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

#### САЛЬВАДОР

1. Проект статьи 26 играет важную роль в проектах статей, потому что процедурные гарантии представляют собой суть любого уголовного или административного разбирательства, касающегося высылки, независимо от миграционного статуса человека.

2. Это объясняется тем, что в своей совокупности гарантии признаются как уникальные нормативные средства для обеспечения эффективной реализации субъективных прав и в более общем плане аксиологических принципов, предусмотренных в нормах. В этой связи гарантии не связаны с чистым правовым или формальным порядком, а, скорее, связаны с такими основополагающими правами, как право на жизнь, свободу, неприкосновенность, равенство и т. д., которые представляют собой ценности, лежащие в основе существования и обоснования государства, и осуществление которых всеми людьми представляет собой основополагающий фундамент демократии.



3. Что касается содержания проекта статьи 26, то Сальвадор с озабоченностью отмечает, что, несмотря на признание важного свода гарантий, которыми может пользоваться иностранец, подлежащий высылке, в пункте 4 содержится ссылка на применение любого законодательства, «касающегося высылки иностранцев, которые незаконно находились на его территории в течение срока, не превышающего шести месяцев».

4. Это положение, как представляется, идет вразрез с нормами международного права в области прав человека, поскольку это сводит на нет перечень гарантий, предусмотренных в данном проекте статьи, и позволяет исключить из сферы его применения иностранцев, незаконно находящихся в стране, которые после въезда на территорию государства находились на его территории менее шести месяцев.

5. Что касается Сальвадора, то замечания Комиссии по данному пункту, приведенные в пункте 11) ее комментария, также открыты для критики, поскольку в них содержится утверждение о том, что, «хотя некоторые члены полагали, что существует “жесткое ядро” процедурных прав, которые должны признаваться без исключений за всеми иностранцами, Комиссия предпочла придерживаться реалистического подхода». Такое утверждение является недопустимым в силу того, что деятельность Комиссии должна быть направлена на кодификацию и прогрессивное развитие международного права<sup>1</sup>, а не оправдывать и легитимизировать «реалистический подход», который противоречит нормам международного права в области прав человека.

6. Фактически также было бы ошибочным, чтобы Комиссия рассматривала в качестве одного из элементов «прогрессивного развития»<sup>2</sup> признание процедурных прав иностранцев, незаконно находящихся на территории страны, ибо такие права уже признаются за всеми людьми независимо от их гражданства во всех международных документах по правам человека.

7. Поэтому Сальвадор считает, что было бы целесообразно четко определить процедурные гарантии для всех иностранцев, незаконно находящихся в стране, с точки зрения простой функции кодификации во всех случаях, когда в проекты статей будут включены процедурные гарантии, уже признанные в международных и региональных документах в области прав человека и в практике международных судов, которые не проводят никакого различия между ними.

8. В этой связи важно, чтобы такие гарантии не рассматривались как привилегии, предоставляемые государством, ибо они проистекают непосредственно из человеческого достоинства и не должны предоставляться с точки зрения дискриминационных критериев в силу того, что право на равенство – иначе говоря, равенство перед законом – представляет собой основополагающий общий принцип для всех государств, который не подлежит приостановлению, отмене или ограничению ни при каких обстоятельствах.

9. С другой стороны, установление срока в шесть месяцев как отправного пункта для предоставления определенных процедурных гарантий не только представляется незаконным по вышеприведенным причинам, но также и было бы трудно подтвердить в каждом конкретном случае. Более того, иностранцы с неурегулированным статусом могут подвергаться в течение первых шести месяцев высылке, обоснованной применением дискреционного решения государством в условиях полного отсутствия защиты отдельного лица и в условиях невыполнения минимальных требований правового государства.

10. Кроме того, устанавливать срок в шесть месяцев также было бы нарушением проекта статьи 19, в котором запрещается содержание под стражей в течение исключительно долгого срока. Фактически в тех случаях, когда начинается процедура задержания иностранца, шестимесячный срок содержания под стражей без гарантий представляется чрезмерным и, очевидно, имеет дискриминационный характер, прежде всего учитывая сроки более короткого задержания, применяемые к гражданам, которые совершили преступления.

11. Что касается Сальвадора, то, например, статья 14 Конституции<sup>3</sup> предусматривает:

Только судебные органы имеют право назначения наказаний. Тем не менее административные органы могут назначить наказание путем вынесения решения или приговора до осуществления надлежащего судебного разбирательства в случае нарушения законов, правил или распоряжений в форме ареста на период до пяти дней или в форме штрафа, который может быть заменен общественно полезными работами.

12. Так, например, Конституция Сальвадора только предусматривает пятидневный срок содержания под стражей, который применяется в случаях высылки<sup>4</sup>, несоблюдение которого в любой момент может привести к тому, что иностранец получит право

<sup>3</sup> Decree No. 38, *Diario Oficial*, vol. 281, No. 234, 16 December 1983, pp. 1–26.

<sup>4</sup> Конституционная палата Верховного суда в своем решении указала, что «необходимо четко уточнить, что административные власти могут применить соответствующие правовые процедуры для ареста иностранца, который незаконно въехал в страну; кроме того, они могут его выслать на этом основании, однако ни в коем случае нельзя предполагать, что осуществление процедуры высылки дает право на арест нарушителя на срок более пяти дней в целях завершения этой процедуры, поскольку в этом случае будет нарушена Конституция – статья 14» (*Habeas Corpus Process*, No. 19-2008, 14 May 2009).

<sup>1</sup> Положение о Комиссии международного права, статья 1, пункт 1: «Комиссия международного права имеет своей целью содействие прогрессивному развитию международного права и его кодификации».

<sup>2</sup> Там же, статья 15: «В последующих статьях выражение “прогрессивное развитие международного права” для удобства употребляется в смысле подготовки проектов конвенции по тем вопросам, которые еще не регулируются международным правом или по которым право еще не достаточно развито в практике государств».

использовать средства и процедуры защиты<sup>5</sup>, необходимые для гарантирования его прав. В этой связи, если сопоставить упомянутые внутригосударственные нормы, то проект статей позволяет осуществлять задержание более чем на 170 дней в отношении лиц, которые незаконно въехали на территорию, не обеспечивая им возможности предоставления гарантий, что будет иметь чрезвычайно крупные и непропорциональные последствия.

13. В заключение Сальвадор считает, что было бы ошибочно включать оговорку в отношении областей, которые не регулируются на международном уровне. Иначе говоря, если не существует общей нормы для международного сообщества в связи с установлением срока в шесть месяцев, на который содержится ссылка в оговорке, то возникает риск применения абсолютной дискреционности со стороны каждого государства в этой области.

14. Принимая во внимание вышеприведенные сообщения, Сальвадор вновь заявляет, что стандарт процедурных гарантий, который необходимо включить в проект статей относительно высылки иностранцев, должен иметь международно признанный характер<sup>6</sup>, за исключением практики некоторых государств, в которых процедуры высылки или отсутствие процедур высылки предполагают неоднократное невыполнение их обязательств в области прав человека. В этой связи рекомендуется исключить пункт 4 из проекта статьи 26 и изменить вводную часть пункта 1 следующим образом:

«1. Подлежащий высылке иностранец обладает следующими процедурными правами: [...]».

<sup>5</sup> Что касается конституционных процедур, то пункт 2 статьи 11 Конституции предусматривает: «Человек имеет право на habeas corpus, когда какое-либо лицо или органы власти незаконно или произвольно ограничивают его свободу. Также следует применять habeas corpus в тех случаях, когда какой-либо орган власти осуществляет посягательство на достоинство или физическую, психическую или моральную неприкосновенность задержанных лиц». Статья 247 гласит: «Любой человек может обратиться за защитой в Конституционную палату Верховного суда в случае нарушения прав, которые предоставляются настоящей Конституцией».

<sup>6</sup> Так, Всеобщая декларация прав человека предусматривает в статье 10: «Каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право, на основе полного равенства, на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимо и беспристрастным судом»; а ее статья 8 гласит: «Каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случае нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом». Эти положения следует интерпретировать также в свете статьи 2 Декларации, в соответствии с которой: «Каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашенными настоящей Декларацией, без какого бы то ни было различия, как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения». В свою очередь, Международный пакт о гражданских и политических правах предусматривает в статье 3: «Участвующие в настоящем Пакте Государства обязуются обеспечить равное для мужчин и женщин право пользования всеми гражданскими и политическими правами, предусмотренными в настоящем Пакте».

## Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

1. Соединенное Королевство будет готово поддержать данный проект статьи при условии внесения поправки в пункт 1 e).

2. Соединенное Королевство не готово поддержать поправку, предложенную Европейским союзом к пункту 1 a) проекта статьи 26<sup>1</sup> с просьбой о предоставлении в письменном виде информации относительно имеющихся правовых средств защиты в каждом случае, когда направляется письменное уведомление о решении о высылке. Нынешние обязательства Соединенного Королевства (в том виде, в каком они изложены в Правилах (уведомлениях) по вопросам иммиграции 2003 года) только требуют, чтобы информация предоставлялась относительно имеющихся средств защиты, предусматривающих право на апелляцию. Когда имеющимся эффективным средством защиты является пересмотр дела в суде, то соответствующие органы не должны предоставлять такую информацию. Соединенное Королевство считает, что данная мера является пропорциональным и надлежащим подходом.

3. Соединенное Королевство не может согласиться с пунктом 1 e) проекта статьи 26 в том виде, в каком он сформулирован. Хотя Соединенное Королевство не имеет возражений против того, чтобы лицу предоставлялось право быть представленным во всех случаях, когда его дело рассматривается компетентным органом, проект этого положения является недостаточно четким и может привести к установлению обязательства государства обеспечивать представительство этому лицу в каждом случае, когда дело рассматривается компетентным органом.

4. Пункт 1 e) проекта статьи 26 предусматривает, что лицо имеет «право быть представленным» в компетентном органе. Пункт б) комментария к этому проекту статьи гласит, что это основывается на статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах, согласно которой иностранец, подлежащий высылке, имеет право быть представленным в компетентном органе. Однако формулировка статьи 13 Пакта сама по себе не излагает конкретно условия для предоставления права на представительство. Она гласит, что иностранец имеет право на представление доводов против его высылки, право на пересмотр его дела и на представительство в компетентном органе. Очевидно, что статья 13 Пакта предусматривает, что государство обязано предоставить лицу право на представительство. Ссылка на «право» в пункте 1 e) проекта статьи 26 создает опасность того, что это положение будет толковаться как накладывающее позитивное обязательство, касающееся обеспечения представительства. Эта опасность усугубляется различием в формулировках статьи 13 Пакта и пункта 1 e) проекта статьи 26, поскольку в них используются разные слова, особенно в том месте, где

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

комментарий гласит, что одна статья основывается на другой, и это явно предполагает иной результат, чем тот который имеется в виду.

5. Представительство не является необходимым во всех случаях. Необходимость представительства зависит от целого ряда факторов, включая компетентность соответствующего лица в плане осуществления его личного представительства, сложность и характер вопросов, подлежащих решению в компетентном органе, и тип судебного разбирательства, в котором участвует это лицо. Например, система апелляционного обжалования, предусмотренная в части 5 Закона о гражданстве, иммиграции и убежище 2002 года, была разработана таким образом, чтобы предоставить доступ к этому эффективному средству защиты без юридического представительства. Поэтому было бы неправильно предусматривать всеобъемлющее требование относительно представительства для всех лиц, предстающих перед компетентным органом. Обеспечение такого представительства должно определяться на национальном уровне и в подробном законодательстве, которое может предусмотреть различные факторы, которые будут определять необходимость представительства.

6. Соединенное Королевство могло бы согласиться с пунктом 1 e) проекта статьи 26, если бы в него была внесена поправка, с тем чтобы четко разъяснить, что лицу необходимо предоставить разрешение на представительство в компетентном органе во всех случаях, однако указав, что права на такое представительство не существует.

7. Действующие нормы в отношении права на обжалование решений по иммиграционным вопросам содержатся в Законе о гражданстве, иммиграции и убежище 2002 года. Раздел 82 Закона излагает решения по вопросам иммиграции, которые могут оспариваться с помощью предусмотренной законом апелляции. Эти решения включают решения, касающиеся приказа о депортации, и решения о высылке из Соединенного Королевства. Не существует права на апелляцию в отношении решения о выдворении лица из Соединенного Королевства на том основании, что присутствие этого лица в стране не отвечает интересам общества. В законодательстве Соединенного Королевства не используется термин «высылка». В тех случаях, когда нет права на апелляцию, лицо имеет доступ к эффективным средствам защиты с помощью пересмотра судебного решения.

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

1. Хотя Соединенные Штаты рассматривают процедурные права, перечисленные в проекте статьи 26, как в целом приемлемые, у них есть несколько опасений в отношении нынешней формулировки. Во-первых, в ней не признаются ограничения в отношении этих процедурных прав; см., например, статью 13 Международного пакта о гражданских и политических правах:

Иностранец, законно находящийся на территории какого-либо из участвующих в настоящем Пакте государств... *если*

*императивные соображения государственной безопасности не требуют иного\**, имеет право на представление доводов против своей высылки, на пересмотр своего дела компетентной властью... и на то, чтобы быть представленным для этой цели перед этой властью...

2. Во-вторых, пункт 1 d) проекта статьи 26 использует расплывчатую и непонятную терминологию, особенно если сопоставить ее с формулировкой пункта 1 b). В этой связи Соединенные Штаты рекомендуют изменить формулировку пункта 1 d) на следующую: «право на надлежащий и эффективный пересмотр решения».

3. В-третьих, в комментарии к пункту 1 e) проекта статьи 26 необходимо уточнить, что государство не обязано обеспечивать такое представительство иностранцу за счет государства.

4. В-четвертых, необходимо изменить формулировку пункта 3 проекта статьи 26, с тем чтобы отразить в нем, что этот принцип является обязательством государств, а не правом отдельных лиц в соответствии с Венской конвенцией о консульских сношениях. Например, его можно было бы изменить следующим образом: «Высылающее государство должно предоставить иностранцу, подлежащему высылке, право обращаться за консульской помощью».

5. Наконец, хотя упоминание о шестимесячном ограничении, содержащееся в пункте 4 проекта статьи 26, не вступает в коллизию с законами Соединенных Штатов Америки, этот период времени, как представляется, имеет произвольный характер с точки зрения действующих норм международного права. Эта норма также, вероятно, будет трудной в плане осуществления на практике; не всегда возможно определить, насколько незаконно иностранец находится на территории государства. Соединенные Штаты Америки рекомендуют использовать более общие формулировки, например «незаконно находящиеся на ее территории в течение короткого срока», и затем разъяснить в комментарии, что практика государств предполагает, что «короткий срок» в целом означает срок в шесть месяцев или меньше.

#### **Статья 27. Приостанавливающее действие обжалования решения о высылке**

##### АВСТРИЯ

Проект статьи 27 не может быть принят в его нынешней формулировке. В нем следует предусмотреть исключение из приостанавливающего действия обжалования, например если общественный порядок и безопасность находятся под угрозой.

##### ГЕРМАНИЯ

Согласно комментарию Комиссии, проект статьи 27 представляет собой попытку прогрессивного развития. Германия хотела бы вновь заявить, что, хотя она в целом поддерживает концепцию приостанавливающего действия обжалования решений о высылке, она не видит необходимости в дальнейшем развитии действующих в этой области правовых норм. Основания

для признания приостанавливающего действия надлежащим образом изложены в комментарии к этому проекту статьи: в отсутствие приостановления исполнения решения о высылке обжалование не будет действительным. Внутреннее законодательство Германии, подробная информация о котором была представлена Комиссии, по этой самой причине предусматривает, что целый ряд процедур обжалования административных решений приостанавливают исполнение этих решений. Однако формулировка проекта статьи 27 такова, что она не оставляет места для исключений, а это необходимо для того, чтобы предупредить использование процедуры обжалования для блокирования вполне обоснованных решений о высылке. Соответственно, как Германия уже отметила выше, она в целом поддерживает концепцию приостанавливающего действия, но предлагает внести поправки в проект статьи 27, чтобы предусмотреть в нем некоторые исключения. Разумеется, любое исключение не должно нарушать право любого лица на эффективные средства правовой защиты.

#### Дания (от имени стран Северной Европы)

Страны Северной Европы поддерживают комментарии, сделанные Европейским союзом<sup>1</sup> по этому проекту статьи.

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

#### КАНАДА

Канада не может согласиться с проектом статьи 27, поскольку в соответствии с законодательством Канады апелляция не ведет в обязательном плане к приостановлению решения о высылке. Канада хотела бы предложить следующее: «Подача апелляции иностранцем, подлежащим высылке, который законно находится на территории высылающего государства, может *приостанавливать исполнение решения о высылке в случаях, предусмотренных законом\**».

#### НИДЕРЛАНДЫ

Нидерланды самым решительным образом настаивают на исключении всего проекта статьи 27 целиком. Этот проект статьи сделал бы практически невозможным выдворение иностранцев с территории любого государства. Нидерланды хотели бы также сослаться на комментарии Европейского союза<sup>1</sup> к этому проекту статьи. Признание приостанавливающего действия обжалования решения о высылке может открыть возможности для манипулирования процедурами обжалования в ущерб их истинной цели. В целях недопущения выдворения, идущего вразрез с национальными законами или нормами международного права, Нидерланды предлагают внести предложенную выше поправку в пункт 1 d) проекта статьи 26.

<sup>1</sup> Письменные комментарии, содержащиеся в mimeографированном документе (хранится в Отделе кодификации Управления по правовым вопросам).

#### РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

Этот проект статьи лучше исключить. В соответствии с Законом Республики Корея о судебном порядке обжалования решений административных органов, исполнение решения о высылке может быть приостановлено только по решению суда. Просто обжалование со стороны подлежащего высылке иностранца не должно иметь результатом приостановку исполнения решения правительства, поскольку это ненадлежащим образом ущемляло бы суверенитет государства.

#### САЛЬВАДОР

1. Проект статьи 27 предусматривает приостанавливающее действие решения о высылке только в том случае, когда это решение принимается в отношении иностранца, находящегося в стране на законных основаниях, что затрагивает право на равенство перед законом и может создать противоречивые последствия в практической деятельности.

2. Сальвадор считает, что, хотя приостанавливающее действие решения о высылке не образует общего правила, оно не должно определяться в зависимости от миграционного статуса иностранца, а должно зависеть от необходимости обеспечения права, принимая во внимание, что такому праву может быть причинен непоправимый ущерб в результате исполнения решения о высылке.

3. Это предложение относительно высылки не является новым, а, скорее, является правилом, которое регулирует обеспечительные меры в ходе осуществления процедурных прав в целом. Таким образом, приостановление решения о высылке представляет собой не что иное, как механизм, действующий *ab initio* или в ходе судебного разбирательства, и имеет своей целью гарантировать эффективное осуществление на практике окончательного решения, которое будет принято.

4. В определенных делах, касающихся высылки, принимая во внимание большое воздействие такого решения на иностранца, возможно, что потребуются применение обеспечительных мер в большом числе дел не только для того, чтобы избежать высылки на территорию другого государства, но также и для того, чтобы избежать последствий, которые данное решение может оказать на условия жизни заявителя и на осуществление других основных прав, как, например, право на защиту семьи, право на здоровье, право на образование, право на работу, право на частную собственность и т. д.

5. Учитывая вышесказанное, было бы целесообразно осуществлять анализ реальных последствий в каждом конкретном деле и сохранять статус-кво иностранца в течение применения юридических средств защиты, когда решение о высылке может иметь тяжелые последствия, а также необратимый характер, в том числе в случае принятия решения в его пользу.

6. Например, исполнение решения о высылке в отношении иностранца, который находился на территории государства в течение нескольких лет, – будь то с урегулированным или неурегулированным миграционным статусом – приведет к оказанию воздействия на все аспекты его жизни, что могло бы послужить основанием для приостановления высылки по крайней мере на период разбирательства и принятия решения. Кроме того, наряду с процессами, касающимися статуса беженца, лица, ищущего убежище, или лица без гражданства, необходимо уделять внимание большому числу дел, в ходе которых решение о высылке может необратимым образом повлиять на будущие условия жизни этого лица или на его личную безопасность.

7. С другой стороны, с точки зрения международного контекста наблюдается определенный прогресс в деле применения приостанавливающего действия обжалования решения о высылке в период рассмотрения апелляции лиц с неурегулированным миграционным статусом, что непосредственно отражено в пунктах 2 и 4 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, которая предусматривает:

2. Трудящиеся-мигранты и члены их семей могут быть высланы с территории Государства-участника лишь во исполнение решения, принятого компетентным органом в соответствии с законом.

4. За исключением случаев, когда окончательное решение выносится судебным органом, заинтересованные лица имеют право на представление доводов против своей высылки и на пересмотр своего дела компетентным органом, если иного не требуют высшие интересы государственной безопасности. До такого пересмотра заинтересованные лица имеют право ходатайствовать о приостановлении решения о высылке.

8. В свете вышесказанного рекомендуется следующая редакция:

«Обжалование со стороны подлежащего высылке иностранца, который законно находится на территории высылающего государства, приостанавливает исполнение решения о высылке, если его исполнение может причинить непоправимый ущерб или ущерб, который будет трудно исправить окончательным решением».

#### Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

1. Соединенное Королевство не может согласиться с этим проектом статьи. Он представляет собой попытку нежелательного и непропорционального развития международного права.

2. Проект закона об иммиграции, находящийся в настоящее время на рассмотрении Парламента Соединенного Королевства, предусматривает возможность не имеющего приостанавливающего действия обжалования решения о высылке иностранными гражданами, совершившими преступления, в том случае, если такое обжалование после того, как соответствующее лицо покинуло территорию Соединенного Королевства, не наносит серьезного непоправимого

ущерба. Такой подход соответствует международному праву и практике Европейского суда по правам человека. Это признается Комиссией в ее анализе дела *Чонка против Бельгии*<sup>1</sup> в пункте 4) комментария к этому проекту статьи. Он соответствует также заключению Европейского суда по правам человека по делу *Де Соза Рибейру против Франции*<sup>2</sup>.

3. Соединенное Королевство считает, что международное право и практика Европейского суда по правам человека требуют, чтобы обжалование имело приостанавливающее действие только в такой степени. Распространение требования о приостанавливающем действии на все обжалования решений о высылке было бы непропорциональным. Если требование об отбытии лица до завершения процедуры обжалования может нанести серьезный непоправимый ущерб, то право на обжалование с приостанавливающим действием является пропорциональным, поскольку позволяет предотвратить такой ущерб. Однако, если опасности серьезного непоправимого ущерба, в случае если обжалование не имеет приостанавливающего действия, не существует – поскольку либо соответствующие вопросы по своей природе таковы, что не предполагают опасности возникновения серьезного непоправимого ущерба, либо сама жалоба необоснованна, – требование о том, чтобы обжалование в каждом случае приостанавливало исполнение решения, является непропорциональным и нецелесообразным.

4. Соединенное Королевство отмечает, что, по мнению Комиссии, 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. Соединенное Королевство согласно с этим утверждением и, учитывая его, а также принимая во внимание изложенную в предыдущем абзаце позицию Соединенного Королевства относительно пропорциональности и целесообразности развития права в предлагаемом Комиссией направлении, считает, что такое его развитие не представляется обоснованным. Соединенное Королевство приветствует сделанный Комиссией вывод о том, что обжалование со стороны лиц, находящихся на территории соответствующего государства незаконно, не должно непременно иметь приостанавливающее действие.

5. Этот проект статьи идет вразрез с действующими внутренними законами, а именно с положениями Закона о гражданстве, иммиграции и убежище 2002 года, который предусматривает в некоторых случаях возможность обжалования, не имеющего приостанавливающего действия. Раздел 94 этого закона предусматривает возможность обжалования без приостанавливающего действия в случае, если государственный секретарь удостоверяет очевидную необоснованность ходатайства о предоставлении

<sup>1</sup> *Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, ECHR 2002-I.

<sup>2</sup> *De Souza Ribeiro v. France* [GC], no. 22689/07, ECHR 2012-VI.

убежища или жалобы о нарушении прав человека. Эти положения составляют основу механизма обжалования в Соединенном Королевстве и призваны обеспечить, чтобы необоснованные жалобы не использовались для отсрочки отбытия. Если жалоба была признана очевидно необоснованной, что, в свою очередь, исключает приостанавливающее действие обжалования соответствующего решения, то такое признание может быть оспорено путем пересмотра в судебном порядке и в таких случаях решения о выдворении приостанавливаются по принципиальным соображениям.

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

1. Как и ряд других государств, выразивших обеспокоенность по поводу этого проекта статьи, Соединенные Штаты считают, что он не отражает нынешнюю практику государств и его формулировка не была достаточно продумана, чтобы он мог претендовать на роль нормы международного права. Во-первых, он настолько широк, что может толковаться как применимый к любому обжалованию, инициированному иностранцем в ходе процедуры высылки. Согласно иммиграционному законодательству Соединенных Штатов, иностранец, в отношении которого вынесено окончательное постановление о выдворении, как правило, имеет возможности для его обжалования на нескольких уровнях, хотя и с некоторыми исключениями, как, например, в случае с ускоренными процедурами выдворения, предусмотренными в Своде законов Соединенных Штатов, раздел 8, параграф 1225 b). При инициировании обжалования постановления о выдворении напрямую через Апелляционный совет по иммиграционным вопросам исполнение постановления автоматически приостанавливается; повторное обжалование через другие инстанции должно сопровождаться отдельной просьбой об отсрочке высылки до завершения процедуры обжалования.

2. Соединенные Штаты считают, что пункт 1 проекта статьи 26, в котором закреплено право обжалования решения о высылке на основе эффективного процесса пересмотра, надлежащим и достаточным образом учитывает ситуации, регулировать которые призван этот проект статьи. Государства должны иметь возможность действовать по своему усмотрению, с учетом особенностей их иммиграционных систем и процедур пересмотра, при решении вопроса о том, должны ли обжалование или подача апелляции в различных конкретных случаях автоматически иметь приостанавливающее действие или же отсрочка выдворения должна предоставляться в дискреционном порядке, при условии что иностранец в любом случае имеет доступ к процедуре эффективного пересмотра решения о высылке. Этот проект статьи не учитывает оправданные различия между практикой различных государств в этой области.

3. Соединенные Штаты считают, что этот проект статьи следует либо переработать с учетом высказанных озабоченностей, либо исключить.

#### **Статья 28. Порядок индивидуального обращения за правовой защитой**

КУБА

Что касается проекта статьи 28, то Куба предлагает уточнить, с точки зрения *ratione materiae* и *ratione personae*, какой международный орган будет иметь компетенцию для определения того, существовали ли основания для высылки, перечисленные в проекте статьи 5. С другой стороны, необходимо уточнить, что будет являться компетентным международным органом – орган, который признает высылающее государство или высылаемое лицо.

#### СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ

Соединенное Королевство не испытывает проблем с проектом статьи. Однако, когда индивидуальное обращение в компетентный международный орган используется в качестве аргумента для приостановления осуществления решений о высылке в качестве временной меры, Соединенное Королевство просит Комиссию обратить внимание на его комментарии к проекту статьи 27 относительно степени, в которой оспаривание решения о высылке должно быть приостановлено в тех случаях, когда не существует опасности серьезного и непоправимого ущерба, если эта правовая защита будет осуществляться и будет завершена после высылки.

#### СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

Учитывая формулировку выражения «любой доступной процедурой», Соединенные Штаты понимают, что это положение признает только обязательство государства разрешить иностранцам, подлежащим высылке, использовать правовые средства индивидуальной защиты перед компетентным международным органом в тех случаях, когда такая процедура уже в целом предоставляется в этом государстве или в отношении этого государства.

#### ЧАСТЬ ПЯТАЯ

#### ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ВЫСЫЛКИ

#### **Статья 29. Возвращение в выславшее государство**

АВСТРАЛИЯ

Австралия отмечает, что проект статьи выиграл бы от дополнительных уточнений или разъяснений. Например, Австралия считает, что пункт 1 проекта статьи 29 является неясным с точки зрения того, какие органы Комиссия рассматривает в качестве «компетентных органов», и была бы признательна за уточнение, подтверждающее, что речь идет о компетентном органе высылающего государства. Без дополнительных уточнений по этому пункту Австралия не в состоянии сформировать свое мнение относительно того, соответствует ли этот проект статьи существующим нормам международного права или нет.

## ГЕРМАНИЯ

Проект статьи 29 не представляет собой *lex lata*. Даже если рассматривать его как норму *de lege ferenda*, он сформулирован слишком общо, поскольку предусматривает «право на возвращение» в каждом случае, когда компетентным органом устанавливается, что высылка была незаконной.

## КАНАДА

В соответствии с международным правом иностранцам не гарантировано право на въезд в то или иное государство. Иностранцы, которые были выдворены с территории государства, не обладают правом на возвращение. Канада не может согласиться с проектом статьи 29 в отношении права на возвращение в случае, если впоследствии установлено, что выдворение иностранца было незаконным. Вместо этого решение о незаконной высылке не может использоваться, для того чтобы помешать иностранцу просить или повторно просить о возвращении.

## КУБА

В связи с проектом статьи 29, в котором содержится ссылка на возвращение иностранцев в выславшее государство в том случае, когда высылка была незаконной, Куба считает, что необходимо уточнить, что компетентным органом, который может отменить решение, принятое органом национальной власти, должен быть компетентный орган выславшего государства.

## НИДЕРЛАНДЫ

Для ясности следует добавить слова «этого государства» после слов «компетентный орган».

## РЕСПУБЛИКА КОРЕЯ

Каждое государство вправе в порядке реализации своих суверенных полномочий самостоятельно решать вопрос о том, разрешить ли ранее высланному иностранцу вернуться на его территорию, даже если компетентным органом установлено, что высылка была незаконной. Так, статья 11 Закона об иммиграционном контроле предусматривает ограничения на возвращение иностранцев, ранее высланных правительством Республики Корея. Таким образом, этот проект статьи следует исключить.

## РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ

1. В рамках темы в целом Российская Федерация хотела бы обратить отдельное внимание на институт реадмиссии. Как известно, реадмиссия, как и высылка, предполагает перемещение иностранных граждан и лиц без гражданства помимо их воли за пределы территории государства. В то же время реадмиссия является самостоятельным правовым институтом, причем базирующимся в первую очередь именно на нормах международного права, поскольку, в отличие от высылки, предполагает не только право одного государства выслать лицо, но и обязательство

другого государства данное лицо принять. Вместе с тем в текущей редакции проектов статей тематике реадмиссии посвящен только проект статьи 29, затрагивающий лишь один из аспектов данного правового института – обязательство высылающего государства принять обратно иностранного гражданина в случае отсутствия законных оснований для высылки (так называемая «ошибочная реадмиссия»).

2. Российская Федерация полагает, что Комиссии имело бы смысл осветить в проектах статей другие аспекты этого института.

3. См. также комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

## САЛЬВАДОР

1. Проект статьи 29 предусматривает возможность возвращения в случае незаконной высылки, что является важным шагом в области прогрессивного развития права. В любом случае, поскольку данное решение является только одной из возможных причин для возвращения, рекомендуется, чтобы Комиссия добавила оговорку «без ущерба», с тем чтобы уточнить, что могут существовать другие мотивы, которые разрешают возвращение высланного лица.

2. Рекомендуется добавить в конце данного проекта статьи следующий пункт:

«Настоящая статья не наносит ущерба другим причинам для возвращения, предусмотренным в выславшем государстве».

## СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

1. Хотя Соединенные Штаты высоко ценят принципы справедливости, положенные в основу этого проекта статьи, они серьезно обеспокоены тем, в какой мере в нем признается не имеющее прецедента «право» отдельных лиц быть принятыми тем или иным государством. Ни при каких других обстоятельствах иностранец не вправе рассчитывать, что он может быть принят тем или иным государством; хотя в этом проекте статьи рассматривается редкий частный случай, он бы создал неприемлемый прецедент в этой области. Государство, даже в таких требующих особого внимания обстоятельствах, о которых говорится в этом проекте статьи, имеет и должно иметь суверенную прерогативу самостоятельно решать, каким иностранцам может быть разрешен въезд и при каких условиях<sup>1</sup>. Кроме того, этот проект статьи, затрагивая вопрос приема, выходит далеко за рамки темы высылки.

<sup>1</sup> См. *Kleindienst v. Mandel*: «В соответствии с многовековыми принципами международного права национальных государств... право на высылку иностранцев является "неотъемлемой частью суверенных полномочий и необходимо для поддержания нормальных международных отношений и защиты страны от иностранного вмешательства и угроз извне..."» (*United States Reports*, vol. 408 (1972), p. 765); см. также Н. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, vol. I, Peace, 8th ed. (Longman, Green and Co., 1955), pp. 675–676.

2. Соединенные Штаты считают, что этот проект статьи следует либо переработать с учетом высказанных озбоченностей, либо исключить.

**Статья 30. Защита имущества подлежащего высылке иностранца**

АВСТРАЛИЯ

Опыт Австралии показывает, что в некоторых обстоятельствах предусмотренное проектом статьи 30 требование о том, чтобы государства принимали необходимые меры для защиты имущества высылкаемого иностранца, ограничивается соображениями национальной безопасности, например в случае, если такое имущество связано с организованной преступностью или финансированием терроризма.

КАНАДА

Согласно проекту статьи 30 вышлагающее государство должно принимать «необходимые меры» для защиты имущества подлежащего высылке иностранца. В комментарии объясняется, что это положение имеет целью обеспечить разумный период времени до или после высылки для репатриации имущества. Сам проект статьи должен отражать эту же цель.

МАРОККО

Защита имущества подлежащего высылке иностранца представляется логическим продолжением процедуры высылки, регулировать которую призваны проекты статей и которая в том числе учитывает необходимость обеспечения защиты приобретенных прав высылкаемого иностранца. В контексте защиты частной собственности высылка не должна приводить к ущемлению приобретенных прав высылкаемых лиц, включая право на получение дохода и другие их материальные интересы. В Марокко защита имущества подлежащего высылке иностранца от конфискации обеспечивается в полном объеме на условиях, оговоренных в национальном законодательстве, в частности в Законе № 43-05 от 17 апреля 2007 года с последними дополнениями, внесенными в него 17 февраля 2011 года, и в других документах, принятых Марокко (Конвенция Совета Европы об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности и о финансировании терроризма и Арабская конвенция о борьбе с отмыванием денег и финансированием терроризма).

СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ

1. Соединенное Королевство высказывает серьезную обеспокоенность по поводу этого проекта статьи в его нынешней редакции, поскольку он выходит за рамки тех международных обязательств, о которых Комиссия говорит в комментарии, и затрагивает сферу защиты имущества государством, что может быть истолковано шире, чем причинение вреда, т. е. произвольное лишение имущества.

2. Соединенное Королевство разрешает лицам увозить с собой имущество при выдворении из страны (хотя при этом от них может требоваться оплата сверхнормативного багажа) или договариваться с родственниками или друзьями об отправке имущества или ином распоряжении им. Соединенное Королевство не принимает и не намерено принимать никаких иных мер для защиты имущества высылкаемых из страны иностранцев помимо тех, которые распространяются на всех лиц.

3. Соединенное Королевство предлагает изменить формулировку проекта статьи 30 в соответствии с выдвинутым предложением, с тем чтобы она отражала конкретно необходимость защиты от произвольного лишения имущества:

«Вышлагающее государство принимает необходимые меры для обеспечения того, чтобы подлежащие высылке иностранцы не лишались произвольно личного имущества, которым они владеют на законных основаниях, и в соответствии с законом разрешает иностранцам свободно распоряжаться своим имуществом даже из-за границы».

СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

В понимании Соединенных Штатов, термин «необходимые» означает, что государства могут по своему усмотрению решать вопрос о порядке обращения с конкретными видами имущества, включая имущество, приобретенное иностранцем преступным путем. В частности, как отмечается в пункте 4) комментария, такая формулировка

позволяет в достаточной степени учитывать тот интерес, который может иметь вышлагающее государство в ограничении или запрещении в соответствии с его законодательством свободного распоряжения определенным имуществом, в частности тем, которое было приобретено данным иностранцем незаконно или могло быть получено преступным путем или в результате других противоправных действий.

Таким образом, в некоторых обстоятельствах государства вправе конфисковать имущество подлежащего высылке иностранца в порядке конфискации. Кроме того, Соединенные Штаты считают, что формулировка «необходимые меры» не означает, что на государство возлагается абсолютная обязанность защищать имущество подлежащих высылке иностранцев.

**Статья 31. Ответственность государств в случаях незаконной высылки**

АВСТРИЯ

Как Австрия уже разъяснила два года назад, данный проект статьи представляется излишним, поскольку, с одной стороны, вне всякого сомнения, любое нарушение международного обязательства влечет за собой международную ответственность и, с другой стороны, любое государство может осуществлять свое право на дипломатическую защиту в интересах своих граждан. Эти обязательства и права вытекают из других режимов, установленных международным правом, и нет необходимости вновь говорить о них в этом контексте.



Кроме того, неясно, какие государства могут быть вправе призывать высылающее государство к такой ответственности. Этот вопрос необходимо разъяснить по меньшей мере в комментарии.

#### РЕСПУБЛИКА Корея

См. комментарий в разделе «Общие замечания» выше.

#### Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

В том объеме, в каком проекты статей отражают существующие международно-правовые обязательства, Соединенное Королевство согласно с тем, что любое нарушение этих обязательств в принципе влечет за собой международную ответственность высылающего государства.

#### Соединенные Штаты Америки

У Соединенных Штатов есть несколько предложений относительно изменения формулировки этого положения с целью внести в него ясность. После слов «международных обязательств» следует добавить слова «высылающего государства»; слово «по [настоящим проектам статей]» следует заменить на слова «закрепленных в [настоящих проектах статей]»; перед словом «любых» следует добавить слова «вытекающих из»; перед словом «норм» следует добавить слово «применимых»; и слово «высылающего» следует заменить словом «этого». В новой редакции этот проект статьи будет выглядеть следующим образом:

«Высылка иностранцев в нарушение международных обязательств высылающего государства, закрепленных в настоящих проектах статей или

вытекающих из любых других применимых норм международного права, влечет международную ответственность этого государства».

#### *Статья 32. Дипломатическая защита*

#### Австрия

См. комментарий к проекту статьи 31.

#### Германия

Германия по-прежнему предлагает исключить проект статьи 32. Ей представляется достаточным упомянуть о дипломатической защите в комментарии.

#### Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

Соединенное Королевство предлагает изменить формулировку этого проекта статьи, включив в него оговорку «без ущерба». Осуществление дипломатической защиты в отношении подлежащего высылке иностранца неизбежно зависит от наличия у соответствующего государства права осуществлять дипломатическую защиту данного иностранца.

#### Соединенные Штаты Америки

Соединенные Штаты хотели бы подчеркнуть, что, как это отмечается в комментарии, ничто в этом проекте статьи не направлено на изменение установившейся практики применения общих правил дипломатической защиты в соответствии с международным правом.



# ЗАЩИТА ЛЮДЕЙ В СЛУЧАЕ БЕДСТВИЙ

[Пункт 4 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/668 и Add.1\*,\*\*

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

[Подлинный текст на английском языке]  
[27 февраля и 11 марта 2014 года]

### СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе .....		76
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....		77
<i>Глава</i>	<i>Пункты</i>	
I. РАССМОТРЕНИЕ ТЕМЫ в 2013 году .....	1–6	77
II. ЗАЩИТА ПЕРСОНАЛА ПО ОКАЗАНИЮ ПОМОЩИ И ЕГО ОБОРУДОВАНИЯ И ТОВАРОВ .....	7–50	78
A. Введение .....	7–13	78
B. Обзор юридических положений, включенных в многосторонние и двусторонние договоры и документы «мягкого права» и касающихся защиты персонала по оказанию помощи в случае бедствий и его оборудования и товаров .....	14–24	79
1. Универсальные договоры .....	15–16	80
2. Региональные договоры .....	17–18	80
3. Двусторонние договоры .....	19–20	81
4. Другие документы .....	21–24	82
C. Категории соответствующего персонала по оказанию помощи и его оборудования и товаров .....	25–34	82
D. Меры, которые надлежит принимать пострадавшим государствам для выполнения их обязанности защищать персонал по оказанию помощи и его оборудование и товары .....	35–50	84
Предложение о новом проекте статьи .....	50	88
<i>Проект статьи 14 bis. Защита персонала по оказанию помощи, оборудования и товаров</i> .....		88
III. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ .....	51–82	88
A. Связь со специальными нормами международного права .....	52–74	88
1. Универсальные договоры .....	54–59	89
2. Региональные договоры .....	60–64	90
3. Другие документы .....	65–71	90
Предложение о новом проекте статьи .....	72–74	91
<i>Проект статьи 17. Связь со специальными нормами международного права</i> .....		91

\* Включающий документ A/CN.4/668/Согг.1.

\*\* Специальный докладчик выражает свою глубокую признательность за помощь в подготовке настоящего доклада следующим лицам: Джулио Бартолини (доцент международного права, юридический факультет, университет «Рома тре»), Федерико Касолари (доцент международного права, юридический факультет, Болонский университет) и Эммануэле Соммарио (доцент международного права, Школа перспективных исследований имени Святой Анны – Пиза), а также «Проекту по вопросам норм международного права, применяемых в случае бедствий», местными координаторами которого они являются; Лане Ульрих, соискателю степени доктора права, юридический факультет Университета Джорджа Вашингтона, Вашингтон, О. К.; Янну Део Дельвилю, магистру права, юридический факультет Сорбонны, Париж, и соискателю степени магистра права, юридический факультет Фордхэмского университета, Нью-Йорк; и Полу Р. Вале-гуру, Гаага.

Глава	Пункты	Стр.
V. Связь с другими нормами международного права .....	75–78	92
Предложение о новом проекте статьи .....	78	93
<i>Проект статьи 18. Вопросы, касающиеся ситуаций бедствия, не регулируемые настоящими проектами статей</i> .....		93
C. Связь с Уставом Организации Объединенных Наций .....	79–82	93
Предложение о новом проекте статьи .....	82	93
<i>Проект статьи 19. Связь с Уставом Организации Объединенных Наций</i> .....		93
IV. УПОТРЕБЛЕНИЕ ТЕРМИНОВ .....	83–122	94
A. Предложение о новом проекте статьи .....	86	94
<i>Проект статьи 3 bis. Употребление терминов</i> .....		94
B. Краткий анализ .....	87–122	95

### Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

#### Источник

Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (Женева, 12 августа 1949 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 75, No. 973, p. 287. См. также текст на русском языке: 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), и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) (Женева, 8 июня 1977 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1125, Nos. 17512–17513, pp. 330 and 658.
Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, No. 18232, p. 417.
Международная конвенция об упрощении и гармонизации таможенных процедур (Киото, 18 мая 1973 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 950, No. 13561, p. 269. См. также текст на русском языке: <i>Бюллетень международных договоров</i> , М., Юридическая литература, 2012, № 5, стр. 36.
Протокол о внесении изменений в Международную конвенцию об упрощении и гармонизации таможенных процедур (Брюссель, 26 июня 1999 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2370, No. 13561, p. 27.
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.
Международная конвенция по обеспечению готовности на случай загрязнения нефтью, борьбе с ним и сотрудничеству (Лондон, 30 ноября 1990 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1891, No. 32194, p. 106.
Протокол по обеспечению готовности, реагированию и сотрудничеству при инцидентах, вызывающих загрязнение опасными и вредными веществами (Лондон, 15 марта 2000 года)	IMO, HNS-OPRC/CONF/11/Rev.1.
Соглашение об учреждении Карибского агентства по реагированию на чрезвычайные ситуации (Порт-оф-Спейн, 26 февраля 1991 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2256, No. 40212, p. 53.
Межамериканская конвенция об облегчении оказания помощи в случае бедствий (Сантьяго, 7 июня 1991 года)	OAS, <i>Official Documents</i> , OEA/Ser.A/49 (SEPF), p. 13.

## Источник

Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий (Хельсинки, 17 марта 1992 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2105, No. 36605, p. 532.
Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (Нью-Йорк, 9 декабря 1994 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2051, No. 35457, p. 409.
Факультативный протокол к Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (Нью-Йорк, 8 декабря 2005 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2689, No. A-35457, p. 73.
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 <a href="http://www.bsec-organization.org">www.bsec-organization.org</a> .
Конвенция Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи (Тампере, 18 июня 1998 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2296, No. 40906, p. 72.
Рамочная конвенция по оказанию помощи в области гражданской обороны (Женева, 22 мая 2000 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2172, No. 38131, p. 243.
Соглашение АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций (Вьентьян, 26 июля 2005 года)	<i>ASEAN Documents Series 2005</i> , p. 157.
Лиссабонский договор, изменяющий Договор о Европейском союзе и Договор об учреждении Европейского сообщества (Лиссабон, 13 декабря 2007 года)	<i>Official Journal of the European Union</i> , C 306, 17 December 2007, p. 1.
Соглашение СААРК о быстром реагировании на стихийные бедствия (Мале, 26 мая 2011 года)	Имеется по адресу <a href="http://www.ifrc.org/docs/idrl/N840EN.pdf">www.ifrc.org/docs/idrl/N840EN.pdf</a> .

## Работы, цитируемые в настоящем докладе

DE GUTTRY, Andrea “Surveying the law”, в Andrea de Guttery, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., <i>International Disaster Response Law</i> , The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 3–44.	HENCKAERTS, Jean-Marie and Louise DOSWALD-BECK <i>Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules</i> . Cambridge, Cambridge University Press and ICRC, 2007.
FISHER, David <i>Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study</i> . Geneva, IFRC, 2007.	RONZITTI, Natalino “Conclusions”, в Andrea de Guttery, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., <i>International Disaster Response Law</i> , The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 703–706.
GAVSHON, Daniela “The applicability of IHL in mixed situations of disaster and conflict”, <i>Journal of Conflict and Security Law</i> , vol. 14, No. 2 (2009), pp. 243–263.	VENTURINI, Gabriella “International disaster response law in relation to other branches of international law”, в Andrea de Guttery, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., <i>International Disaster Response Law</i> , The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 45–64.

## ГЛАВА I

## Рассмотрение темы в 2013 году

1. На шестьдесят пятой сессии Комиссии международного права в 2013 году Специальный докладчик представил свой шестой доклад по вопросу о защите людей в случае бедствий<sup>1</sup>. В этом докладе рассматривались аспекты предотвращения, включая уменьшение опасности бедствий, предотвращение как один

из принципов международного права и международное сотрудничество в области предотвращения. Кроме того, в докладе содержался обзор релевантных национальных стратегий и законодательных актов. В докладе содержались предложения в отношении следующих двух проектов статей: 5 ter (Сотрудничество в области уменьшения риска бедствия) и 16 (Обязанность предотвращать).

<sup>1</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/662.

2. Комиссия рассматривала шестой доклад на своих 3175–3180-м заседаниях с 8 по 16 июля 2013 года<sup>2</sup> и передала эти два проекта статей на рассмотрение Редакционного комитета.

3. Редакционный комитет с учетом обсуждений, проведенных Комиссией на пленарном заседании, в предварительном порядке принял следующие два новых проекта статей: 5 ter (Сотрудничество с целью уменьшения риска бедствий) и 16 (Обязанность уменьшать риск бедствий).

4. Комиссия утвердила доклад Редакционного комитета, касавшийся проектов статей 5 ter и 16, на 3187-м заседании, состоявшемся 26 июля 2013 года. Ранее в ходе сессии, на 3162-м заседании, состоявшемся 10 мая 2013 года, Комиссия утвердила доклад Редакционного комитета, касавшийся проектов статей 5 bis и 12–15, которые были рассмотрены и приняты к сведению на предыдущей сессии в 2012 году.

<sup>2</sup> Краткие отчеты о заседаниях, упомянутых в данной главе, содержатся там же, том I.

5. На своих 3190-м и 3191-м заседаниях 2 и 5 августа 2013 года Комиссия утвердила комментарии к проектам статей 5 bis, 5 ter и 12–16. Семь проектов статей вместе с соответствующими комментариями были включены в доклад Комиссии о работе ее шестьдесят пятой сессии<sup>3</sup>.

6. В ноябре 2013 года на шестьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи Шестой комитет рассмотрел главу VI ежегодного доклада Комиссии, посвященную шестому докладу Специального докладчика и обсуждениям его в Комиссии, и при этом особое внимание уделялось проектам статей 5 ter и 16 и соответствующим комментариям к ним в том виде, в каком они были приняты Комиссией. Секретариат подготовил тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете по просьбе Ассамблеи, содержащейся в ее резолюции 68/112 от 16 декабря 2013 года<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Там же, том II (часть вторая), стр. 61 и далее.

<sup>4</sup> Тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят восьмой сессии (A/CN.4/666), пункты 31–41.

## ГЛАВА II

### Защита персонала по оказанию помощи и его оборудования и товаров

#### А. Введение

7. При проведении операций международных гуманитарных миссий соответствующий персонал сталкивается со значительными рисками. Статистические данные свидетельствуют о неоднократных эпизодах совершения преднамеренных нападений, актов насилия и краж в ущерб персоналу и имуществу, принадлежащему этим миссиям, о чем, в частности, свидетельствуют периодические доклады Генерального секретаря по вопросу об охране и безопасности гуманитарного персонала и защите персонала Организации Объединенных Наций<sup>5</sup>, а также информация из других источников<sup>6</sup>. Это явление наиболее распространено в тех случаях, когда международным структурам приходится действовать в ситуациях вооруженного конфликта или в государствах, где в общем не обеспечивается безопасность, главным образом по политическим и экономическим причинам.

8. С учетом проекта статьи 3 и комментария к нему объем применения настоящего комплекса статей может показаться довольно ограниченным применительно к вышеупомянутым ситуациям, поскольку проекты статей не касаются политических или экономических кризисов или вооруженных конфликтов как событий, представляющих собой бедствие<sup>7</sup>. В про-

<sup>5</sup> См., например, документ A/68/489.

<sup>6</sup> См. информацию на сайте <https://aidworkersecurity.org/>. См. также резолюцию 5 под названием «Оказание медицинской помощи под угрозой: обеспечить уважение и защиту медицинского персонала», принятую на тридцать первой Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца, 2011 год.

<sup>7</sup> См. *Ежегодник... 2010 год*, том II (часть вторая), стр. 219, пункт 1) комментарий к проекту статьи 3. Текст проектов статей

екте статьи 3 основное внимание уделяется наличию катастрофического события или серии событий, будь то стихийных или антропогенных бедствий, ведущих к одному или нескольким из следующих трех возможных результатов: массовая гибель людей, большие человеческие страдания и беды или масштабный материальный или экологический ущерб, которые серьезно нарушают функционирование общества.

9. Тем не менее даже в таких ситуациях возможность того, что персонал по оказанию помощи и его оборудование и товары подвергнутся опасности, является реальной, и поэтому ее невозможно исключить. Фактически некоторые происшедшие в прошлом события также подчеркнули актуальность проблем в области обеспечения безопасности при таком развитии событий. Бедствие может привести к временному развалу правоохранительной системы в пострадавшем государстве, в связи с чем для персонала по оказанию помощи в случае бедствий возникает угроза с точки зрения обеспечения безопасности. Кроме того, имеющие значительную ценность оборудование и товары, принадлежащие международным структурам, участвующим в операциях по оказанию помощи, являются заманчивой целью для лиц, совершающих общеуголовные преступления. Аналогичным образом зачастую хаотичные ситуации, связанные с такими событиями, побуждают некоторых людей, пострадавших от бедствий, к тому, чтобы, действуя произвольно, захватывать партии товаров по линии оказания помощи, вывозя из соответствующих районов, не позволяя тем самым удовлетворять основные потребности, определенные компетентными органами

с комментариями к ним, принятых Комиссией в первом чтении, см. в *Ежегоднике... 2014 год*, том II (часть вторая), стр. 72 и далее.

власти пострадавшего государства, с тем чтобы гарантировать принятие мер реагирования в соответствии с принципами, признанными в проекте статьи 6.

10. Подобного рода ситуации могут создавать дополнительные препятствия для эффективного оказания гуманитарной помощи и в результате этого подрывать усилия, предпринимаемые пострадавшим государством и международными действующими лицами и направленные на оказание поддержки и помощи в восстановлении в интересах населения, ставшего жертвой катастрофического события. Акты насилия и нападения на гражданский и военный персонал, оказывающий внешнюю помощь, не только наносят ущерб оборудованию и имуществу международной операции по оказанию помощи, но и оказывают немедленное вредное воздействие на жертв конкретного бедствия, что снижает степень вероятности того, что их права человека (т. е. право на питание, медицинское обслуживание и водоснабжение и т. д.) будут должным образом соблюдаться. Что касается долгосрочной перспективы, то также сказывается негативное воздействие, поскольку в результате готовности международных субъектов в плане оказания поддержки в ситуациях бедствий, что снижает уровень соблюдения обязанности сотрудничать, предусмотренной в проекте статьи 5.

11. Кроме того, конкретное обязательство обеспечивать защиту персонала, оборудования и товаров операций по оказанию помощи не дублирует параллельное, но отличающееся от него обязательство, закрепленное в проекте статьи 14, а именно обязательство содействовать оказанию внешней помощи. Согласно проекту статьи 14, пострадавшее государство принимает необходимые меры, в пределах своего национального законодательства, по содействию оперативному и эффективному оказанию внешней помощи и обеспечивает легкодоступность его соответствующих законов и подзаконных актов.

12. Тем не менее, даже если действие гарантии защиты гражданского и военного персонала по оказанию помощи, а также их имущества и оборудования может в широком смысле быть распространено на содействие в интересах внешних структур, ее конкретный характер и сфера охвата отличаются ее от мер, предусмотренных в проекте статьи 14. Как указывалось в соответствующих комментариях, цель проекта статьи 14 «заключается в обеспечении наличия в национальном законодательстве благоприятного режима для предоставления оперативной и эффективной помощи»<sup>8</sup>. Таким образом, основная цель этого положения заключается в том, чтобы побудить государства к принятию необходимых и надлежащих мер в рамках своего национального законодательства, что может включать в себя, в частности, принятие законодательных, исполнительных и административных мер, с тем чтобы с их помощью можно было решать правовые проблемы, возникающие в связи с предстоящей внешней помощью в случае бедствия или в

случаях, когда они выступают в качестве государств транзита для международных операций по оказанию помощи. В этой связи в текст проекта статьи 14 и комментария к нему был включен ориентировочный перечень областей, охватываемых мерами, которые надлежит принимать государствам (а именно: *a*) что касается персонала по оказанию помощи – привилегии и иммунитеты, визовые и въездные требования, разрешения на работу и свободное передвижение; и *b*) что касается товаров и оборудования – таможенные требования и тарифы, налогообложение, транспорт и распоряжение ими), и государства-члены наверняка могут воспользоваться передовыми работками в этих областях»<sup>9</sup>.

13. При рассмотрении вопроса о защите персонала по оказанию помощи, оборудования и товаров можно дифференцировать как конкретную направленность озабоченности, так и виды мер, принимаемых пострадавшим государством. В таком случае от государств требуется принимать ряд главным образом целенаправленных мер для достижения конкретной цели: охрана и безопасность тех лиц, гуманитарные акции которых являются одним из фундаментальных элементов международной помощи в случае бедствий. Основная озабоченность заключается не только в том, что пострадавшее государство должно гарантировать внутренний правопорядок для содействия оказанию внешней помощи, но и в том, чтобы это государство стремилось к созданию надлежащих условий в сфере безопасности, необходимых для проведения операций по оказанию помощи, что создавало бы возможность гарантии защиты персонала, оборудования и товаров.

#### **В. Обзор юридических положений, включенных в многосторонние и двусторонние договоры и документы «мягкого права» и касающихся защиты персонала по оказанию помощи в случае бедствий и его оборудования и товаров**

14. В международной практике четко отражена необходимость проведения различия между обязательствами, касающимися содействия внешней помощи, с одной стороны, и обязательствами, касающимися защиты персонала по оказанию помощи, оборудования и товаров, – с другой. Универсальные, региональные и двусторонние договоры, а также документы «мягкого права» свидетельствуют о наличии определенной тенденции к отражению этих обязательств в ряде отдельных положений. Обзор соответствующих международных документов позволяет более глубоко оценить широко распространенное признание необходимости разработки отдельного комплекса норм, касающихся этой обязанности по защите, и, следовательно, целесообразность рассмотрения этого аспекта в рамках работы, проводимой Комиссией над настоящей темой.

<sup>8</sup> Ежегодник... 2013 год, том II (часть вторая), стр. 67, пункт 1) комментарий к проекту статьи 14.

<sup>9</sup> См. *Model Act for the Facilitation and Regulation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance (with commentary)*, Geneva, IFRC/OCHA/Interparliamentary Union, 2013, имеется по адресу [www.ifrc.org/docs/IDRL/MODEL%20ACT%20ENGLISH.pdf](http://www.ifrc.org/docs/IDRL/MODEL%20ACT%20ENGLISH.pdf).

## 1. УНИВЕРСАЛЬНЫЕ ДОГОВОРЫ

15. Что касается многосторонних договоров, то основные конвенции, касающиеся стихийных или антропогенных бедствий, всегда включали в себя конкретное указание на это дополнительное обязательство. Первое упоминание об обязанности по защите можно найти в статье 3 *b*) Конвенции о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации, которая предусматривает: «Запрашивающее государство... обеспечивает защиту персонала, оборудования и материалов, доставленных с целью оказания помощи на его территории предоставляющей помощь стороной или от ее имени». В других положениях этой Конвенции подробно излагаются привилегии, иммунитеты и льготы, необходимые для выполнения персоналом своих функций по оказанию помощи<sup>10</sup>.

16. Принятые впоследствии универсальные договоры включают в себя аналогичные положения. Некоторые документы содержат формулировку, идентичную формулировке статьи 3 *b*) Конвенции о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации, например пункт 2 приложения X Конвенции о трансграничном воздействии промышленных аварий или пункт 3 статьи 5 Конвенции Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи, согласно которому: «Запрашивающее государство-участник обеспечивает защиту персонала, оборудования и материалов, ввозимых на его территорию на основании настоящей Конвенции». Аналогичная формулировка также использовалась в Рамочной конвенции по оказанию помощи в области гражданской обороны, в пункте 5 статьи 4 *a*) которой устанавливается, что в случае бедствия «принимающее государство обязуется обеспечить... защиту персонала и имущества подразделения гражданской обороны помогающего государства». И наконец, необходимо также упомянуть Конвенцию о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала и Факультативный протокол к ней, в соответствии с которым сфера его применения может распространяться на операции по оказанию чрезвычайной гуманитарной помощи, если только государства-участники не отказались от этого варианта в отношении миссий, проводимых с единственной целью реагирования на стихийные бедствия<sup>11</sup>. Пункт 2 статьи 7 Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала предусматривает: «Государства-участники принимают все надлежащие меры в целях обеспечения безопасности и защиты персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала. В частности, государства-участники предпринимают все необходимые шаги для защиты персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, размещенного на их территории, от преступлений, предусмотренных в статье 9». Кроме того, в случае комплексных

чрезвычайных ситуаций могут быть релевантными положения, сформулированные в контексте международного гуманитарного права<sup>12</sup>.

## 2. РЕГИОНАЛЬНЫЕ ДОГОВОРЫ

17. В региональных многосторонних договорах содержатся конкретные положения аналогичного характера. В таких случаях также возможно признать влияние статьи 3 *b*) Конвенции о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации, учтенной при разработке проектов последующих региональных документов. Как правило, в нескольких из этих документов просто воспроизводится ее содержание. В формулировках, которые тесно совпадают с формулировками, используемыми в статье 3 *b*), положения этих договорных документов предусматривают необходимость того, чтобы пострадавшее государство «обеспечивало защиту персонала, оборудования и материалов», размещенных на его территории для целей оказания внешней помощи. В этой связи можно упомянуть по существу аналогичные положения, содержащиеся: в пункте 5 статьи 16 Соглашения об учреждении Карибского агентства по реагированию на чрезвычайные ситуации, который гласит следующее: «Запрашивающее государство обеспечивает защиту персонала, оборудования и материалов, размещенных на его территории для целей оказания помощи в случае стихийного бедствия»; пункте 2 статьи 12 Соглашения АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций, который гласит следующее: «Запрашивающая или принимающая сторона... обеспечивает также защиту персонала, оборудования и материалов, ввозимых в этих целях на ее территорию помогающим субъектом или от его имени»; и пункте 2 статьи IX Соглашения СААРК о быстром реагировании на стихийные бедствия, согласно которому: «Запрашивающая сторона по возможности обеспечивает местные объекты и услуги для надлежащего и эффективного управления процессом оказания помощи. Она также обеспечивает защиту персонала, оборудования и материалов, размещенных на ее территории для этих целей оказывающей помощь стороной или от ее имени».

18. Положения аналогичного свойства были включены в другие региональные договоры, такие как Межамериканская конвенция об облегчении оказания помощи в случае бедствий, пункт *c*) статьи IV которой предусматривает, что получающее помощь государство должно «прилагать все возможные усилия для защиты персонала, оборудования и материалов, размещенных на его территории оказывающим помощь государством или от его имени для этой цели», и Соглашение между правительствами государств – участников Черноморского экономического

<sup>10</sup> См., например, статьи 8 и 9.

<sup>11</sup> См. пункты 47–49 ниже.

<sup>12</sup> В этой связи несколько положений международного гуманитарного права могут быть релевантными, например: статьи 70, пункт 4, и 71, пункт 2, Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I); статья 59 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны. См. также правила 31 и 32 в Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, p. 105–111.



сотрудничества (ЧЭС) о взаимодействии при оказании чрезвычайной помощи и ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, пункт 4 статьи 8 которого предусматривает, что «запрашивающая Сторона предоставляет группам по оказанию помощи охрану».

### 3. Двусторонние договоры

19. В значительном числе двусторонних договоров, касающихся сотрудничества в области предотвращения стихийных и техногенных бедствий и реагирования на них, содержится весьма сходные положения, в которых подчеркивается обязательство пострадавшего от бедствия государства по защите. В большинстве из этих документов содержатся обычные формулировки. Так, во многих договорах содержатся положения, согласно которым «власти запрашивающего государства... обеспечивают защиту и помощь группам или специалистам по оказанию чрезвычайной помощи, направленным для оказания помощи помогающим государством»<sup>13</sup>. Кроме того, можно также упомянуть положения, предусматривающие, что «договаривающаяся сторона, запрашивающая помощь, обеспечивает безопасность групп и отдельных экспертов по вопросам оказания помощи»<sup>14</sup>, или в общем плане содержащие ссылку на необходимость того, чтобы государство, пострадавшее от бедствия,

обеспечивало «безопасность»<sup>15</sup> или «защиту»<sup>16</sup> групп по оказанию чрезвычайной помощи или, в качестве альтернативного варианта, «обеспечивало их охрану»<sup>17</sup> или «обеспечивало условия безопасности, необходимые для выполнения их задач»<sup>18</sup>.

20. В отличие от многосторонних договоров, будь то универсальных или региональных, упомянутых в пунктах 15–18 выше, в двусторонних договорах порой конкретно не упоминаются оборудование и товары. Однако следует особо подчеркнуть, что оборудование и товары, связанные с международными операциями по оказанию помощи в случае бедствий, подпадают под действие соответствующих положений. Этот вывод подтверждается анализом статей, в которых содержатся определения и формулировки, используемые в таких двусторонних договорах. В этом контексте ссылка на «группы по оказанию чрезвычайной помощи» или «группы по оказанию помощи» совершенно определенно преследует цель охвата соответствующего оборудования и товаров, предназначенных для оказания помощи. Например, в статье 2 Соглашения между Австрийской Республикой и Республикой Албания о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий предусматривается: «Термин “группы по оказанию чрезвычайной помощи” означает специализированные гражданские или воинские подразделения с надлежащим оборудованием и грузами чрезвычайной помощи, предназначенными для оказания помощи нуждающемуся в ней государству»<sup>19</sup>. Это определение, воспроизведенное в сопоставимом виде в других договорах, подразумевает, что ссылки на защиту, которую следует обеспечивать индивидуальным членам той или иной миссии по оказанию помощи, распространяются также на оборудование и товары этой миссии. Персонал по

<sup>13</sup> См. Соглашение между Австрийской Республикой и Республикой Албания о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Вена, 27 января 2010 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2771, No. 48807, p. 307, at p. 327, art. 8, para. 3; Соглашение между Австрийской Республикой и Швейцарской Конфедерацией о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Вена, 22 марта 2000 года), *ibid.*, vol. 2176, No. 38307, p. 275, at p. 286, art. 9, para. 3; Соглашение между Австрийской Республикой и Чешской Республикой о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Вена, 14 декабря 1998 года), *ibid.*, vol. 2137, No. 37267, p. 207, at p. 221, art. 8, para. 3; Соглашение между Австрией и Лихтенштейном о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Вена, 23 сентября 1994 года), *ibid.*, vol. 1901, No. 32390, p. 113, at p. 122, art. 9, para. 3; Соглашение между Австрией и Федеративной Республикой Германия о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Зальцбург, 23 декабря 1988 года), *ibid.*, vol. 1696, No. 29224, p. 61, at p. 69, art. 9, para. 3; Соглашение между Францией и Швейцарией о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Берн, 14 января 1987 года), *ibid.*, vol. 1541, No. 26743, p. 285, at p. 296, art. 9, para. 4; Конвенция между Данией и Федеративной Республикой Германия о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Тённер, 16 мая 1985 года), *ibid.*, vol. 1523, No. 26375, p. 95, at p. 112, art. 7, para. 3; Конвенция между Нидерландами и Бельгией о взаимной помощи в борьбе с бедствиями и авариями (Гаага, 14 ноября 1984 года), *ibid.*, vol. 1526, No. 26466, p. 27, at p. 43, art. 5, para. 3; Конвенция между Францией и Бельгией о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Париж, 21 апреля 1981 года), *ibid.*, vol. 1437, No. 24347, p. 33, at p. 49, art. 7, para. 3; и Конвенция между Францией и Федеративной Республикой Германия о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Париж, 3 февраля 1977 года), *ibid.*, vol. 1214, No. 19561, p. 67, at pp. 82–83, art. 7, para. 3.

<sup>14</sup> Соглашение между правительством Латвийской Республики и правительством Венгерской Республики о сотрудничестве и взаимной помощи в случае бедствий и других крупных аварий (Рига, 19 ноября 2003 года), *ibid.*, vol. 2313, No. 41334, p. 759, at p. 762, art. 5, para. 5.

<sup>15</sup> Соглашение между правительством Латвийской Республики и Кабинетом министров Украины о сотрудничестве в области предотвращения бедствий и ликвидации их последствий (Рига, 27 апреля 2006 года), *ibid.*, vol. 2619, No. 46591, p. 95, at p. 99, art. 6, para. 4; и Соглашение между правительством Российской Федерации и правительством Греческой Республики о сотрудничестве в области предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций (Афины, 21 февраля 2000 года), статья 8, *Бюллетень международных договоров*, М., Юридическая литература, 2003, № 5, стр. 47.

<sup>16</sup> Соглашение между Австрийской Республикой и Иорданским Хашимитским Королевством о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Амман, 13 марта 2004 года), статья 8, пункт 3, *Federal Law Gazette for the Republic of Austria (BGBl)*, vol. III, No. 119, 12 July 2005; Соглашение между Российской Федерацией и Францией о сотрудничестве в области гражданской защиты, предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций (Москва, 18 октября 1999 года), статья 8, *Бюллетень международных договоров*, М., Юридическая литература, 2001, № 2, стр. 73; и Соглашение между Испанией и Марокко о техническом сотрудничестве и взаимной помощи в области гражданской обороны (Рабат, 21 января 1987 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1717, No. 29861, p. 143.

<sup>17</sup> Договор между Федеративной Республикой Германия и Чешской Республикой о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий (Берлин, 19 сентября 2000 года), *ibid.*, vol. 2292, No. 40860, p. 291, at p. 309, art. 8, para. 3.

<sup>18</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), *ibid.*, vol. 2153, No. 37586, p. 57, at p. 73, art. 9, para. 3.

<sup>19</sup> См. сноску 13 выше.

оказанию помощи и его оборудование и товары неразрывно связаны, поскольку материальные элементы играют незаменимую роль в содействии гарантированию оперативного и эффективного восстановления в интересах потерпевших.

#### 4. ДРУГИЕ ДОКУМЕНТЫ

21. И наконец, ссылки на эту обязанность по защите также включены в не имеющие обязательной силы документы. Например, в своей резолюции 57/150 от 16 декабря 2002 года Генеральная Ассамблея «настоятельно призывает... все государства принять меры по обеспечению безопасности действующих на их территории международных групп по проведению поисково-спасательных операций в городах», что подтверждает сопоставимое положение, которое уже включено в принятые в 1982 году ЮНИТАР Типовые правила для операций по оказанию помощи в случае бедствий, предусматривающие: «Принимающее государство принимает все необходимые меры для обеспечения безопасности и охраны обозначенного персонала по оказанию помощи и всех помещений, объектов, средств транспорта и оборудования, используемых в связи с деятельностью по оказанию помощи»<sup>20</sup>.

22. В других не имеющих обязательной силы документах также конкретно признается аналогичная и самостоятельная сфера деятельности пострадавших государств. В этой связи можно упомянуть руководящее положение 22 (Безопасность) Руководства по внутригосударственному содействию и регулированию международной помощи при чрезвычайных ситуациях и помощи в проведении первичных восстановительных работ:

Пострадавшим государствам следует принять соответствующие меры, направленные на защиту и обеспечение безопасности представителей государств и сотрудников, имеющих право на льготы гуманитарных организаций, оказывающих помощь при ЧС и проводящих первичные восстановительные работы, а также всех помещений, сооружений, транспортных средств, оборудования и товаров, используемых в связи с оказанием помощи при ЧС и проведением первичных восстановительных работ<sup>21</sup>.

23. Подобным образом Институт международного права признал этот принцип как принцип, который тесно связан с правовыми рамками, касающимися ситуаций в период бедствий, например в пункте 3 статьи VII своей резолюции 2003 года о гуманитарной помощи, согласно которой: «Пострадавшие государства обеспечивают защиту персонала, товаров и оказываемых услуг»<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> UNITAR, *Model Rules for Disaster Relief Operations* (Mohamed El Baradei and others), Policy and Efficacy Studies, No. 8 (United Nations publication, Sales No. E.82.XV.PE/8), Model Rule 17, p. 44.

<sup>21</sup> МФКК, *Введение в Руководство по внутригосударственному содействию и регулированию международной помощи при чрезвычайных ситуациях и помощи в проведении первичных восстановительных работ* (Женева, 2008 год), стр. 19.

<sup>22</sup> Резолюция о гуманитарной помощи, принятая Институтом международного права на его сессии в Брюгге 2 сентября 2003 года, *Yearbook of the Institute of International Law*, vol. 70, Part I (2002–2003), pp. 399–576, and Part II, pp. 263–277, at p. 275, art. VII, para. 3. См. также пункт 20 с) Проекта международного руководства для операций гуманитарной помощи, разработанного

24. Вышеприведенный обзор позволяет сделать вывод о том, что международная практика подтверждает как релевантность, так и самостоятельный характер обязательства потерпевших государств защищать персонал по оказанию помощи и его оборудование и товары.

#### С. Категории соответствующего персонала по оказанию помощи и его оборудования и товаров

25. Некоторые основные ограничения в ясно выраженной форме включены в соответствующие договоры, например требование о том, чтобы персонал по оказанию помощи, оборудование и товары рассматривались в качестве таковых только в том случае, когда они соответствующим образом обозначены государствами – участниками договора. Однако положения, присутствующие в нескольких вышеупомянутых договорах, конкретно не включают или не исключают некоторые другие категории гуманитарного персонала, который может участвовать в усилиях по оказанию помощи, координируемых пострадавшим государством. Поэтому различные группы гуманитарного персонала могут быть охарактеризованы как релевантные в этом контексте, например: гражданский и военный государственный персонал; сотрудники международных организаций; персонал Движения Красного Креста и Красного Полумесяца; и персонал неправительственных организаций (НПО), участвующий в деятельности по оказанию помощи, которой руководит соответствующее государство.

26. Отсутствие конкретных изъятий не может истолковываться как подразумевающее, что любое лицо или структура, присутствующие на территории пострадавшего государства в целях поддержки усилий по оказанию помощи, могут быть автоматически квалифицированы как имеющие право на защиту согласно этим положениям. В договорах постоянно подтверждается основной постулат гуманитарной помощи в случае бедствий, а именно требование о получении согласия пострадавшего государства на оказание внешней помощи и главная роль этого государства в отношении руководства, координации и надзора за оказанием помощи и деятельности по оказанию помощи, осуществляемой как помогающими государствами, так и негосударственными структурами, включая международные организации.

27. В этом контексте важно отметить, что значительное число положений, касающихся обязанности по защите, были включены в качестве отдельных пунктов в статьи, касающиеся координационной и управленческой роли пострадавшего государства в отношении внешней помощи. Например, в Соглашении АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций, помимо того, что в пункте 2 его статьи 11 подтверждается, что помощь может оказываться только по просьбе и с согласия запрашивающей стороны, в пункте 1 статьи 12 предусматривается эффективный *modus operandi* международной операции по оказанию помощи. С этой

Питером Макалистером-Смитом (Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1991).

целью в нем требуется, с одной стороны, чтобы принимающее государство осуществляло общее руководство и надзор над помощью, оказываемой на его территории, и, с другой стороны, чтобы помогающий субъект в консультации с пострадавшим государством назначал руководителя операций по оказанию помощи, осуществляющего непосредственный надзор за иностранным персоналом и его оборудованием. Сразу после этого в Соглашении АСЕАН в пункте 2 статьи 12 предусматривается, что запрашивающее государство обеспечивает защиту персонала, оборудования и материалов, размещенных на его территории «помогающим субъектом» или от его имени, и этот широкий юридический термин призван охватить государства, международные организации и любые другие структуры или лиц, которые предлагают или оказывают помощь государству – участнику Соглашения АСЕАН<sup>23</sup>. Аналогичным образом в Конвенции Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи подчеркивается, что никакая телекоммуникационная помощь не оказывается без согласия запрашивающей стороны, а также констатируется право этого государства направлять, контролировать и координировать телекоммуникационную помощь при признании роли Координатора чрезвычайной помощи Организации Объединенных Наций как координатора операций по Конвенции<sup>24</sup>. В то же время в Конвенции Тампере признается право пострадавшего государства запрашивать телекоммуникационную помощь непосредственно у межправительственных организаций и негосударственных образований, причем этот юридический термин определен в пункте 10 ее статьи 1 как включающий НПО и Движение Красного Креста и Красного Полумесяца. Поэтому сфера охвата пункта 3 статьи 5 Конвенции Тампере, в которой идет речь о защите персонала, оборудования и материалов, задействованных в международной миссии, может распространяться на всех действующих лиц, предоставляющих телекоммуникационные ресурсы для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи.

28. Аналогичный подход используется в нескольких многосторонних международных конвенциях, имеющих аналогичную структуру. В частности, в них подчеркивается требование о том, что внешние действующие лица должны получать согласие пострадавшего государства, с тем чтобы иметь возможность оказывать помощь, а также главная координационная роль этого государства в отношении деятельности международных структур, оказывающих поддержку, и, наконец, обязанность пострадавшего государства обеспечивать защиту персонала по оказанию помощи в случае бедствия и его оборудования и товаров. В этой связи можно сослаться, например, на статьи II и IV Межамериканской конвенции об облегчении оказания помощи в случае бедствий,

<sup>23</sup> Статья 1, пункт 1, ««помогающий субъект» означает государство, международную организацию и любую другую структуру или лиц, которые предлагают и/или оказывают помощь принимающему государству или запрашивающей стороне в случае чрезвычайной ситуации бедствия».

<sup>24</sup> Статьи 2 и 4.

статьи 2 и 4 Конвенции о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации и статьи III и IX Соглашения СААРК о быстром реагировании на стихийные бедствия.

29. Цель обязательства по защите, предусмотренного в вышеупомянутых международных договорах, заключается в том, чтобы побудить государства проявлять должную осмотрительность, прилагая максимальные усилия по гарантированию охраны и безопасности этих гуманитарных структур, помощь которых была принята и за которыми осуществляется надзор со стороны правительственных органов пострадавшего государства. Как будет обсуждаться далее, такой всеобъемлющий подход является релевантным с точки зрения надлежащего выполнения этого обязательства. Фактически местные органы власти лучше всего могут оценивать риски в области безопасности, которым может подвергаться международный персонал по оказанию помощи, сотрудничать с ними при решении вопросов, касающихся охраны, а также координировать деятельность внешних действующих лиц с учетом этих озабоченностей. Кроме того, именно они могут играть неотъемлемую главную роль в деле обеспечения наличия надлежащих рамок обеспечения безопасности при осуществлении деятельности по оказанию помощи.

30. Вышеуказанный подход согласуется с комплексом проектов статей по этой теме, который принят до настоящего времени и основан на фундаментальных международно-правовых принципах суверенитета и невмешательства. В этой связи следует упомянуть проект статьи 11, в котором оказание внешней помощи обуславливается согласием пострадавшего государства. Кроме того, можно упомянуть проект статьи 9, в котором подчеркивается, что пострадавшее государство играет главную роль в руководстве, контроле, координации и надзоре применительно к оказанию чрезвычайной помощи и содействия, с тем чтобы выполнить свою обязанность по защите лиц, пострадавших от бедствий, и обеспечить помощь в соответствии с международно-правовыми принципами и нормами, кодифицированными и разработанными Комиссией в рамках настоящего проекта. Поэтому если заглядывать в будущее, то защита персонала по оказанию помощи в случае бедствий, оборудования и товаров является одним из дополнительных ключевых элементов, позволяющих пострадавшему государству в полном объеме выполнять свое главное обязательство, как это предписывается проектом статьи 9.

31. С тем чтобы более точно определить для целей настоящего проекта сферу охвата обязанности по защите, внимание следует также уделить другим уже принятым положениям, а именно проекту статьи 12. В этой статье упоминаются несколько действующих лиц (государства, Организация Объединенных Наций и другие межправительственные организации и соответствующие НПО), которые могут играть взаимодополняющую роль в деле реагирования на бедствия, предлагая свою помощь в рамках некоторых форм сотрудничества, предусмотренных в проекте статьи 5 bis. Принятие мер подобного рода может позволить обеспечить наличие персонала по оказанию

помощи, оборудования и предметов снабжения, а также научных, медицинских и технических ресурсов.

32. Соответственно, после того как пострадавшее государство приняло предложения об оказании помощи, представленные соответствующими внешними действующими лицами, и убедилось в том, что эти внешние образования, будь то государства или иные структуры, способны поддерживать свои собственные усилия по оказанию помощи, оно должно стремиться к гарантированию защиты персонала по оказанию помощи, соответствующего оборудования и товаров. Следовательно, с учетом проекта статьи 12, персонал по оказанию помощи, который выиграет от распространения на него сферы действия настоящего комплекса проектов статей согласно ясно выраженному положению, гарантирующему его защиту, может быть либо гражданским, либо военным персоналом государства, или персоналом международных организаций, или персоналом Движения Красного Креста и Красного Полумесяца, или персоналом соответствующих НПО.

33. Кроме того, релевантным в этом контексте является защита товаров и оборудования, которые принадлежат этим образованиям и используются в связи с их участием в оказании помощи в случае бедствия и первичного восстановления. Термин «оборудование и материалы», который является термином, обычно упоминаемым в соответствующих текстах, должен толковаться широко как охватывающий те позиции, которые необходимы для успеха соответствующей операции. В обычном смысле термин «оборудование» охватывает позиции, необходимые для персонала по оказанию помощи, с тем чтобы он мог эффективно выполнять свою функцию по оказанию помощи, например радиотехнические средства и автотранспортные средства, в то время как термин «материалы», или иной подобный термин, означает предметы снабжения, предназначенные для распределения среди жертв стихийного бедствия, содействия оказанию им помощи и первоначальному восстановлению в качестве предметов первой необходимости. Например, статья 2 Соглашения между Австрийской Республикой и Иорданским Хашимитским Королевством о взаимной помощи в случае бедствий или серьезных аварий<sup>25</sup> предусматривает: «Термин “оборудование” означает материалы, особенно технические объекты, средства транспорта и спасательные собаки, необходимые для выполнения соответствующих задач, а также товары, используемые для своих собственных нужд... Термин “товары для оказания помощи” означает товары, предназначенные для безвозмездной поставки пострадавшему населению в запрашивающем государстве». Аналогичным образом в статье 2 Соглашения между правительством Латвийской Республики и Кабинетом министров Украины о сотрудничестве в области предотвращения бедствий и ликвидации их последствий<sup>26</sup> говорится следующее: «Для цели настоящего Соглашения термин... б) “оборудование” означает материалы, технические и транспортные средства, медикаменты и медицинское

оборудование и индивидуальные комплекты для членов групп по оказанию помощи и/или экспертов; 7) “товары по линии оказания помощи” означает материальные ресурсы, выделенные для бесплатного распределения среди населения, пострадавшего от бедствий». Соответствующая ссылка уже содержится в подпункте *b*) пункта 1 проекта статьи 14 настоящего проекта, в котором упоминаются «товары и оборудование», задействуемые в операции по оказанию помощи. Этот термин был охарактеризован в соответствующем комментарии как охватывающий «всевозможные материалы, технические средства, машины, продукты питания, медикаменты и другие предметы, необходимые для операций по оказанию экстренной помощи»<sup>27</sup>. С логической точки зрения позиции, таким образом включенные в неисчерпывающий перечень, приведенный в пункте 1 *b*) проекта статьи 14, могут также частично при осуществлении подпадать под сферу применения окончательного проекта статьи, касающегося обязанности защищать персонал по оказанию помощи, оборудование и товары. В целях соблюдения единообразия формулировок в настоящем проекте Специальный докладчик использовал по всему тексту термин «товары и оборудование», а не более распространенный термин «материалы и оборудование», используемый в международных договорах и документах, посвященных этой теме.

34. Несмотря на то, что в стандартных договорных положениях, касающихся этого вопроса, содержится ссылка на «оборудование и материалы, размещенные» на территории пострадавшего государства, следует признать, что у гуманитарных субъектов может возникнуть необходимость обращения к местному рынку для приобретения товаров на цели использования в деятельности по оказанию помощи. Поэтому, независимо от их происхождения, такое оборудование и товары также нуждаются в защите со стороны пострадавшего государства.

#### **D. Меры, которые надлежит принимать пострадавшим государствам для выполнения их обязанности защищать персонал по оказанию помощи и его оборудование и товары**

35. Меры, которые надлежит принимать пострадавшими государствами для выполнения своей обязанности по защите персонала по оказанию помощи и его оборудования и товаров могут различаться по содержанию и подразумевать различные формы поведения государств.

36. Одно из предварительных требований в отношении государств, пострадавших от бедствия, заключается в необходимости учета негативного аспекта такого обязательства, с тем чтобы не допустить непосредственного участия их государственных органов в осуществлении наносящей вред деятельности в том, что касается персонала по оказанию помощи и его оборудования и товаров. В этом смысле это обязательство является обязательством результата с четким содержанием, хотя его выполнение может быть

<sup>25</sup> См. сноску 16 выше.

<sup>26</sup> См. сноску 15 выше, at p. 99.

<sup>27</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 68, пункт 5) комментарий к проекту статьи 14.

довольно гипотетическим, поскольку следует презюмировать, что пострадавшие от бедствий государства будут действовать позитивно применительно к их обязанностям гарантировать безопасность международных действующих лиц, которым они разрешили участвовать в деятельности по оказанию помощи на их территории.

37. В связи с выполнением обязательства посредством принятия позитивных мер, которое надлежит выводить из обязанности по защите, возникают довольно более сложные вопросы. В частности, риски для безопасности оказывающего в связи с бедствием помощь персонала могут возникать главным образом из-за деятельности негосударственных структур, пытающихся извлечь выгоду из нестабильных условий в плане безопасности, возникающих во время бедствий, с тем чтобы получить незаконную прибыль от преступной деятельности, направленной против персонала по оказанию помощи в связи с бедствием и их товаров и оборудования, или преднамеренно занимающихся совершением наносящих вред действий, направленных против них в силу самого факта их принадлежности международным миссиям.

38. В целях предотвращения наносящей ущерб деятельности подобного рода, осуществляемой лицами, выступающими в своем личном качестве, пострадавшие государства должны проявлять должную заботливость при принятии необходимых превентивных мер по достижению цели, предусмотренной международным обязательством. Поэтому обязанность защищать персонал по оказанию помощи в связи с бедствием, товары и оборудование может квалифицироваться в качестве обязательства поведения, а не результата, в силу чего государства должны действовать в разумной степени осторожно и осмотрительно для гарантирования защиты, пытаясь не допускать наступления наносящих ущерб событий.

39. Квалификация этого обязательства в качестве обязательства поведения подтверждается международными документами, в которых идет речь об обязательстве защищать персонал по оказанию помощи в связи с бедствием и его оборудование и товары. В этой связи можно упомянуть статью IV с) Межамериканской конвенции об облегчении оказания помощи в случае бедствий, которая устанавливает, что получающее помощь государство обязуется «всячески стараться защищать персонал, оснащение и материалы, ввозимые на его территорию для этих нужд помогающим государством или от его имени». Аналогичным образом в пункте 2 статьи 7 Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала предусматривается: «Государства-участники принимают все надлежащие меры в целях обеспечения безопасности и защиты персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала. В частности, государства-участники принимают все необходимые шаги для защиты персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, размещенного на их территории» от целого ряда преступлений, предусмотренных в Конвенции. Дополнительные ссылки можно обнаружить в двусторонних договорах, например в пункте 3

статьи 2 Соглашения между Российской Федерацией и Швейцарией о взаимодействии в области чрезвычайного гуманитарного реагирования на катастрофы и кризисы и содействия международному развитию<sup>28</sup>, в соответствии с которым «стороны, в случае необходимости, оказывают максимальную возможную поддержку» персоналу по оказанию помощи и его товарам и оборудованию и обеспечивают их должную защиту. В других документах четко подчеркивается характер таких положений как обязательства поведения. Например, согласно правилу 17 Типовых правил ЮНИТАР, «принимающее государство принимает все необходимые меры для обеспечения безопасности и охраны обозначенного персонала по оказанию помощи, а также всех помещений, сооружений, транспортных средств и оборудования, используемых в связи с оказанием помощи». В аналогичном ключе в руководящем положении 22 Руководства МФКК содержится ссылка на необходимость «принятия соответствующих мер, направленных на защиту и обеспечение безопасности... сотрудников... оказывающих помощь при ЧС и проводящих первичные восстановительные работы, а также всех помещений, сооружений, транспортных средств, оборудования и товаров, используемых в связи с оказанием помощи при ЧС и проведением первичных восстановительных работ»<sup>29</sup>.

40. Обязательства поведения требуют, чтобы государства скорее стремились к достижению целей соответствующего обязательства, а не добивались успеха в его достижении. Как заявил Международный Суд в деле *Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказания за него*, квалифицируя обязанность предотвращать геноцид в качестве обязательства поведения,

на государство нельзя возлагать обязательство добиваться успеха независимо от обстоятельств в деле предотвращения геноцида: скорее, обязательства государств-участников заключаются в использовании всех средств, в разумной степени доступных им, чтобы предотвращать геноцид в максимально возможной степени. Государство не несет ответственность лишь потому, что желаемый результат достигнут не был<sup>30</sup>.

41. Поэтому меры, которые надлежит принимать государствам, прилагая максимальные усилия по достижению предполагаемой цели, зависят от контекста. По мнению Международного Суда: «Содержание обязанности предотвращать варьируется в различных документах по формулировкам соответствующих положений и в зависимости от характера деяний, которые надлежит предотвращать»<sup>31</sup>. Обязательства поведения дают государствам определенную степень усмотрения относительно мер, которые

<sup>28</sup> Соглашение между Министерством Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий и Швейцарским агентством по развитию и сотрудничеству о взаимодействии в области чрезвычайного гуманитарного реагирования на катастрофы и кризисы и содействия международному развитию (Берн, 21 сентября 2009 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2641, No. 47040, p. 94, at p. 95.

<sup>29</sup> См. сноску 21 выше.

<sup>30</sup> *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p.43, at p. 221, para. 430.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 220, para. 429.

надлежит принимать, поскольку они обычно четко не указывают средства для достижения результата с учетом соответствующих обстоятельств. Так, что касается позитивных обязательств, касающихся права на жизнь, Европейский суд по правам человека постановил, 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... это является результатом наличия у государств большой степени усмотрения, как Суд ранее признавал, в сложных социальных и технических сферах... Это соображение должно учитываться даже в большей степени с точки зрения оказания помощи в чрезвычайной ситуации<sup>32</sup>.

Аналогичным образом Международный Суд, с тем чтобы определить, нарушила ли Никарагуа свое обязательство проявлять должную осмотрительность для предотвращения транспортировки через ее территорию оружия, предназначенного для Сальвадора, учел несколько обстоятельств, таких как ограниченность ресурсов, имеющихся в распоряжении правительства, сложный характер тайной частной незаконной деятельности, происходящей на ее территории, и географические препятствия, характерные соответствующим районам<sup>33</sup>. Эти обязательства могут также принимать динамичный характер с учетом развития ситуации, что было подтверждено Комиссией в отношении других областей международного права. Например, в своем комментарии к проектам статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, 2001 год, Комиссия заявила следующее:

Критерий, рассматриваемый в качестве обоснованного стандарта предусмотрительности или должной осмотрительности, может со временем измениться: то, что можно считать надлежащими и обоснованными процедурами, стандартами или нормами в какой-либо конкретный момент времени, возможно, нельзя будет считать таковыми в какой-либо другой конкретный момент времени в будущем<sup>34</sup>.

Что касается ситуаций бедствий, то несколько обстоятельств могут быть релевантными при оценке уместности мер, которые надлежит принимать для выполнения обязанности по защите, такие как трудности, с которыми сталкивается государство при осуществлении своей обычной деятельности из-за хаотичности ситуации, сложившейся из-за бедствия, и подход и поведение гуманитарных действующих лиц, участвующих в операциях по оказанию помощи, а также превалирующие на данный момент обстоятельства, которые затронули релевантные области операций.

42. В то же время надо подчеркнуть, что риски с точки зрения безопасности должны оцениваться с учетом всеобъемлющего характера миссий по оказанию помощи, необходимости гарантирования принятия

адекватных и эффективных мер для оказания помощи жертвам бедствия. Поскольку государства должны соблюдать только обязательства поведения, а не результата, обязанность по защите не должна неверно толковаться как создающая необоснованные и несоизмеримые препятствия для деятельности по оказанию помощи, осуществляемой соответствующими гуманитарными действующими лицами. В этой связи надлежит обратить внимание на проект статьи 14 настоящего проекта, требующий от государств принимать необходимые меры для облегчения свободы передвижения персонала по оказанию помощи. Как справедливо отметила Комиссия в своем комментарии к нему:

Пострадавшие государства могут ограничивать доступ к определенным чувствительным районам, не затрагивая при этом свободу в пределах соответствующей зоны. Неоправданное ограничение свободы передвижения персонала, занимающегося оказанием экстренной помощи, подрывает способность таких работников предоставлять помощь на гибкой основе<sup>35</sup>.

43. Кроме того, что касается потенциальных мер, которые могут приниматься в этой связи, то необходимо особо подчеркнуть, что возможность использования вооруженного сопровождения в операциях по оказанию помощи в случае бедствий должна оцениваться на основании передовых практических методов, разработанных в этой области основными гуманитарными структурами. В этом отношении следовало бы уделять особое внимание принятым в 2013 году не имеющим обязательной силы Руководящим принципам Межучрежденческого постоянного комитета, касающимся использования вооруженного сопровождения для автоколонн с гуманитарными грузами, которые имеют своей целью помочь соответствующим структурам при принятии решения по весьма деликатному вопросу при полном учете гуманитарных принципов и безопасности гуманитарных ситуаций. Как разъясняется в главе II «Общее правило» этого документа:

Как общее правило, автоколонны с гуманитарными грузами *не* будут использовать вооруженное сопровождение.

Однако могут сложиться исключительные обстоятельства, когда использование вооруженного сопровождения необходимо в качестве «крайнего средства», позволяющего осуществлять гуманитарные акции. Прежде чем принимать решение о таких изъятиях, следует рассмотреть последствия и возможные альтернативы применения вооруженного сопровождения<sup>36</sup>.

Этот вывод является еще более уместным с учетом того факта, что связанные с обеспечением безопасности озабоченности в ситуациях бедствий, как правило, гораздо менее серьезные, чем озабоченности, присутствующие в ситуациях, связанных с оказанием помощи в вооруженных конфликтах или при других подобных сценариях, связанных с высоким риском.

44. В этом контексте следует отметить, что целый ряд договоров, касающихся помощи в случае

<sup>32</sup> *Budayeva and Others v. Russia*, application nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, ECHR 2008-II, p. 290, para. 135.

<sup>33</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at pp. 73–75, paras. 155–157.

<sup>34</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 188, пункт 11) комментарий к проекту статьи 3.

<sup>35</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 68, пункт 4) комментарий к проекту статьи 14.

<sup>36</sup> IASC Non-Binding Guidelines on the Use of Armed Escorts for Humanitarian Convoys, 27 February 2013, p. 3, имеется по адресу <https://docs.unocha.org/sites/dms/Documents/Armed%20Escort%20Guidelines%20-%20Final.pdf>.

бедствия, как правило, в явно выраженной форме исключают возможность обеспечения иностранным военным персоналом, участвующим в усилиях по оказанию помощи в случае бедствий, безопасности другого персонала, задействованного в такой деятельности, поскольку эта обязанность возлагается на воинский и полицейский контингент потерпевшего государства<sup>37</sup>. Это ограничение можно также вывести из других договорных положений, требующих, чтобы иностранный военный персонал, задействованный в миссиях по оказанию помощи, не был вооружен<sup>38</sup>. Однако при наличии согласия, реально выраженного в ясной форме потерпевшим государством, особенно когда речь идет о выполнении своего конкретного мандата со стороны компетентных международных органов, таких как Совет Безопасности, возможность того, что действующие лица, помимо воинских подразделений и полицейских сил принимающего правительства, могут также гарантировать такую защиту персонала по оказанию помощи в случае бедствий, оборудования и товаров, не может быть исключена для целей настоящих проектов статей. Поэтому этот последний вариант также может быть предусмотрен при условии, что он согласуется с принципами и нормами, кодифицированными и разработанными до настоящего времени.

45. Кроме того, международные гуманитарные структуры сами могут способствовать достижению этой цели, приняв ряд мер по смягчению, направленных на снижение степени их уязвимости к угрозам их безопасности. Обязанность соответствующих гуманитарных структур проявлять заботу по отношению к своему персоналу, развернутому в опасных международных миссиях, определенно является частью общих обязанностей, лежащих на них. Достаточно напомнить о позиции, утвержденной Международным Судом в 1949 году, когда он подтвердил, что

<sup>37</sup> См. Соглашение между Аргентинской Республикой и Республикой Перу о сотрудничестве в отношении бедствий (Буэнос-Айрес, 11 июня 2004 года), *Boletín Oficial de la República Argentina*, 25 August 2006, No. 30976, p. 5, art. 7, para. 2. См. также Соглашение между Аргентинской Республикой и Республикой Чили о сотрудничестве в отношении бедствий (Сантьяго, 8 августа 1997 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2776, No. 48880, p. 185, at p. 196, art. 7, para. 3.

<sup>38</sup> См. статью 12, пункт 2, Соглашения АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций; статью IX, пункт 2, Соглашения СААРК о быстром реагировании на стихийные бедствия. См. также: Совет Европы, рекомендация Rec(2002)3 Комитета министров государствам-членам относительно трансграничного сотрудничества в области гражданской защиты и взаимной помощи в случае стихийных бедствий и техногенных катастроф, возникающих в приграничных районах, приложение, пункт 13 («если в сферу оказания чрезвычайных услуг входят воинские или полувоенные подразделения, то направляющее государство должно обеспечить, чтобы они прибывали без оружия при условии соблюдения конкретных соглашений с запрашивающим государством, особенно в отношении защиты направленного персонала и оборудования»); УКГВ, Руководящие принципы использования иностранных военных ресурсов и средств гражданской обороны для оказания помощи в случае бедствий, пересмотренные в ноябре 2007 года («Руководящие принципы Осло»), пункт 29 («В принципе личный состав вооруженных сил и сил гражданской обороны, развертываемый для выполнения миссий по оказанию помощи в случае бедствий, не будет вооружен и будет носить национальную форменную одежду. Общая ответственность за обеспечение надлежащей безопасности для ВРСГО возлагается на пострадавшее государство»).

Организация может счесть необходимым поручить... своим агентам важные миссии, которые будут проводиться в неблагоприятных частях мира: как для обеспечения эффективного и независимого выполнения этих миссий, так и для обеспечения эффективной поддержки своих агентов Организация может предоставить им надлежащую защиту<sup>39</sup>.

В системе Организации Объединенных Наций последующие меры должны приниматься в первую очередь Генеральным секретарем, как указано в Положениях о персонале Организации Объединенных Наций<sup>40</sup>. Согласно положению 1.2 с):

Сотрудники подчинены Генеральному секретарю... При осуществлении этих полномочий Генеральный секретарь стремится обеспечить, чтобы с учетом обстоятельств были приняты все необходимые меры по обеспечению охраны и безопасности сотрудников, выполняющих возложенные на них обязанности.

Такое полномочие было подтверждено несколькими резолюциями Генеральной Ассамблеи об охране и безопасности гуманитарного персонала и защите персонала Организации Объединенных Наций. Например, в своей самой недавней резолюции по этому вопросу Генеральная Ассамблея просила Генерального секретаря, в частности,

продолжать принимать необходимые меры по обеспечению того, чтобы персонал Организации Объединенных Наций и другой персонал... был надлежащим образом информирован и действовал согласно минимальным оперативным стандартам безопасности и соответствующим кодексам поведения и был надлежащим образом информирован о тех условиях, в которых ему предстоит работать... и чтобы обеспечивалась надлежащая подготовка по вопросам безопасности... в целях повышения безопасности персонала и эффективности выполнения им своих функций, и вновь [подтвердила] необходимость предоставления всеми другими гуманитарными организациями аналогичной поддержки своему персоналу<sup>41</sup>.

Эта обязанность проявлять заботу в конкретном контексте операций по оказанию помощи в случае бедствий была также подтверждена принятым МФКК Руководством, руководящее положение 22 которого гласит: «Государствам и гуманитарным организациям, оказывающим помощь, следует также принять соответствующие меры на этапах планирования и проведения своих собственных операций для снижения угрозы безопасности»<sup>42</sup>.

46. Несмотря на какие-либо превентивные меры, которые могут утверждаться соответствующими действующими лицами, наносящие ущерб действия по-прежнему могут осуществляться против персонала по оказанию помощи и его оборудования и товаров. Эта незаконная деятельность должна преследоваться пострадавшим государством, осуществляющим свою имманентную компетенцию по пресечению преступлений, совершаемых в пределах его юрисдикции. Как указывалось в резолюции Института международного права о гуманитарной помощи 2003 года, в

<sup>39</sup> *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949*, p. 174, at p. 183.

<sup>40</sup> См. Положения о персонале Организации Объединенных Наций и временные правила о персонале, бюллетень Генерального секретаря от 21 октября 2009 года (ST/SGB/2009/7).

<sup>41</sup> См. резолюцию 67/85 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 2012 года, пункт 20. Несколько дополнительных мер также предусмотрены в пунктах 19–36 этой резолюции.

<sup>42</sup> См. сноску 21 выше.

случае нападений на персонал, установки, товары или транспортные средства, задействованные в операциях по оказанию гуманитарной помощи, «обвиняемое лицо должно предстать перед компетентным внутригосударственным или международным судом или трибуналом»<sup>43</sup>.

47. В этой связи полезную роль могли бы также играть государства – участники Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала и Факультативного протокола к ней. Этот договор требует, чтобы государства-участники обеспечивали безопасность и охрану категорий персонала, указанных в статье 2 а) и б) и пресекали конкретные преступления, перечисленные в Конвенции, на основе подхода «судебное преследование или выдача». Однако с тем, чтобы применять эти положения, персонал Организации Объединенных Наций и связанный с ней персонал должны быть задействованы в одной из миссий, указанных в статье 1 с) Конвенции или в статье 2 Факультативного протокола. Статья 1 с) Конвенции гласит, что

«операция Организации Объединенных Наций» означает операцию, учрежденную компетентным органом Организации Объединенных Наций в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций и проводимую под руководством и контролем Организации Объединенных Наций:

i) когда операция проводится в целях поддержания или восстановления международного мира и безопасности; или

ii) когда Совет Безопасности или Генеральная Ассамблея для целей настоящей Конвенции объявляет о том, что существует особый риск в отношении безопасности персонала, участвующего в этой операции.

48. Согласно положениям Конвенции о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, ее применимость в интересах персонала по оказанию гуманитарной помощи в случае бедствия ограничена требованием о том, что Совет Безопасности и Генеральная Ассамблея должны объявить о том, что существует особый риск. Однако такие заявления никогда в настоящее время не озвучивались ни одним из обоих компетентных органов Организации Объединенных Наций.

49. В пункте 1 статьи II Факультативного протокола сфера применения Конвенции расширяется, но при

<sup>43</sup> Art. IX, para. 2 (см. сноску 22 выше).

этом отсутствует дополнительное требование об объявлении о том, что существует особый риск, и распространяется на операции, проводимые для целей:

a) оказания гуманитарной и политической помощи или помощи в области развития на этапе миростроительства, или

b) оказания чрезвычайной гуманитарной помощи.

В то время как этот последний вариант был бы релевантным для ряда миссий, проводимых в рамках реагирования на бедствия, предусматривается, что принимающее государство, согласно пункту 3 статьи II Факультативного протокола, может сделать Генеральному секретарю заявление о том,

что оно не будет применять положения настоящего Протокола в отношении операции, проводимой в соответствии с подпунктом b) пункта 1 статьи II, единственная цель которой заключается в реагировании на стихийное бедствие. Такое заявление должно быть сделано до разворачивания операции.

Следовательно, пострадавшее государство может сослаться на процитированную оговорку относительно операций по реагированию на бедствия, с тем чтобы не применять Факультативный протокол и Конвенцию по отношению к соответствующей ситуации бедствия. Однако необходимо подчеркнуть, что до настоящего времени государства-участники ни разу не воспользовались открывающейся таким образом возможностью отказа.

### *Предложение о новом проекте статьи*

50. В свете вышеизложенного Специальный докладчик делает вывод о необходимости включения в комплекс проектов статей о защите людей в случае бедствий нового проекта статьи, касающегося защиты персонала по оказанию помощи в случае бедствия, его оборудования и товаров. Предлагаемый проект статьи, который в предварительном порядке был бы включен как проект статьи 14 bis, гласил бы следующее:

*«Проект статьи 14 bis. Защита персонала по оказанию помощи, оборудования и товаров*

Пострадавшее государство принимает все необходимые меры для обеспечения защиты персонала по оказанию помощи, оборудования и товаров, находящихся на его территории для цели оказания внешней помощи».

## ГЛАВА III

### Общие положения

51. Как и в случае проектов, подготовленных Комиссией по другим темам, настоящий доклад должен завершаться несколькими общими или исключительными оговорками относительно его связи с другими нормами международного права, применяемыми в ситуациях бедствия. Такие положения могут на деле содействовать дальнейшему определению сферы охвата проектов статей.

#### **А. Связь со специальными нормами международного права**

52. В своем меморандуме 2007 года на тему «Защита людей в случае бедствий»<sup>44</sup>, Секретариат опреде-

<sup>44</sup> A/CN.4/590 и Add.1–3 (размещен на веб-сайте Комиссии, документы шестидесятой сессии; окончательный текст будет



лил более 200 международно-правовых документов, затрагивающих различные аспекты предотвращения бедствий и реагирования на них и, если говорить в более общем плане, имеющих отношение к защите людей в ситуациях бедствия. Указание на другие релевантные многосторонние и двусторонние договоры содержалось в ссылках в шести докладах, последовательно представленных с 2008 года Специальным докладчиком, в частности в его шестом докладе<sup>45</sup>. Действительно, международное сотрудничество в оказании чрезвычайной помощи в случае бедствий, а также в деятельности по обеспечению готовности к бедствиям, их предотвращению и смягчению их последствий стало более широко распространенным в настоящее время, что привело к повышению степени нормативной насыщенности в этой области. Более того, при оценке точной сферы охвата прав и обязанностей государств и других действующих лиц применительно к предотвращению бедствий и управлению ими необходимо учитывать несколько специализированных областей международного права<sup>46</sup>. Отсюда вытекает необходимость в положении, направленном на согласование нынешних проектов статей с другими нормами международного права.

53. Для поиска ориентиров при разработке такого положения необходимо проанализировать существующие документы, в которых, как и в нынешних проектах статей, рассматриваются вопросы предотвращения стихийных бедствий и реагирования на них в общем плане. Как правило, такие документы касаются широкого круга вопросов и поэтому могут диссонировать с другими, более специализированными нормами международного права. Для обеспечения завершенности нынешний обзор будет также включать в себя инструменты «мягкого права» и другие документы, разработанные и принятые авторитетными органами.

#### 1. УНИВЕРСАЛЬНЫЕ ДОГОВОРЫ

54. Обращаясь сначала к универсальным договорам, следует отметить, что в настоящее время существуют два действующих секторальных документа, содержащие общие нормы, направленные на регулирование оказания международной гуманитарной помощи: Конвенция Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи и Рамочная конвенция по оказанию помощи в области гражданской обороны.

55. В то время как Конвенция Тампере посвящена исключительно оказанию телекоммуникационной

помощи, в ней излагаются нормы по ряду аспектов, имеющих отношение к деятельности иностранных субъектов по оказанию помощи (согласие, привилегии и иммунитеты, прекращение помощи, расходы, регламентационные барьеры и т. д.). Для устранения возможной нестыковки с другими нормами международного права было включено положение, предусматривающее, что Конвенция «не затрагивает прав и обязанностей государств-участников, вытекающих из других международных соглашений или международного права»<sup>47</sup>.

56. Рамочная конвенция по оказанию помощи в области гражданской обороны направлена на содействие развитию сотрудничества между государственными органами гражданской обороны «в сферах предотвращения, прогнозирования, подготовки, реагирования и посткризисного управления ситуацией»<sup>48</sup>, излагая принципы, согласно которым должны проводиться все операции по оказанию помощи. Для описания ее связи с другими международными нормами в Конвенции говорится, что она «не затрагивает другие обязательства, возложенные на государства-участники] международным правом»<sup>49</sup>.

57. Другие договоры, открытые для участия всех государств, имеют своей целью всеобъемлющую регламентацию прав и обязательств государств-участников в предотвращении и регулировании чрезвычайных ситуаций, вызванных конкретными видами деятельности человека<sup>50</sup>. Поэтому целесообразно включить их в настоящий обзор.

58. В их число входит Международная конвенция по обеспечению готовности на случай загрязнения нефтью, борьбе с ним и сотрудничеству, в которой подробно излагаются обязательства по обеспечению принятия оперативных и эффективных мер для сведения к минимуму ущерба, который может наступить в результате таких инцидентов. Статья 11 Конвенции гласит следующее:

Ничто в настоящей Конвенции не должно истолковываться как наносящее ущерб правам или обязанностям любой Стороны, предусмотренным в любых других конвенциях и международных соглашениях.

Идентичное положение содержится в Протоколе по обеспечению готовности, реагированию и сотрудничеству при инцидентах, вызывающих загрязнение опасными и вредными веществами<sup>51</sup>.

59. Аналогичным образом в статье 12 Конвенции о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации предусматривается:

Настоящая Конвенция не затрагивает взаимных прав и обязательств государств-участников по существующим международным

опубликован в качестве добавления к *Ежегоднику... 2008 год*, том II (часть первая)).

<sup>45</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/662, стр. 19–30, пункты 70–112. Обновленная база данных по релевантным документам ведется МФКК, и с ней можно ознакомиться по адресу [www.ifrc.org/en/publications-and-reports/idrl-database/](http://www.ifrc.org/en/publications-and-reports/idrl-database/). См. также De Guttry, “Surveying the law”.

<sup>46</sup> Материалы всеобъемлющего обзора соответствующих различных областей международного права см. в IFRC, *Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study*, pp. 33–82. См. также Venturini, “International disaster response law in relation to other branches of international law”.

<sup>47</sup> Статья 10.

<sup>48</sup> Преамбула.

<sup>49</sup> Там же, статья 5.

<sup>50</sup> Обширный перечень см. в 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)).

<sup>51</sup> Статья 9.

соглашениям, относящимся к вопросам, охватываемым настоящей Конвенцией, или по будущим международным соглашениям, заключенным в соответствии с предметом и целью настоящей Конвенции.

## 2. Региональные договоры

60. Несколько региональных документов подобным образом охватывают вопросы, затрагиваемые в нынешних проектах статей, и имеют аналогичную сферу применения как *ratione materiae*, так и *ratione temporis*. В большинстве этих документов содержатся положения, регулирующие их связь с другими договорами и/или другими нормами общего международного права, имеющими такую же сферу применения.

61. Соглашение между правительствами государств – участников Черноморского экономического сотрудничества (ЧЭС) о взаимодействии при оказании чрезвычайной помощи и ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера предусматривает, что этот договор «не затрагивает прав и обязанностей Сторон, касающихся других международных договоров и соглашений»<sup>52</sup>.

62. Одним из самых недавних и всеобъемлющих договоров, принятых на региональном уровне, является Соглашение АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций. Договор, «который отражает во многом современное мышление в отношении смягчения последствий бедствий и снижения рисков»<sup>53</sup>, носит общий характер и охватывает широкий круг вопросов. Согласно одной из его клаузул, его положения «никоим образом не должны затрагивать права и обязательства какой-либо из Сторон, предусмотренные любыми из существующих договоров, конвенций или документов, участниками которых они являются»<sup>54</sup>.

63. Наиболее недавним региональным соглашением, касающимся внешней помощи в ситуации бедствия, является Соглашение СААРК об оперативном реагировании на стихийные бедствия. Цель этого договора заключается «в обеспечении наличия эффективных региональных механизмов оперативного реагирования на бедствия для существенного уменьшения числа погибших людей и потерь с точки зрения социального, экономического и экологического потенциала Сторон, а также в совместном реагировании на чрезвычайные ситуации в результате бедствий посредством согласованных усилий и активного регионального сотрудничества»<sup>55</sup>, и его положения охватывают многие различные виды деятельности, связанные с реагированием на бедствия. Статья XVII Соглашения гласит следующее:

Настоящее Соглашение не затрагивает права и обязательства Сторон по другим двусторонним или многосторонним договорам, конвенциям и соглашениям, сторонами которых они являются.

64. Иной подход используется в Межамериканской конвенции об облегчении оказания помощи в случае бедствий 1991 года, которая предусматривает:

В случае возникновения расхождений между настоящей Конвенцией и другими международными соглашениями по этому вопросу, участниками которых являются государства, оказывающие и получающие помощь, преимущественную силу должно иметь то положение, в котором предусматривается предоставление наибольшего объема помощи в случае бедствия и поощряется обеспечение поддержки и защиты персонала, оказывающего помощь<sup>56</sup>.

## 3. Другие документы

65. Другим важным текстом является проект конвенции об ускорении оказания чрезвычайной помощи, который был разработан в начале 1980-х годов по инициативе Координатора Организации Объединенных Наций по оказанию помощи в случае стихийных бедствий<sup>57</sup> и содержит положения, подобные положениям настоящих проектов статей. Статья 29 («Применение других соглашений о чрезвычайной помощи») гласит следующее:

1. Настоящая Конвенция не наносит ущерба применимости других соглашений, заключенных той или иной стороной до ее вступления в силу.

2. Вступление в силу настоящей Конвенции не лишает сторону возможности заключать впоследствии другие соглашения о чрезвычайной помощи, при условии что права и обязательства других государств и организаций, применяющих положения в настоящей Конвенции, не будут затронуты.

66. Кроме того, интерес для настоящего обзора представляет резолюция о гуманитарной помощи, принятая Институтом международного права в 2003 году. Как и настоящие проекты статей, резолюция призвана обеспечить общие ориентиры относительно прав и обязанностей государств в ситуациях стихийных или антропогенных бедствий. Связь между этой резолюцией и другими нормами международного права определена в статье X:

Настоящая резолюция не наносит ущерба:

a) принципам и нормам международного гуманитарного права, применяемого в вооруженном конфликте, в частности Женевским конвенциям 1949 года о защите жертв войны и Дополнительным протоколам 1977 года<sup>58</sup>; и

b) нормам международного права, регулирующим гуманитарную помощь в конкретных ситуациях.

67. Вышеуказанный краткий обзор дает основания предположить, что всякий раз, когда государства и экспертные органы занимаются регламентацией связи между, с одной стороны, документом по вопросам, касающимся бедствий, с широкой сферой применения, затрагивающим множество вопросов, и, с другой стороны, договорами или другими нормами

<sup>56</sup> Статья XV.

<sup>57</sup> A/39/267/Add.2-E/1984/96/Add.2. Экономический и Социальный Совет, которому он был представлен, постановил не принимать дальнейших решений в отношении этой инициативы.

<sup>58</sup> Следует отметить, что в резолюции в определение термина «бедствие» также включены вооруженные конфликты (*Yearbook of the Institute of International Law*, vol. 70 (см. сноску 22 выше), at p. 267, art. I, para. 2).

<sup>52</sup> Статья 22.

<sup>53</sup> См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/598, стр. 177, пункт 34.

<sup>54</sup> Статья 30.

<sup>55</sup> Статья II.

международного права, имеющими более конкретную направленность, широкое распространение получило решение о том, что преимущественную силу должна иметь последняя категория норм.

68. По всей видимости, такой вариант в большей степени соответствует цели настоящих проектов статей, которая изложена в проекте статьи 2, а именно «облегчить надлежащее и эффективное реагирование на бедствия, позволяющее удовлетворить основные потребности затрагиваемых лиц при полном уважении их прав». Поскольку многие из положений, уже включенных в настоящий проект, устанавливают общие нормы, касающиеся международного сотрудничества в случае бедствия, было бы нецелесообразным придавать им преимущественную силу по отношению к более конкретным нормам, фигурирующим в (действующих или будущих) двусторонних или многосторонних договорах. Поскольку в обеих этих категориях договоров, как правило, излагаются обязательства государств-участников, их применение будет поэтому лучше учитывать интересы лиц, пострадавших от бедствия. Очевидно, не следует ожидать, что государства будут заключать двусторонние или многосторонние соглашения, содержащие положения, не согласующиеся с общими принципами международного права, закрепленными в настоящих проектах статей.

69. Преимущество вышеуказанного подхода заключается в том, что он позволяет сохранить более строгие стандарты, которые могли быть установлены посредством специальных соглашений, с тем чтобы не возникла коллизия между настоящими проектами статей и договорами, в которых устанавливаются такие стандарты. На основе этого же подхода регулировались бы также возможные коллизии между настоящими проектами статей и нормами обычного права с аналогичной сферой охвата. Тем не менее следует подчеркнуть, что применение таких специальных норм не может исключать применимость настоящих проектов статей, поскольку они охватывают вопросы, которые не регулируются указанными нормами<sup>59</sup>.

70. В этой связи следует напомнить, что Комиссия уже рассмотрела вопрос о связи между нормами, закрепленными в настоящем проекте, и какой-либо специальной отрасли международного права, когда она рассматривала в проекте статьи 4 настоящего проекта вопрос о возможном взаимодействии проектов статей и международного гуманитарного права. Как предусматривается в проекте статьи 4:

Настоящие проекты статей не применяются к ситуациям, к которым применимы нормы международного гуманитарного права.

В своем комментарии к проекту статьи 4 Комиссия подчеркнула тот факт, что в ситуациях вооруженного конфликта нормы международного гуманитарного

права должны иметь преимущественную силу перед нормами, содержащимися в настоящих проектах статей, тем самым подтвердив общепринятое мнение о том, что международное гуманитарное право является специальным правом, применяемым во время вооруженных конфликтов<sup>60</sup>.

71. Несмотря на вышеизложенное, Комиссия также подчеркнула в этом же комментарии, что статья 4 не должна толковаться как основание для полного исключения применимости настоящих проектов статей во время вооруженных конфликтов, разворачивающихся на территории, пострадавшей от бедствия, поскольку такое исключение «будет иметь негативные последствия для защиты жертв бедствия»<sup>61</sup>. В комментарии далее разъясняется:

Хотя проекты статей и не предназначены для регулирования последствий вооруженных конфликтов, они, тем не менее, могут применяться в ситуациях вооруженного конфликта в той степени, в какой нормы международного права, в частности международного гуманитарного права, являются неприменимыми<sup>62</sup>.

Поэтому, хотя широко распространено мнение о том, что международное гуманитарное право является особым комплексом норм права, применяемых в ситуациях вооруженного конфликта, параллельная применимость настоящих проектов статей сохраняется.

#### *Предложение о новом проекте статьи*

72. В свете вышеизложенного предлагается включить следующий проект статьи:

*«Проект статьи 17. Связь со специальными нормами международного права»*

Настоящие проекты статей не применяются, если они не согласуются со специальными нормами международного права, применяемыми в ситуациях бедствия».

73. Такая формулировка является предпочтительной по сравнению с оговоркой «без ущерба», поскольку

<sup>60</sup> См. *Ежегодник... 2010 год*, том II (часть вторая), стр. 221, пункт 1) комментария к проекту статьи 4.

<sup>61</sup> Там же, пункт 2) комментария к проекту статьи 4.

<sup>62</sup> Там же, пункт 3) комментария к проекту статьи 4. В действительности остаточная применимость проектов статей по отношению к ситуациям вооруженного конфликта, как представляется, является уместной, поскольку в нормах международного гуманитарного права, касающихся гуманитарной помощи, хотя они хорошо разработаны, имеются некоторые пробелы, которые другие нормы и принципы международного права могли бы помочь устранить. См., например, Gavshon, "The applicability of IHL in mixed situations of disaster and conflict". Параллельное применение международного гуманитарного права и других отраслей международного права было четко подтверждено в отношении права прав человека Международным Судом в *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 178, para. 106. Этот принцип также был признан Комиссией во время ее недавней работы над темой последствий вооруженных конфликтов для международных договоров, которая основывается на презумпции того, что существование вооруженного конфликта ipso facto не прекращает или приостанавливает действие договоров. См. статью 3 проекта статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 126, пункт 100.

<sup>59</sup> Что касается связи между общими и специальными нормами международного права, то см. выводы Комиссии о работе Исследовательской группы по теме «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 215, пункт 251.

она отражает остаточный характер проектов статей по отношению к специальным нормам международного права и в большей степени соответствует формулировкам аналогичных положений, недавно принятых Комиссией, например статье 17 проектов статей по дипломатической защите, которая гласит следующее:

*Специальные нормы международного права*

Настоящие проекты статей не применяются в той мере, в какой они несовместимы со специальными нормами международного права, такими, как договорные положения о защите инвестиций<sup>63</sup>.

74. С учетом логической близости между предлагаемым проектом 17 и проектом статьи 4 предлагается последний переместить и включить в раздел проекта об общих положениях<sup>64</sup>.

## **В. Связь с другими нормами международного права**

75. После рассмотрения вопроса о взаимодействии между настоящими проектами статей и различными видами специальных норм международного права, применимых к ситуациям бедствия, и с учетом смежного предложения о включении в настоящий проект клаузулы, регулирующей такое взаимодействие, становится целесообразным рассмотреть вопрос о том, какие другие исключаяющие оговорки надлежало бы включить в текст. Для обеспечения ясности в сферу охвата исследования следует включить вопрос о том, будут ли общие положения, которые будут помещены в заключительную часть проектов статей, также касаться их связи с другими международными нормами, охватывающими вопросы, не регулируемые настоящими проектами статей. В этой связи представляется целесообразным включить общую клаузулу, в которой говорится о том, что применимые нормы международного права продолжают регулировать правовые вопросы, которые могут стать актуальными в ситуациях бедствий. В этом смысле такое положение призвано дополнить предыдущую клаузулу (статья 17): в то время как последняя направлена на восстановление нормативного приоритета для каких-либо специальных норм в области применения нынешнего проекта, первое имеет своей целью обеспечить параллельное применение международных норм, имеющих отличную сферу охвата. Хотя это может показаться *prima facie* чрезмерным, даже очевидным, цель такого положения по меньшей мере является двойкой.

76. Во-первых, включение такой клаузулы способствовало бы разъяснению взаимосвязи между проектами статей и международным обычным правом, применяемым в ситуациях бедствий. В своем предварительном докладе Специальный докладчик отметил,

<sup>63</sup> См. *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 26, пункт 49. См. также статью 55 (*Lex specialis*) принятых в 2001 году проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (*Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 32, пункт 76); и статью 64 (*Lex specialis*) принятого в 2011 году проекта статей об ответственности международных организаций (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 53, пункт 87).

<sup>64</sup> Статья 21 [4] текста, принятого Комиссией в первом чтении, *Ежегодник... 2014 год*, том II (часть вторая), стр. 72, пункт 55.

что эта тема, «по всей видимости, в принципе подлежит прогрессивному развитию»<sup>65</sup>. Несмотря на такое представление, некоторые виды взаимодействия между обычными международными нормами и настоящими проектами статей были затронуты Специальным докладчиком в последующих докладах<sup>66</sup>, например в отношении права пострадавшего государства осуществлять надзор за мерами реагирования на бедствия, его обязанности запрашивать помощь и обязанности по предотвращению<sup>67</sup>. Кроме того, нельзя упустить из виду то, что другие обычные международные нормы, имеющие различную сферу применения, могут взаимодействовать с положениями проекта. Тогда предложенная клаузула способствовала бы разъяснению того, что содержание проектов статей не затрагивает применение международного обычного права по вопросам, не охваченным нынешними проектами статей, указывая при этом на то, что нынешние проекты статей не исключают дальнейшего развития норм международного обычного права в области регулирования деятельности в случае стихийных бедствий. В этом отношении клаузула воспроизводит содержание последнего пункта преамбулы Венской конвенции о праве международных договоров, в котором говорится, что «нормы международного обычного права будут по-прежнему регулировать вопросы, которые не нашли решения в положениях настоящей Конвенции», а также формулировки других положений, содержащихся в проектах статей, принятых Комиссией, а именно статьи 56 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния и статьи 65 проектов статей об ответственности международных организаций<sup>68</sup>. Статья 56 проектов статей об ответственности государств гласит следующее:

*Вопросы ответственности государства, не регулируемые настоящими статьями*

Применимые нормы международного права продолжают определять вопросы ответственности государства за международно-противоправное деяние, в той мере в какой они не регулируются настоящими статьями<sup>69</sup>.

77. Во-вторых, цель предлагаемой клаузулы состояла бы в разъяснении того, что нынешние проекты статей не вмешиваются в область договорного права, имеющего иную сферу охвата. Как разъяснил Специальный докладчик и сама Комиссия, содержание настоящего проекта отражает подход, по существу сконцентрированный на потребностях и озабоченностях физических лиц, а также их юридических

<sup>65</sup> См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/598, стр. 179, пункт 42.

<sup>66</sup> См. третий доклад (*Ежегодник... 2010 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/629, стр. 473, пункт 82), четвертый доклад (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/643 и Согл. 1, стр. 254 и далее, пункт 40 и далее) и шестой доклад (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/662).

<sup>67</sup> Что касается воздействия международного обычного права на эту тему, то см. Ronzitti, "Conclusions".

<sup>68</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 53.

<sup>69</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 32.

правах в контексте бедствий<sup>70</sup>. Из этого следует, что в проектах статей не рассматриваются все вопросы международного права, которые могут возникнуть в случае бедствий. В число примеров других международно-правовых режимов, которые могут дополнять содержание проектов статей в случае бедствий, входят, в частности, положения, касающиеся права международных договоров, особенно те положения, которые связаны с последующей невозможностью выполнения и коренным изменением обстоятельств<sup>71</sup>, а также нормы об ответственности как международных организаций, так и государств и ответственности физических лиц.

### *Предложение о новом проекте статьи*

78. В свете вышеизложенного можно предложить следующий текст проекта статьи, касающийся взаимодействия с другими применимыми нормами международного права:

*«Проект статьи 18. Вопросы, касающиеся ситуаций бедствия, не регулируемые настоящими проектами статей*

Применимые нормы международного права продолжают регулировать вопросы, связанные с ситуациями бедствия, в той степени, в которой они не регулируются настоящими проектами статей».

### **С. Связь с Уставом Организации Объединенных Наций**

79. Кроме того, было бы целесообразным включить в раздел «Общие положения» нынешнего проекта конкретную клаузулу, касающуюся взаимосвязи с обязательствами по Уставу Организации Объединенных Наций. Ее текст необходимо сформулировать с учетом статьи 103 Устава, согласно которой:

В том случае, когда обязательства Членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу.

80. На приоритет обязательств по Уставу Организации Объединенных Наций уже ссылались во время работы Комиссии над этой темой. В частности, Комиссия подчеркнула ключевую роль некоторых принципов, закрепленных в Уставе, а именно принципов суверенного равенства государств, невмешательства, сотрудничества и недискриминации, при определении прав и обязанностей государств в случае бедствий<sup>72</sup>. Кроме того, следует упомянуть, что подобный акцент на уважении принципов Устава можно обнаружить в некоторых международных документах, принятых *in subiecta materia*. В контексте помощи в случае бедствия, например, Генеральная Ассамблея

в своей резолюции 46/182 от 19 декабря 1991 года заявляет, что «суверенитет, территориальная целостность и национальное единство государств должны полностью уважаться в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций»<sup>73</sup>. В аналогичном ключе в Соглашении АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций признается, что «суверенитет, территориальная целостность и национальное единство сторон должны уважаться в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций»<sup>74</sup>. Аналогичный подход использует Европейский союз, принимая меры по управлению деятельностью в случае стихийных бедствий, которая должна осуществляться при соблюдении обязательств по Уставу. Этот вывод вытекает из Договора о Европейском союзе, в котором принципы Устава Организации Объединенных Наций упоминаются в числе тех заслуживающих уважения принципов, которые стимулируют развитие Европейского союза. Несмотря на то, что в этом положении отсутствует прямая ссылка на управление Европейским союзом деятельностью в случае бедствия, тем не менее очевидно, что деятельность Европейского союза в этой области должна осуществляться с соблюдением Устава, поскольку она отражает процесс развития европейской интеграции.

81. Кроме того, включение в нынешний проект статьи клаузулы, подтверждающей приоритет обязательств по Уставу Организации Объединенных Наций, могло бы способствовать укреплению лидирующей роли, которую играет Организация Объединенных Наций в сфере управления деятельностью в случае бедствий. Эта роль уже была признана в проекте посредством включения формулировок, в которых надлежащим образом проводится различие между позицией Организации и структурой, задействованных в ситуациях бедствий<sup>75</sup>, и была в ясно выраженной форме признана в других международных документах<sup>76</sup>.

### *Предложение о новом проекте статьи*

82. По этим причинам Специальный докладчик предлагает, чтобы общие положения нынешнего проекта также включали в себя проект статьи о связи с Уставом Организации Объединенных Наций, формулировка которого гласила бы следующее:

*«Проект статьи 19. Связь с Уставом Организации Объединенных Наций*

Настоящие проекты статей не наносят ущерба Уставу Организации Объединенных Наций».

<sup>73</sup> Приложение, пункт 3.

<sup>74</sup> Статья 3, пункт 1.

<sup>75</sup> См. статьи 5, 10 и 12. Что касается обязанности государств сотрудничать, то см. также *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), стр. 168, пункт 183.

<sup>76</sup> См., в частности, Стратегию Совета евроатлантического партнерства НАТО 1998 года по укреплению практического сотрудничества в области оказания международной помощи в случае бедствий (статья 2.2.2) и, на уровне Европейского союза, решение № 1313/2013/EU о механизме гражданской защиты Союза (Recital No. 14 and arts. 5, para. 2; 13, para. 3; and 16, paras. 1 and 2 (*Official Journal of the European Union*, L 347, 20 December 2013, pp. 924 *et seq.*)).

<sup>70</sup> См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), стр. 167, пункт 178.

<sup>71</sup> Венская конвенция о праве международных договоров, статьи 61 и 62 соответственно.

<sup>72</sup> См., в частности, третий доклад, *Ежегодник... 2010 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/629, стр. 470 и далее, пункт 64 и далее; и там же, том II (часть вторая), стр. 221–223, комментарий к проекту статьи 5.

## ГЛАВА IV

## Употребление терминов

83. В соответствии с практикой Комиссии, получившей отражение в большинстве принятых до настоящего времени проектов статей по различным темам международного права, Специальный докладчик предлагает включить в нынешние проекты статей положение под названием «Употребление терминов». Формулирование такого положения может быть осуществлено наиболее эффективным образом, если, как и в настоящем случае с темой «Защита лиц в случае бедствий», текст всех проектов статей по этой теме будет принят Комиссией. Это не предопределяет решение вопроса о том, куда в конечном счете в комплексе проектов статей будет помещено положение под названием «Употребление терминов», которое в прошлом всегда располагалось в начальной части, либо в первых статьях, либо после положения о сфере охвата. Однако, что касается настоящей темы, то в связи с тем, что проект включает положения о сфере применения (проект статьи 1) и цели (проект статьи 2), а также об определении понятия «бедствие» в отдельном, самостоятельном положении (проект статьи 3), проект статьи об употреблении терминов, предлагаемый ниже, в предварительном порядке получает номер 3 bis.

84. При разработке своего предложения Специальный докладчик сначала сконцентрировался на терминах, которые, согласно комментариям к проектам статей, уже были выделены для определения в положении об употреблении терминов, а также на терминах, которые часто встречаются в проектах статей, и юридических терминах. На этой основе он определил следующие ключевые термины для включения в проект статьи 3 bis: пострадавшее государство; оказывающее помощь государство; другой оказывающий помощь субъект; внешняя помощь; оборудование и товары; соответствующая НПО; персонал по оказанию помощи; и риск бедствий. Затем Специальный докладчик изучил комментарии для установления того, существуют ли элементы определения, уже принятые Комиссией. После этого он обратился к применимым определениям, фигурирующим в других документах. Ознакомившись со всеми этими источниками, он составил перечень составных определений, либо используя по мере необходимости элементы из различных источников, либо выбирая один источник в качестве основы, но модифицируя его, для того чтобы отразить формулировки и решения, зафиксированные в уже принятых проектах статей.

85. Для цели определения вышеупомянутых терминов были использованы следующие дополнительные источники как имеющие особую релевантность: приложение I (Глоссарий) добавления к меморандуму Секретариата<sup>77</sup>; руководящее положение 2 (Определение) Руководства МФКК; приложение I (Глоссарий)

Оперативных руководящих принципов Межучрежденческого постоянного комитета по защите людей в условиях стихийных бедствий<sup>78</sup>; резолюция о гуманитарной помощи Института международного права, принятая на его сессии в Брюгге в 2003 году; и содержащиеся в ряде многосторонних и двусторонних договоров дефиниции.

## A. Предложение о новом проекте статьи

86. Специальный докладчик предлагает следующую формулировку проекта статьи 3 bis об употреблении терминов:

*«Проект статьи 3 bis. Употребление терминов*

Для целей настоящих статей:

a) “пострадавшее государство” означает государство, на чьей территории население или собственность пострадали в результате бедствия;

b) “оказывающее помощь государство” означает государство, оказывающее помощь пострадавшему государству по его просьбе или с его согласия;

c) “другой оказывающий помощь субъект” указывает на международную организацию, неправительственную организацию или какое-либо иное образование или лицо, посторонние по отношению к пострадавшему государству, которые участвуют в уменьшении риска бедствий или оказании экстренной помощи в случае бедствия;

d) “внешняя помощь” указывает на персонал по оказанию помощи, оборудование и товары, а также услуги, предоставляемые пострадавшему государству оказывающими помощь государствами или другими оказывающими помощь субъектами в целях предотвращения бедствий или смягчения их последствий или удовлетворения потребностей тех, кто пострадал от бедствия;

e) “оборудование и товары” включает в себя предметы, инструменты, механизмы, специально обученных животных, продукты питания, питьевую воду, медикаменты, средства жилищного обустройства, одежду, постельные принадлежности, транспортные средства и другие предметы, необходимые для оказания экстренной помощи в случае бедствия и для выживания и удовлетворения жизненно важных потребностей жертв бедствий;

f) “соответствующая неправительственная организация” означает любую организацию, включая частные и корпоративные образования, кроме

<sup>77</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)).

<sup>78</sup> Washington, D.C., Brookings-Bern Project on Internal Displacement, 2011.

государства или правительственной или межправительственной организации, которая, действуя беспристрастно и строго по гуманитарным мотивам, в силу своего характера, месторасположения или специального опыта занимается уменьшением риска бедствий или оказанием экстренной помощи в случае бедствия;

g) “персонал по оказанию помощи” означает специальный персонал, включая военный персонал, занимающийся оказанием экстренной помощи в случае бедствий от имени оказывающего помощь государства или других оказывающих помощь субъектов, в зависимости от обстоятельств, и располагающий необходимым оборудованием и товарами;

h) “риск бедствий” означает вероятность наступления пагубных последствий или потерь с точки зрения жизни людей или их здоровья, средств к существованию, собственности и экономической деятельности или ущерба окружающей среде в результате бедствия».

## В. Краткий анализ

**«а) “пострадавшее государство” означает государство, на чьей территории население или собственность пострадали в результате бедствия»**

87. Термин «пострадавшее государство» фигурирует в семи уже принятых проектах статей – а именно в проектах статей 9 (Роль пострадавшего государства); 10 (Обязанность пострадавшего государства обращаться за помощью); 11 (Согласие пострадавшего государства на внешнюю помощь); 12 (Предложения помощи); 13 (Условия оказания внешней помощи); 14 (Облегчение оказания внешней помощи); и 15 (Прекращение внешней помощи), – а также в предложенном проекте статьи 14 bis (Защита персонала по оказанию помощи, оборудования и товаров).

88. В резолюции Института международного права термин «пострадавшее государство» определяется следующим образом: «государство или территориальное образование, которое нуждается в гуманитарной помощи»<sup>79</sup>. Этот термин также определен в пункте 8 руководящего положения 2 Руководства МФКК следующим образом: «государство, на чьей территории население или собственность пострадали в результате чрезвычайной ситуации»<sup>80</sup>.

89. Подпункт а) дословно воспроизводит определение, содержащееся в Руководстве МФКК. Он отражает основную ориентацию на то, что проекты статей в основном адресованы государствам. Он также предусматривает центральную роль, которую надлежит играть государству, пострадавшему от бедствия, как это устанавливается в проекте статьи 9. Ключевой характеристикой является территориальный

контроль, т.е. пострадавшее государство может играть только ту роль, которая отведена ему в проекте статьи 9, на контролируемой им территории. Это положение могло бы быть расширено и содержать в себе формулировку «или иным образом под юрисдикцией или контролем», как это было сделано в проектах статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, принятых Комиссией в 2001 году<sup>81</sup>. Однако было сочтено предпочтительным не делать этого, с тем чтобы избежать ненужных дискуссий относительно экстерриториальной юрисдикции, которая является скорее исключением, чем правилом. Кроме того, элемент территориального контроля является общей характеристикой многих документов, регламентирующих защиту людей в случае бедствий.

90. Кроме того, определение преследует цель отражения основной направленности проектов статей, а именно на воздействие на лиц, в отличие, например, от просто предположения того, что воздействие оказывается на государство, на территории которого произошло бедствие. Ссылка на имущество была сохранена в качестве одного из дополнительных элементов, присущих многим бедствиям, и подразумевается в указании на «масштабный материальный... ущерб» в определении понятия «бедствие» в проекте статьи 3; при этом существует понимание, согласно которому проекты статьи применяются только к воздействию в виде экономических потерь физических лиц<sup>82</sup>.

91. Выражение «пострадали в результате бедствия» отражает современную точку зрения о том, что основное внимание нацелено на воздействие бедствия на физических лиц и имущество, а не на само бедствие. Оно также согласуется с подходом Комиссии к рассмотрению последствия события в качестве одного из ключевых элементов для целей установления порога для применения проектов статей<sup>83</sup>.

**«b) “оказывающее помощь государство” означает государство, оказывающее помощь пострадавшему государству по его просьбе или с его согласия»**

92. Термин «оказывающее помощь государство» фигурирует в проекте статьи 15 (Прекращение внешней помощи).

93. Эта формулировка заимствована из определения понятия «помогающее государство» Рамочной конвенции по оказанию помощи в области гражданской обороны<sup>84</sup>, при этом термин «принимающее государство» был заменен на термин «пострадавшее государство», и это тот термин, который используется в проектах статей и определяется выше. Выражение «оказывающее помощь государство» является

<sup>81</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 177, пункт 97, статья 2.

<sup>82</sup> См. *Ежегодник... 2010 год*, том II (часть вторая), стр. 220, пункт 7) комментария к проекту статьи 3.

<sup>83</sup> Там же, пункт 4) комментария к проекту статьи 3.

<sup>84</sup> Статья 1 f).

<sup>79</sup> *Yearbook of the Institute of International Law*, vol. 70, Part II (см. сноску 22 выше), p. 268, art. I, para. 44.

<sup>80</sup> Руководящее положение 2, пункт 8.

отсылкой к понятию «внешней помощи», которое определяется ниже и используется на основе обязанности сотрудничать в проекте статьи 5.

94. В проекте статей рассматриваются три следующие категории образований: первой является пострадавшее государство (определенное выше), а второй – государство или государства, оказывающие помощь пострадавшему государству. Третья категория – «другой оказывающий помощь субъект» – определяется ниже.

95. Из определения ясно, что государство подпадает под категорию «оказывающего помощь государства» только тогда, когда помощь оказывается или была оказана. Иными словами, государство, предлагающее помощь, не является «оказывающим помощь государством», и из этой квалификации вытекают различные юридические последствия, как это предусматривается в проектах статей, до тех пор, пока пострадавшее государство не приняло такую помощь.

96. Выражение «по его просьбе или с его согласия» отражает взаимосвязь между проектами статей 10, 11 и 12. В частности, оно отражает основную позицию, зафиксированную в проектах статей, согласно которой пострадавшее государство обязано запрашивать помощь, когда масштабы бедствия превышают его национальный потенциал реагирования на бедствие (проект статьи 10). В то же время оно предусматривает возможность того, что пострадавшее государство будет получать незапрашиваемые предложения о помощи, как это предусмотрено в проекте статьи 12, оказание которой обусловлено его согласием согласно проекту статьи 11.

**«с) “другой оказывающий помощь субъект” указывает на международную организацию, неправительственную организацию или какое-либо иное образование или лицо, посторонние по отношению к пострадавшему государству, которые участвуют в уменьшении риска бедствий или оказании экстренной помощи в случае бедствия»**

97. Термин «другой оказывающий помощь субъект» фигурирует в проекте статьи 15 (Прекращение внешней помощи).

98. Помимо статуса пострадавших и оказывающих помощь государств, в проектах статей также предпринята попытка определить статус других оказывающих помощь субъектов. Значительная часть современной деятельности в области уменьшения риска бедствий и оказания помощи в случае бедствий осуществляется международными организациями или под их эгидой, в том числе, в частности, Организацией Объединенных Наций, а также НПО и другими образованиями и даже физическими лицами. Эта группа субъектов совокупно упоминается в проектах статей как «другие оказывающие помощь субъекты». Это не наносит ущерба их разняющемуся правовому статусу по международному праву, что признается в проектах статей, например в проекте статьи 12.

99. Отчасти это положение отражает комментарий к проекту статьи 15, в котором подтверждается понимание того, что термин «оказывающие помощь субъекты» указывает в первую очередь на международные организации и НПО<sup>85</sup>. Выражение «или какое либо иное образование или лицо», которое заимствовано из Соглашения АСЕАН<sup>86</sup>, было добавлено с тем, чтобы отразить тот факт, что не все субъекты, которые задействованы в усилиях по оказанию экстренной помощи в случае бедствия, могут быть отнесены к одной или нескольким категориям, упомянутым в комментарии.

100. Выражение «посторонние по отношению к пострадавшему государству» было включено с тем, чтобы учесть упомянутую в комментарии к проекту статьи 13 озабоченность относительно того, что проекты статей регулируют деятельность субъектов, которые являются посторонними по отношению к пострадавшему государству<sup>87</sup>. Соответственно, национальные НПО, например, охватываться не будут. В то время как такой вопрос явно не возникал бы в отношении международных организаций, тем не менее было сочтено целесообразным указать на это с учетом характера других субъектов, упомянутых в перечне оказывающих помощь субъектов.

101. Заключительное выражение «которые участвуют в уменьшении риска бедствий или оказании экстренной помощи в случае бедствия» копирует формулировку, используемую для описания осуществляемых рассматриваемыми субъектами видов деятельности, которые регулируются проектами статей. В случае НПО такое общее указание следует толковать с учетом более конкретного описания их роли, как об этом говорится выше.

102. Определение понятия «другие оказывающие помощь субъекты» констатирует тот факт, что такие субъекты могут быть задействованы в осуществлении различных видов деятельности как в контексте уменьшения риска бедствия, так и оказания чрезвычайной помощи в случае бедствия.

**«d) “внешняя помощь” указывает на персонал по оказанию помощи, оборудование и товары, а также услуги, предоставляемые пострадавшему государству оказывающими помощь государствами или другими оказывающими помощь субъектами в целях предотвращения бедствий или смягчения их последствий или удовлетворения потребностей тех, кто пострадал от бедствия»**

103. Термин «внешняя помощь» фигурирует в четырех уже принятых проектах статей, а именно проекте статьи 11 (Согласие пострадавшего государства на внешнюю помощь); проекте статьи 13 (Условия оказания внешней помощи); проекте статьи 14 (Облегчение оказания внешней помощи); и проекте статьи 15

<sup>85</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 69, пункт 4) комментария к проекту статьи 15.

<sup>86</sup> Статья 1, пункт 1 (определение термина «помогающий субъект»).

<sup>87</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 65, пункт 2) комментария к проекту статьи 13.



(Прекращение внешней помощи); а также в предложенном проекте статьи 14 bis (Защита персонала по оказанию помощи, оборудования и товаров).

104. Цель подпункта *d*) заключается в определении вида помощи, которую согласно проектам статей обеспечивают оказывающие помощь государства или другие оказывающие помощь субъекты пострадавшему государству в рамках сотрудничества, предусматриваемого в проекте статьи 5 bis.

105. Формулировка, которая навеяна комментарием к проекту статьи 13<sup>88</sup>, основана как на Руководящих принципах Осло<sup>89</sup>, так и Рамочной конвенции по оказанию помощи в области гражданской обороны<sup>90</sup>. Ссылка на термин «материалы» в Руководящих принципах Осло была заменена на термин «оборудование и товары», который является термином, использованным в проектах статей и определяется ниже.

106. Выражение «предоставляемые пострадавшему государству оказывающими помощь государствами или другими оказывающими помощь субъектами» заимствовано из комментария к проекту статьи 13 и подтверждает характер юридической связи между оказывающим помощь государством или субъектом и пострадавшим государством, как это предусмотрено в проектах статей.

107. Остальная часть клаузулы призвана разъяснить цель, с которой может оказываться внешняя помощь. Выражение «в целях предотвращения бедствий или смягчения их последствий» заимствовано из Рамочной конвенции по оказанию помощи в области гражданской обороны и включено в знак признания важности мер, призванных уменьшить риск бедствий, как это предусматривается проектами статей 5 ter и 16. Выражение «или удовлетворения потребностей тех, кто пострадал от бедствия» заимствовано из Руководящих принципов Осло и указывает на экстренную помощь в случае бедствия, оказанную сразу после начала бедствия, причем его цель заключается в удовлетворении потребностей тех, кто пострадал от бедствия. В то время как заключительная клаузула сформулирована в технической форме применительно к уменьшению риска бедствий и реагированию на них, согласно существующему пониманию она согласуется с общей целью проектов статей, изложенной в проекте статьи 2, а именно «облегчить надлежащее и эффективное реагирование на бедствия, позволяющее удовлетворить основные потребности затрагиваемых лиц при полном уважении их прав».

**«e) “оборудование и товары” включает в себя предметы, инструменты, механизмы, специально обученных животных, продукты питания, питьевую воду, медикаменты, средства жилищного обустройства, одежду, постельные принадлежности, транспортные средства и другие предметы, необходимые для оказания экстренной помощи в случае бедствия и для**

### **выживания и удовлетворения жизненно важных потребностей жертв бедствий»**

108. Термин «оборудование и товары» фигурирует в двух уже принятых проектах статей, а именно в проекте статьи 5 bis (Формы сотрудничества), в котором используется термин «предметы» вместо термина «товары», и в проекте статьи 14 (Облегчение оказания внешней помощи), где употребляется выражение «товаров и оборудования», а также в предложенном проекте статьи 14 bis (Защита персонала по оказанию помощи, оборудования и товаров).

109. Как указывалось выше, «оборудование» и «товары» являются одним из основных компонентов вида внешней помощи, предусмотренного в проектах статей. Формулировка заимствована из комментария к проекту статьи 14<sup>91</sup>, а также резолюции Института международного права<sup>92</sup>. Перечень охватывает все виды материалов, которые, по общему признанию, необходимы для оказания экстренной помощи в случае бедствий. Тот факт, что этот перечень не является исчерпывающим, подтверждается словом «включает» и ссылкой на «другие предметы».

110. Если говорить в общем плане, то предусматриваются два следующих вида материалов: материалы, которые необходимы персоналу по оказанию экстренной помощи в случае бедствия для выполнения его функций как с точки зрения собственного существования, так и с точки зрения того, что необходимо ему для оказания помощи, в частности припасы, инструменты и механизмы, и того, что необходимо для выживания и удовлетворения насущных потребностей жертв бедствий, например продукты питания, питьевая вода, медикаменты, средства для жилищного обустройства, одежда и постельные принадлежности. Поисковые собаки конкретно охватываются выражением «специально обученные животные», которое заимствовано из специального приложения J к Международной конвенции об упрощении и гармонизации таможенных процедур<sup>93</sup>.

**«f) “соответствующая неправительственная организация” означает любую организацию, включая частные и корпоративные образования, кроме государства или правительственной или межправительственной организации, которая, действуя беспристрастно и строго по гуманитарным мотивам, в силу своего характера, месторасположения или специального опыта занимается уменьшением риска бедствий или оказанием экстренной помощи в случае бедствия»**

111. Термин «соответствующая неправительственная организация» фигурирует в четырех уже принятых проектах статей, а именно: в проекте статьи 5 (Обязанность сотрудничать), проекте статьи 7 (Достоинство

<sup>88</sup> Там же.

<sup>89</sup> Пункт 2.

<sup>90</sup> Статья 1 *e*) (определение термина «помощь»).

<sup>91</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 68, пункт 5) комментария к проекту статьи 14.

<sup>92</sup> *Yearbook of the Institute of International Law*, vol. 70, Part II (см. сноски 22 выше), art. I, para. 1 (a).

<sup>93</sup> Определение термина «поставки помощи».

человека), проекте статьи 10 (Обязанность пострадавшего государства обращаться за помощью) и проекте статьи 12 (Предложения помощи).

112. Категория «другой оказывающий помощь субъект», которая определена выше, включает в себя НПО. Это определение преследует цель проведения различия между такими образованиями и другими субъектами, а именно государствами и межправительственными организациями. Вводное положение «любую организацию, включая частные и корпоративные образования, кроме государства или правительственной или межправительственной организации», в котором проводится такое различие, заимствовано из Конвенции Тампере<sup>94</sup>. Общая ссылка на «частные и корпоративные образования» отражает типичную форму, в которой большинство НПО создаются, однако не означает, что она носит исключительный характер.

113. Условие о том, что это организация, действующая «беспристрастно и строго по гуманитарным мотивам», заимствовано из пункта 5 приложения к резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 1991 года и является основой для деятельности таких образований в соответствии с проектами статей<sup>95</sup>.

114. Признание НПО в проектах статей отражает тот факт, что они, как правило, имеют хорошие возможности для того, чтобы играть ключевую роль в оказании экстренной помощи и смежных усилиях. Это признается в выражении «в силу своего характера, месторасположения или специального опыта».

115. Деятельность НПО не ограничивается чрезвычайной помощью и включает помощь, направленную на предотвращение, смягчение последствий и обеспечение готовности. Это признается в заключительном выражении «занимается уменьшением риска бедствий или оказанием экстренной помощи в случае бедствия», первая часть которого заимствована из Конвенции Тампере. Эта формулировка отражает широкий диапазон деятельности, в которой такие образования участвуют.

**«g) “персонал по оказанию помощи” означает специальный персонал, включая военный персонал, занимающийся оказанием экстренной помощи в случае бедствий от имени оказывающего помощь государства или других оказывающих помощь субъектов, в зависимости от обстоятельств, и располагающий необходимым оборудованием и товарами»**

116. Термин «персонал по оказанию помощи» фигурирует в двух уже принятых проектах статей,

а именно: проекте статьи 5 bis (Формы сотрудничества) и проекте статьи 14 (Облегчение оказания внешней помощи), а также в предложенном проекте статьи 14 bis (Защита персонала по оказанию помощи, оборудования и товаров).

117. Этот подпункт преследует цель определения кадрового компонента внешней помощи, предоставляемой оказывающими помощь государствами или другими оказывающими помощь субъектами. Исползованная формулировка основывается на формулировке, принятой Комиссией в комментарии к проекту статьи 5 bis<sup>96</sup>, в котором устанавливается связь между оказывающим помощь образованием, будь то государством или другим субъектом, и рассматриваемым персоналом посредством установления требования о деятельности «от имени» образования. Однако такой персонал будет находиться под общим руководством и контролем пострадавшего государства в соответствии с проектом статьи 9.

118. Указание на «специальный персонал» отражает признание, зафиксированное в приложении к резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 1991 года, того, что ожидается, что персонал располагает необходимыми навыками и обеспечен «необходимым оборудованием и товарами» для выполнения рассматриваемых функций.

119. Выражение «включая военный персонал», которое заимствовано из двустороннего договора между Грецией и Российской Федерацией 2000 года<sup>97</sup>, имеет своей целью констатировать важную роль, которую играет военный персонал в качестве одной из категорий персонала по оказанию помощи в деле оказания экстренной помощи в случае бедствия. Участие военного персонала в оказании экстренной помощи в случае бедствия предусматривается в проекте статьи 14.

120. Традиционно понятие «персонал по оказанию помощи» применяется в контексте реагирования в начале бедствия. Это отражено в формулировке «занимающийся оказанием экстренной помощи в случае бедствий», повторяющей положения о виде внешней помощи, предусмотренном в проекте статьи 14, в котором содержится призыв облегчать «оперативное и эффективное» оказание помощи. Тем не менее следует напомнить, что вышеприведенное определение термина «внешняя помощь» также охватывает персонал по оказанию помощи, участвующий в предотвращении бедствий. Это отражает более целостный подход, примененный в проектах статей в целом, который включает деятельность, направленную на уменьшение риска бедствий.

<sup>96</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 63, пункт 7) комментарий к проекту статьи 5 bis.

<sup>97</sup> Статья 1 (определение термина «группа по оказанию помощи») (см. сноску 15 выше).

<sup>94</sup> Статья 1, пункт 10.

<sup>95</sup> См. *Ежегодник... 2010 год*, том II (часть вторая), стр. 222, пункт 5) комментарий к проекту статьи 5.

**«h) “риск бедствий” означает вероятность наступления пагубных последствий или потерь с точки зрения жизни людей или их здоровья, средств к существованию, собственности и экономической деятельности или ущерба окружающей среде в результате бедствия»**

121. Термин «риск бедствий» фигурирует в двух уже принятых проектах статей, а именно: проекте статьи 5 ter (Сотрудничество в целях уменьшения риска бедствий) и проекте статьи 16 (Обязанность уменьшать риск бедствий).

122. С учетом включения элементов уменьшения риска бедствий в сферу охвата проектов статей термин «риск бедствий» нуждается в дальнейшем разъяснении. Предложенная формулировка заимствована

из первой части определения, фигурирующего в Соглашении АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций<sup>98</sup>. Это соглашение преследует цель установления связи между вероятностью наступления пагубных последствий и «взаимосвязью между природными или антропогенными опасностями и уязвимыми условиями». Однако Комиссия не пошла так далеко в своей работе над определением термина «бедствие». Соответственно, было сочтено более уместным просто указать, что такие последствия являются результатом «бедствия», что означает обратную отсылку к определению термина «бедствие» в проекте статьи 3. Иными словами, определение термина «риск бедствий» означает дальнейшее развитие термина «бедствие».

<sup>98</sup> Статья 1, пункт 5.



# ИММУНИТЕТ ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ ГОСУДАРСТВА ОТ ИНОСТРАННОЙ УГОЛОВНОЙ ЮРИСДИКЦИИ

[Пункт 5 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/673

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

[Подлинный текст на испанском языке]  
[2 июня 2014 года]

### СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе .....		102
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....		102
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ .....	1–9	103
<i>Глава</i>		
I. ИММУНИТЕТ RATIONE MATERIAE: НОРМАТИВНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ .....	10–16	104
II. Понятие «должностное лицо» .....	17–151	106
A. Замечания общего порядка .....	17–23	106
B. Критерии определения лиц, которые пользуются иммунитетом .....	24–112	108
1. Национальная судебная практика .....	29–38	108
2. Международная судебная практика .....	39–49	111
3. Договорная практика .....	50–97	113
4. Другие темы, которые рассматривала Комиссия .....	98–110	122
5. Выводы .....	111–112	125
C. Терминология .....	113–142	125
1. «Funcionario» .....	120–123	127
2. «Représentant» .....	124–127	129
3. «Official» .....	128–129	130
4. «Agent» .....	130–132	130
5. «Organ» .....	133–135	131
6. Выводы .....	136–142	132
D. Общая концепция «должностное лицо» для целей проектов статей .....	143–144	133
E. Субъективная сфера охвата иммунитета ratione materiae .....	145–151	133
III. Будущий план работы .....	152	135
ПРИЛОЖЕНИЕ. Предлагаемые проекты статей .....		136

\* Специальный докладчик хотела бы выразить признательность Франсиско Хосе Паскуало Вивесу, доценту кафедры международного публичного права Университета Алькалы, Испания, за неоценимую помощь в подготовке настоящего доклада. Она также хотела бы поблагодарить за содействие следующих лиц: Кларибель де Кастро Санчес, Тересу Маркос Мартин и Фернандо Валя Гарихо, профессоров кафедры международного публичного права Национального университета заочного обучения, Испания; и Луизу Лекарос де Коссио и Брайана Френкела, студентов магистратуры Женевской академии международного гуманитарного права и прав человека.

## Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

Источник

- Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Париж, 9 декабря 1948 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, No. 1021, p. 292.
- Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) (Рим, 4 ноября 1950 года) *Ibid.*, vol. 213, No. 2889, p. 221.  
См. также текст на русском языке: *Бюллетень международных договоров*, М., Юридическая литература, 2001, № 3, стр. 29.
- Венская конвенция о дипломатических сношениях (Вена, 18 апреля 1961 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, No. 7310, p. 146.
- Венская конвенция о консульских сношениях (Вена, 24 апреля 1963 года) *Ibid.*, vol. 596, No. 8638, p. 359.
- Конвенция о специальных миссиях (Нью-Йорк, 8 декабря 1969 года) *Ibid.*, 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) *Ibid.*, vol. 1035, No. 15410, p. 185.
- Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера (Вена, 14 марта 1975 года) Организация Объединенных Наций, *Юридический ежегодник*, 1975 год (в продаже под № R.77.V.3), стр. 118.
- Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, No. 24841, p. 133.
- Межамериканская конвенция о борьбе с коррупцией (Каракас, 29 марта 1996 года) ILM, vol. 35 (1996), p. 727.
- Римский статут Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, No. 38544, p. 230.
- Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (Страсбург, 27 января 1999 года) *Ibid.*, vol. 2216, No. 39391, p. 225.  
См. также текст на русском языке: *Бюллетень международных договоров*, М., Юридическая литература, 2009, № 9, стр. 15.
- Дополнительный протокол к Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (Страсбург, 15 мая 2003 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 2466, No. 39391, p. 168.
- Конвенция о гражданско-правовой ответственности за коррупцию (Страсбург, 4 ноября 1999 года) *Ibid.*, vol. 2246, No. 39988, p. 3.
- Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (Нью-Йорк, 31 октября 2003 года) *Ibid.*, vol. 2349, No. 42146, p. 229.
- Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (Нью-Йорк, 2 декабря 2004 года) *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 49 (A/59/49)*, том I, резолюция 59/38, приложение.

## Работы, цитируемые в настоящем докладе

- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria  
“La responsabilité internationale de l’individu”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1999, vol. 280, The Hague, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 135–428.
- BORGHI, Alvaro  
*L’immunità des dirigenti politici en droit international*. Brussels, Bruylant, 2003.
- CASSESE, Antonio, ed.  
*The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- D’ARGENT, Pierre  
“Immunity of State officials and obligation to prosecute”, *CeDIE Working Papers*, No. 4, 2013, pp. 1–20.
- DOMINICÉ, Christian  
“Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales”, в Jorge Cardona Llorens, ed., *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 305–348.
- DUGARD, John  
*International Law. A South African Perspective*, 4th ed. Cape Town, Juta, 2011.

Fox, Hazel and Philippa WEBB

*The Law of State Immunity*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2013.

JORGE URBINA, Julio

“Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 255–306.

MAGUIRE, Rowena, Bridget LEWIS and Charles SAMPFORD, eds.

*Shifting Global Powers and International Law: Challenges and Opportunities*. Abingdon, Routledge, 2013.

McDOUGALL, Carrie

*The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

REMIRO BROTONS, Antonio

“La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el principio de universalidad”, *XXXIII Curso de Derecho Internacional* (2006). Washington, D.C., OAS, pp. 491–516.

SCHABAS, William A.

*The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford, Oxford University Press, 2010.

STERN, Brigitte

“Vers une limitation de l’irresponsabilité souveraine’ des États et chefs d’État en cas de crime de droit international?”, в Marcelo Kohen, ed., *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution Through International Law*, Liber amicorum Lucius Caffisch, Leiden, Brill, 2007, pp. 511–548.

TRIFFTERER, Otto

“Irrelevance of official capacity”, в Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer’s Notes, Article by Article*, 2nd ed., Munich, C. H. Beck–Hart–Nomos, 2008, pp. 779–794.

VERHOEVEN, Joe

“Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international”, в Joe Verhoeven, ed., *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Brussels, Larcier, 2004, pp. 61–148.

## 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, которое было сформулировано в докладе Комиссии о работе указанной сессии<sup>1</sup>. На своей пятьдесят девятой сессии в 2007 году Комиссия постановила включить эту тему в свою текущую программу работы и назначила Специальным докладчиком г-на Романа Колодкина<sup>2</sup>. На той же сессии Комиссия просила Секретариат подготовить справочное исследование по этой теме<sup>3</sup>.

2. Предыдущий Специальный докладчик г-н Колодкин представил три доклада, в которых определил рамки изучения этой темы и проанализировал различные аспекты вопросов существа и процедурных вопросов, касающихся иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции<sup>4</sup>. Комиссия рассмотрела доклады Специального докладчика на шестидесятой сессии в 2008 году и шестьдесят третьей сессии в 2011 году. Со своей стороны, Шестой комитет Генеральной Ассамблеи занимался этой темой в рамках рассмотрения докладов Комиссии, в частности в 2008 и 2011 годах.

<sup>1</sup> См. *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 223, пункт 257 b), и стр. 228, приложение I.

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

<sup>3</sup> См. там же, стр. 117, пункт 386. Меморандум Секретариата см. в документе A/CN.4/596 (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> Доклады предыдущего Специального докладчика г-на Колодкина см. в *Ежегоднике... 2008 год*, том II (часть первая), стр. 185, документ A/CN.4/601 (предварительный доклад); в *Ежегоднике... 2010 год*, том II (часть первая), стр. 479, документ A/CN.4/631 (второй доклад); и в *Ежегоднике... 2011 год*, том II (часть первая), стр. 267, документ A/CN.4/646 (третий доклад).

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>.

4. На той же сессии Специальный докладчик г-жа Эскобар Эрнандес представила свой предварительный доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции<sup>6</sup>. Этот предварительный доклад был рассмотрен Комиссией в ходе второй части ее шестьдесят четвертой сессии, состоявшейся в 2012 году<sup>7</sup>. Указанный предварительный доклад был, по сути, «переходным» докладом, в котором Специальный докладчик поставила себе цель «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>. Кроме того, в нем были определены вопросы, которые Комиссии следовало рассмотреть, методологические основы исследования и ориентировочный план работы над темой.

5. Как было отмечено, Комиссия рассмотрела этот предварительный доклад на своей шестьдесят четвертой сессии в 2012 году, в целом поддержав методологические предложения и план работы, предложенный Специальным докладчиком<sup>9</sup>. В том же году Шестой комитет рассмотрел предварительный доклад об иммунитете должностных лиц государства от

<sup>5</sup> См. *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 67, пункт 84.

<sup>6</sup> Там же, том II (часть первая), документ A/CN.4/654.

<sup>7</sup> Там же, том II (часть вторая), стр. 67–75, пункты 82–139.

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

<sup>9</sup> Отчет о ходе обсуждений см. там же, том II (часть вторая), стр. 67–75, пункты 86–139. См. также там же, том I, 3143–3147-е заседания.

иностранной уголовной юрисдикции в ходе рассмотрения доклада Комиссии<sup>10</sup>.

6. На шестьдесят пятой сессии Комиссии в 2013 году Специальный докладчик представила свой второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции<sup>11</sup>. В этом докладе рассматривались такие вопросы, как предметный охват темы и сфера применения проекта статей, понятия иммунитета и юрисдикции, разграничение между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*, а также нормативные элементы иммунитета *ratione personae*. Во втором докладе содержались предлагаемые шесть проектов статей, посвященных сфере применения проекта статей (проекты статей 1 и 2), определениям (проект статьи 3) и нормативным элементам иммунитета *ratione personae* (проекты статей 4, 5 и 6).

7. Комиссия рассмотрела второй доклад Специального докладчика на 3164–3168-м и 3170-м заседаниях<sup>12</sup> и постановила передать все шесть проектов статей Редакционному комитету. На основе доклада Редакционного комитета Комиссия в предварительном порядке одобрила три проекта статей, посвященных сфере применения проекта статей (проект статьи 1) и нормативным элементам иммунитета *ratione personae* (проекты статей 3 и 4)<sup>13</sup>. В указанных проектах статей сформулированы переработанные основные элементы пяти из предложенных Специальным докладчиком проектов статей. Комиссия также одобрила комментарии к трем проектам статей, которые

<sup>10</sup> Шестой комитет занимался темой иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции на шестьдесят седьмой сессии Генеральной Ассамблеи в 2012 году (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет, 20–23-е заседание (A/C.6/67/SR.20–23)*). Кроме того, на 19-м заседании эту тему затронули два государства (там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19)). См. также тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят седьмой сессии (A/CN.4/657), пункты 26–38.

<sup>11</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/661.

<sup>12</sup> Подробный анализ поднимающихся в ходе обсуждений вопросов и позиции членов Комиссии см. там же, том I, 3164–3168-е и 3170-е заседания.

<sup>13</sup> См. там же, 3174-е заседание.

она ранее одобрила в предварительном порядке. Что касается проекта статьи, посвященного определению, то Редакционный комитет постановил продолжить его рассмотрение и высказаться по нему позже<sup>14</sup>.

8. На своей шестьдесят восьмой сессии в 2013 году Шестой комитет Генеральной Ассамблеи рассмотрел второй доклад Специального докладчика об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции в рамках рассмотрения ежегодного доклада Комиссии. Государства в целом положительно оценили второй доклад Специального докладчика и успехи в работе Комиссии, а также отметили в позитивном ключе тот факт, что Комиссия передала Генеральной Ассамблее три проекта статей<sup>15</sup>.

9. В своем ежегодном докладе Комиссия просила государства

к 31 января 2014 года представить информацию о практике их органов и, в частности, о судебных решениях со ссылкой на толкование терминов «официальные действия» и «действия, совершаемые в официальном качестве» в контексте иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции<sup>16</sup>.

Специальный докладчик хотела бы выразить признательность тем государствам, представители которых высказались по этому вопросу в ходе обсуждений в Шестом комитете, и особую признательность тем государствам, которые представили письменные комментарии<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Отчет об обсуждении этой темы Комиссией на ее шестьдесят пятой сессии в 2013 году см. там же, том II (часть вторая), стр. 43–58, пункты 40–49. См., в частности, проекты статей с комментариями к ним, которые содержатся в пункте 49. Ход обсуждения Комиссией комментариев к проектам статей см. там же, том I, 3193–3196-е заседания.

<sup>15</sup> См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет, 17–19-е заседание (A/C.6/68/SR.17–19)*. См. также тематическое резюме обсуждений, состоявшихся в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят восьмой сессии (A/CN.4/666), пункты 10–30.

<sup>16</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 16, пункт 25.

<sup>17</sup> На момент завершения подготовки настоящего доклада были получены комментарии от Бельгии, Германии, Ирландии, Мексики, Норвегии, Российской Федерации, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Чешской Республики и Швейцарии.

## ГЛАВА I

### Иммунитет *ratione materiae*: нормативные элементы

10. Как Специальный докладчик уже отмечала во втором докладе,

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<sup>18</sup>.

Это, несомненно, объясняется тем, что такое разграничение получило широкое признание как в

доктрине<sup>19</sup>, так и в судебной практике. Кроме того, это

<sup>19</sup> В этом отношении см., в частности, Domínicé, “Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales”, pp. 323–326 and 337–342; Abellán Honrubia, “La responsabilidad internacional de l’individu”, pp. 220–223; Borghi, *L’immunità des dirigeants politiques en droit international*, pp. 129–131; Verhoeven, “Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international”, pp. 64–67 and 94–107; Remiro Brotons, “La persecución de los crimenes internacionales por los tribunales internacionales: el principio de universalidad”, p. 505; Jorge Urbina, “Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”, pp. 277–292; Stern, “Vers une limitation de l’irresponsabilité souveraine’ des États et chefs d’État en cas de crime de droit international”; Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal*

<sup>18</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/661, стр. 53, пункт 47.



разграничение уже рассматривалось в меморандуме, подготовленном Секретариатом<sup>20</sup>, и предварительном докладе, подготовленном Специальным докладчиком г-ном Колодкиным<sup>21</sup>, хотя в обоих случаях это рассмотрение носило, по сути, описательный и общий характер. В свою очередь, в 2013 году Комиссия подошла к вопросу о разграничении между этими двумя категориями с нормативной точки зрения, чтобы определить для каждой из них дифференцированный правовой режим. Тем не менее это не означает непризнания наличия общих элементов у этих двух категорий иммунитета, особенно в том, что касается понимаемого в широком смысле функционального аспекта иммунитета<sup>22</sup>.

11. Комиссия уже прибегала к такому подходу на шестьдесят пятой сессии в 2013 году. В связи с этим хотелось бы обратить внимание на следующие моменты:

a) разграничение между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae* отражено в проекте статьи, посвященном определениям, который был передан Редакционному комитету. Хотя Комитет еще не высказал свое мнение об определениях, содержащихся в этом проекте статьи, он и не выступил против сохранения двух различных категорий иммунитета<sup>23</sup>;

b) в самой структуре проекта статей иммунитету *ratione personae* посвящена отдельная часть (вторая), за которой должна следовать третья часть, посвященная иммунитету *ratione materiae*;

c) в пункте 3 проекта статьи 4, предварительно одобренного Комиссией в 2013 году, объясняется разграничение между режимами, применимыми к каждой из указанных категорий иммунитета, поскольку «прекращение иммунитета *ratione personae* не затрагивает применения норм международного права, касающихся иммунитета *ratione materiae*»<sup>24</sup>.

12. Исходя из второго доклада Специального докладчика можно выделить следующие отличительные признаки иммунитета *ratione materiae*:

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

b) этот иммунитет охватывает только те действия, которые могут быть определены как «действия, совершаемые в официальном качестве»;

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

13. Эти три признака полностью согласуются с различными определениями иммунитета *ratione materiae*, которые встречаются в доктрине<sup>25</sup> и в судебной практике. При выделении этих признаков также

<sup>25</sup> Такие определения встречаются в различных формулировках, но все они включают вышеупомянутые элементы. Так, у Кассезе (*The Oxford Companion to International Criminal Justice*, p. 368) «функциональный иммунитет от юрисдикции иностранных государств охватывает деятельность, осуществляемую различными государственными должностными лицами при исполнении их обязанностей, и сохраняется по истечении срока действия их полномочий», а «официальная деятельность осуществляется государственными органами от имени их государства и, в принципе, должна приписываться самому государству». У Фокса и Уэбба функциональный иммунитет, или иммунитет *ratione materiae*, – это понятие, которое первоначально применялось к дипломатам при утрате личного иммунитета с освобождением занимаемой должности в целях сохранения за ними иммунитета, но только в отношении действий, совершенных в официальном качестве. Теперь же оно используется в более широком смысле и применяется ко всем должностным лицам, чиновникам и сотрудникам государственного аппарата, как находящимся на службе, так и прекратившим службу, с целью наделить их иммунитетом в отношении действий, совершаемых в официальном качестве (*The Law of State Immunity*). У Стерна «иммунитет главы государства, находящегося при исполнении служебных обязанностей, является абсолютным иммунитетом *ratione personae*, который по истечении срока его полномочий ему более не предоставляется, кроме как в отношении действий, “совершенных при исполнении им своих обязанностей”, т. е. бывший глава государства пользуется только иммунитетом *ratione materiae*» (“Vers une limitation de l’irresponsabilité souveraine” des États et chefs d’État en cas de crime de droit international?”, p. 521). У д’Аржана: «“Все представители государства, действующие в этом качестве” [Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, статья 2, пункт 1 b) iv)] пользуются иммунитетом *ratione materiae* (также именуемым “иммунитет в отношении официальных действий”) в связи с действиями, совершенными в этом качестве, даже если они действовали *ultra vires*... Что же касается требований к применению иммунитета *ratione materiae*, то здесь, в отличие от иммунитета *ratione personae*, понятие «представителей государства» не ограничивается лицами, конкретно воплощающими или персонифицирующими государственную власть» (“Immunity of State officials and obligation to prosecute”, p. 7). У Борги «глава государства наделяется иммунитетом *ratione personae* не в его собственных интересах, а в интересах государства, которым он руководит; естественно, что... такой иммунитет обычно прекращает свое действие с истечением его срока полномочий... Иммунитет *ratione materiae*... означает защиту в отношении действий в рамках должностных обязанностей» (*L’immunité des dirigeants politiques en droit international*, pp. 129–130). У Хорхе Урбины «широта сферы применения иммунитета *ratione personae*, признаваемого за политическими руководителями, которые представляют центральные органы государства в международных отношениях (глава государства, глава правительства или министр иностранных дел), объясняется тем, что они являются высшими представителями власти и играют существенную роль в проведении внешней политики. Поэтому, когда они покидают свой пост, их защищает лишь иммунитет *ratione materiae*, который, как нам известно, не допускает уголовного преследования исключительно за публичные действия, совершенные в процессе исполнения обязанностей на высоком государственном посту» (“Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”, pp. 287–288).

*Justice*, p. 368; Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 253; Fox and Webb, *The Law of State Immunity*; D’Argent, “Immunity of State officials and obligation to prosecute”, pp. 5–7; и Maguire, Lewis and Sampford, *Shifting Global Powers and International Law: Challenges and Opportunities*, p. 108.

<sup>20</sup> См. документ 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)), пункт 88 и далее.

<sup>21</sup> См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, стр. 209–211, пункты 78–83.

<sup>22</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/661, стр. 53–54 и 55, пункты 48 и 53.

<sup>23</sup> Указанные определения см. там же, стр. 55, пункт 53.

<sup>24</sup> Различия между двумя категориями иммунитета см. в комментарии Комиссии к проекту статьи 4, в частности в пункте 7) комментария (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 55 и далее).

учитывалась предыдущая работа Комиссии<sup>26</sup>. Из этих трех признаков надлежит вывести нормативные элементы данной категории иммунитета, которые в соответствии с методом, применявшимся в отношении иммунитета *ratione personae*, должны определяться на основе следующих критериев:

a) Субъектная сфера охвата иммунитета *ratione materiae*: какие лица обладают таким иммунитетом?

b) Материально-правовая сфера охвата иммунитета *ratione materiae*: какие именно действия, совершаемые указанными лицами, подпадают под защиту данного иммунитета?

c) Временные рамки действия иммунитета *ratione materiae*: в течение какого периода времени допускается ссылка на такой иммунитет и его применение?

14. Хотя перечисленные три элемента иммунитета *ratione materiae* считаются общепринятыми, им придается разное значение. Так, если в отношении неограниченных временных рамок существует самый широкий консенсус, то субъектная и материально-правовая сферы охвата иммунитета являются предметом более широких обсуждений, в рамках

<sup>26</sup> Определение отличительных признаков иммунитета *ratione materiae* см. в *Ежегоднике... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 14, пункт 28, комментарий к проекту статьи 2 проектов статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, в частности стр. 19–20, пункты 17)–19) комментария.

## ГЛАВА II

### Понятие «должностное лицо»

#### А. Замечания общего порядка

17. Понятие «должностное лицо» имеет особое значение для темы иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, поскольку через эту концепцию определяется предметный охват темы. Этим объясняется тот факт, что указанный термин непосредственно упоминается в названии этой темы и охватывает всех лиц, на которых может распространяться такой иммунитет. В этой связи следует учитывать, что такое общее указание на должностных лиц в названии темы объясняется желанием Комиссии не ограничивать сферу изучения этой темы иммунитетом глав государств, глав правительств и министров иностранных дел<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> В кратком исследовании, на основании которого Комиссия включила эту тему в свою долгосрочную программу работы, основное внимание уделяется главе государства, главе правительства, министру иностранных дел и другим высокопоставленным лицам государства (*Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 232, приложение I, пункт 19, подпункт 4). Со своей стороны, бывший Специальный докладчик в своем предварительном докладе сформулировал широкий подход ко всем должностным лицам (*Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, стр. 219–220, пункты 106–107). Хотя в ходе состоявшегося в Комиссии обсуждения указанного доклада некоторые из ее членов высказывали мнение о том, что сферу охвата этой темы необходимо ограничить главами государств, главами правительств и министрами иностранных дел (*Ежегодник... 2008 год*, том II

которых возникают спорные вопросы как в отношении доктрины, так и в отношении судебной практики. Соответственно, понятия «должностного лица» и «действия, совершаемого в официальном качестве» требуют подробного анализа. Во всяком случае, необходимо особо отметить, что три вышеупомянутых аспекта составляют «нормативные элементы» иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции *ratione materiae*, а значит, их следует рассматривать в совокупности, чтобы не допустить исключения какого-либо из них при определении правового режима данной категории иммунитета.

15. С другой стороны, следует помнить о том, что, как уже говорилось во втором докладе по вопросу об иммунитете *ratione personae*, определение этих трех признаков в качестве нормативных элементов иммунитета *ratione materiae* не означает, что они являются единственными элементами, которые нужно учитывать при определении правового режима, применимого к иммунитету *ratione materiae*. Специальный докладчик хотела бы подчеркнуть, что это не влечет за собой никаких последствий в отношении изъятий из иммунитета или признания его абсолютного характера.

16. Сформулированный выше подход лег в основу дальнейшего рассмотрения нормативных элементов иммунитета *ratione materiae* в настоящем докладе. Особое внимание при этом уделяется анализу понятия «должностного лица».

18. При таком подходе представляется оправданным расширенное толкование понятия «должностное лицо», поскольку его определяющие элементы должны охватывать как лиц, на которых распространяется иммунитет *ratione personae*, так и лиц, подпадающих под действие иммунитета *ratione materiae*. Вместе с тем, как указывалось во втором докладе, представленном Комиссии в 2013 году, необходимость четкого и однозначного определения этого понятия имеет особое значение для иммунитета *ratione materiae*<sup>28</sup>. Для этого имеется простая причина. В случае иммунитета *ratione personae* лица, на которых распространяется такой иммунитет, могут определяться и определяются Комиссией *eo nomine*, т. е. путем перечисления трех высокопоставленных должностей, на которые распространяется такой иммунитет, а именно: глава государства, глава правительства и министр иностранных дел<sup>29</sup>. Напротив, в случае иммунитета *ratione materiae* невозможно составить список всех должностей или постов таким образом, чтобы

(часть вторая), стр. 169, пункт 289), с этого момента возобладал расширительный подход.

<sup>28</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/661, стр. 50, пункт 32; см. также там же, стр. 55–56, пункты 56–57.

<sup>29</sup> См. проект статьи 3, одобренный Комиссией в предварительном порядке в 2013 году (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 44).

назначенные на них лица считались должностными лицами для целей настоящей темы. Это невозможно по той простой причине, что в различных государственных системах существует большое разнообразие подходов. Таким образом, категорию лиц, на которых распространяется иммунитет *ratione materiae*, можно определить лишь на основании «определяющих критериев», которые в соответствующих случаях позволят нам считать то или иное лицо должностным лицом для целей настоящего проекта статей.

19. Следует также отметить, что термин «должностное лицо» используется по предложению бывшего Специального докладчика г-на Колодкина который отдал ему предпочтение, отказавшись от термина «орган», хотя и оставил возможность для дальнейших обсуждений и возможного пересмотра терминологии, если это сочтет необходимым Комиссия<sup>30</sup>. Вместе с тем уже тогда некоторые члены Комиссии высказывали предпочтение в пользу употребления других терминов, таких как «агент» или «представитель»<sup>31</sup>. Впоследствии Специальный докладчик не раз обращалась к этому вопросу в своих докладах, указывая, что термин «должностное лицо» может являться не самым подходящим выбором для обозначения всех категорий лиц, на которых распространяется иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции. Здесь следует также отметить тот факт, что термины, используемые в текстах на разных языках, не согласуются друг с другом и не являются взаимозаменяемыми, т. е. они могут отличаться или несколько отличаться по смыслу<sup>32</sup>.

20. Исходя из этого, во втором докладе Специального докладчика уже говорилось, что понятие «должностное лицо» будет анализироваться в увязке с вопросом об иммунитете *ratione materiae* и что пока будет использоваться термин «должностное лицо» в качестве общего наименования, применимого ко всем категориям лиц, на которые распространяется один из двух типов иммунитетов от иностранной уголовной юрисдикции, рассматриваемых Комиссией<sup>33</sup>. Это предложение было поддержано Комиссией, о чем свидетельствует сноска к принятому в предварительном порядке в 2013 году пункту 1 проекта статьи 1. В этой сноске говорится, что «использование термина “должностное лицо” будет предметом дальнейшего рассмотрения»<sup>34</sup>.

21. В этой связи, поскольку определение понятия «должностное лицо» имеет исключительно важное значение для целей настоящей темы<sup>35</sup>, в настоящем

третьем докладе особое внимание уделяется определению круга лиц, которые обладают, как можно полагать, иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции, т. е. определению понятия «должностное лицо» (если употреблять термин, использовавшийся до настоящего времени Комиссией). Чтобы выработать такое определение, необходимо учитывать по крайней мере четыре фактора:

a) в международном праве отсутствует общее определение понятия «должностное лицо»;

b) любое определение понятия «должностное лицо» должно охватывать весь круг лиц, на которых может распространяться иммунитет *ratione personae* и иммунитет *ratione materiae*;

c) при выборе наиболее подходящего общего термина для обозначения всего круга лиц, пользующихся иммунитетом, необходимо учитывать различия между категориями лиц, на которые распространяется иммунитет *ratione personae* и иммунитет *ratione materiae*;

d) термины, используемые в каждом из языков для обозначения лиц, пользующихся иммунитетом, должны быть однородными и сопоставимыми и по возможности следовать терминологии, уже закрепленной в практике Комиссии.

22. В заключение следует отметить, что в процессе рассмотрения понятия «должностное лицо» возникают два разных, но взаимодополняющих и взаимосвязанных вопроса. Первый из них носит материально-правовой характер и касается критериев определения лица, на которое может распространяться иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции. Второй носит преимущественно лингвистический характер и касается выбора наиболее удачного термина для обозначения лиц, которые в целом отвечают указанным материально-правовым критериям. Ниже каждый из этих вопросов будет рассмотрен по отдельности.

23. В любом случае следует напомнить, что в целях упрощения текста и во избежание путаницы в настоящем третьем докладе будет в предварительном порядке употребляться термин «должностное лицо», содержащийся в названии темы.

<sup>30</sup> См. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, стр. 220–221, пункт 108.

<sup>31</sup> Там же, том II (часть вторая), стр. 169, пункты 288–289.

<sup>32</sup> См. *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/654, стр. 61, пункт 66; и *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/661, стр. 50, пункт 32.

<sup>33</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/661, стр. 50, пункт 32.

<sup>34</sup> Там же, том II (часть вторая), стр. 44, сноска 237 к статье 1, пункт 1.

<sup>35</sup> Государства также указывали на важность определения понятия «должностное лицо». Так, в качестве примера можно привести следующие выступления различных государств на последней

сессии Шестого комитета: Беларусь, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18), пункт 10; Чили, там же, пункт 78; Республика Корея, там же, пункт 107; Румыния, там же, пункт 112; Ирландия, там же, пункт 121; Италия, там же, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19), пункт 5; Российская Федерация, там же, пункт 46; и Австралия, там же, пункт 81. Кроме того, некоторые государства уже делали заявления в связи с терминологией или критериями определения понятия «должностное лицо»: Португалия, там же, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17), пункт 92 и далее; Испания, там же, пункт 142; Нидерланды, там же, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18), пункт 31; Чили, там же, пункт 79; Таиланд, там же, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19), пункт 26; и Малайзия, там же, пункт 37.

### В. Критерии определения лиц, которые пользуются иммунитетом

24. Как отмечалось выше, в международном праве отсутствует общее определение понятия «должностное лицо»<sup>36</sup>. При этом следует отметить, что в законодательстве разных государств существуют различные определения этого термина (или сходных терминов), поэтому национальные определения вряд ли будут полезны для определения этого понятия или даже для выбора наиболее подходящего термина для обозначения этой категории лиц. Поэтому определение понятия «должностное лицо» и вычленение определяющих его критериев для целей рассматриваемой нами темы должно обязательно осуществляться путем согласования на основе анализа судебной практики (национальной и международной), договорной практики и предыдущих работ Комиссии.

25. Указанные элементы уже были рассмотрены Комиссией в контексте определения круга лиц, которые пользуются иммунитетом от юрисдикции *ratione personae*, а именно: глава государства, глава правительства и министр иностранных дел. При этом Комиссия также вычленила характерные для них элементы, которые позволяют признавать за ними такой иммунитет. Например, как отмечалось во втором докладе, речь идет об «ограниченном круге лиц, отличительной особенностью которых является то, что они занимают самые высокие государственные должности и что в силу этого в их функции входит представительство государства на международном уровне»<sup>37</sup>. Такая функция представительства государства в его международных отношениях закреплена «в международном праве как таковом... эти лица выполняют ее автоматически и... при этом не возникает необходимости в каком-либо официальном акте вручения им полномочий со стороны государства, которое они представляют»<sup>38</sup>.

26. В этом же ключе в комментарии к проекту статьи 3, принятому Комиссией в 2013 году, говорится следующее:

Комиссия считает, что есть две причины для предоставления иммунитета *ratione personae* главам государств, главам правительств и министрам иностранных дел: представительская и функциональная. Во-первых, в соответствии с нормами международного права эти должностные лица представляют государство в его международных отношениях просто в силу своей должности, непосредственно и без необходимости в предоставлении им конкретных полномочий со стороны государства. Во-вторых, они должны быть в состоянии беспрепятственно выполнять свои функции<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Этот аспект отмечается в меморандуме, подготовленном Секретариатом в 2008 году, 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)), пункт 5, и в предварительном докладе Специального докладчика г-на Колодкина (*Ежегодник... 2008 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/601, стр. 220–221, пункт 108).

<sup>37</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/661, стр. 56, пункт 57.

<sup>38</sup> Там же, стр. 56–57, пункт 59.

<sup>39</sup> Там же, том II (часть вторая), стр. 49, пункт 2) комментария к проекту статьи 3.

27. С учетом вышесказанного можно выделить следующие критерии для определения круга лиц, которые пользуются иммунитетом *ratione personae*:

a) эти лица занимают особое положение в структуре государства, которое предоставляет им определенные преференции;

b) они выполняют функции государственной власти, как на внутригосударственном уровне, так и в системе международных отношений;

c) лишь в силу занимаемой должности они представляют государство на международной арене на высшем уровне.

28. С учетом сказанного в предыдущем пункте следует отметить, что в приведенном ниже анализе практики (особенно национальной судебной практики) рассматриваются лишь лица, которые пользуются иммунитетом *ratione materiae*. На основе этой практики определяется круг лиц, на которых распространяется иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции или в отношении которых допускается ссылка на такой иммунитет. Во-вторых, устанавливается, были ли в рамках этой практики выделены определяющие критерии, которые позволят нам считать то или иное лицо должностным лицом, или же такие критерии, когда это уместно, можно выделить, проанализировав ранее определенные категории лиц.

#### 1. НАЦИОНАЛЬНАЯ СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

29. Как неоднократно отмечалось, вопрос иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции не рассматривается в общем виде национальными уголовными судами. При этом существует ограниченное число прецедентов, в которых допускались ссылки на уголовные процессы по делам «должностных лиц» помимо глав государства, глав правительств или министров иностранных дел, причем такие прецеденты существуют лишь в немногих государствах. С другой стороны, следует отметить, что такая ограниченная практика в сфере уголовного права дополняется более широкой практикой рассмотрения гражданских дел, которые, хоть и остаются за рамками настоящей темы, все же представляют интерес для определения круга лиц, которые, по мнению государств, в той или иной форме пользуются иммунитетом от юрисдикции.

30. Решения национальных судов постоянно анализируются в докладах и документах, которые представляются Комиссии с 2007 года, когда эта тема была включена в ее программу работы. Путем изучения этих и последующих решений национальных судов можно вычленить некоторые элементы, представляющие интерес для определения понятия «должностное лицо».

31. Во-первых, интересно отметить, что в тех разбирательствах по уголовным делам, в которых национальные суды подтверждали иммунитет должностных лиц другого государства от юрисдикции, лица, за которыми был признан иммунитет *ratione materiae*, занимали различные посты и выполняли различные

функции в структуре государства. Среди них следует отметить следующих лиц: бывший премьер-министр и министр обороны<sup>40</sup>, министр внутренних дел<sup>41</sup>, руководящие работники (глава Скотланд Ярда)<sup>42</sup> и сотрудники сил и органов безопасности государства (полицейский<sup>43</sup> и военнослужащий<sup>44</sup>), а также старшее должностное лицо морского ведомства<sup>45</sup>.

32. Во-вторых, круг субъектов, пользующихся иммунитетом от юрисдикции *ratione materiae*, является еще более широким и разнообразным, если принять во внимание судебные разбирательства против иностранных должностных лиц с целью получить экономическую компенсацию по гражданскому праву. Кроме того, в ходе рассмотрения таких дел допускались ссылки на такой иммунитет от юрисдикции для некоторых категорий должностных лиц государства. В этой связи показательным примером являются судебные дела против бывшего главы государства<sup>46</sup>, члена правительства<sup>47</sup>, члена комиссии исполнительной власти<sup>48</sup>, генерального прокурора штата Флорида (Соединенные Штаты) и различных должностных лиц более низкого ранга этого штата (прокурор, его помощники по юридическим вопросам, детектив, связанный с прокуратурой, и юрист одного из ведомств правительства штата Флорида)<sup>49</sup>, бывшего главы одной из служб разведки<sup>50</sup> и бывшего главы службы национальной безопасности<sup>51</sup>.

33. В-третьих, следует подчеркнуть, что в других случаях внутригосударственные суды не признавали правомочность ссылки на иммунитет от юрисдикции.

<sup>40</sup> France, *Association des familles des victimes du Joola*, Cour de cassation, Chambre criminelle, judgment of 19 January 2010, *Bulletin des Arrêts. Chambre criminelle*, No. I, January 2010.

<sup>41</sup> United Kingdom, *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, House of Lords, judgment of 14 June 2006 (Jones No. 2), [2006] United Kingdom House of Lords 26.

<sup>42</sup> Federal Republic of Germany, *Church of Scientology* case, Federal Supreme Court, judgment of 26 September 1978, ILR, vol. 65, p. 193.

<sup>43</sup> Ireland, *Schmidt v. Home Secretary of the Government of the United Kingdom*, Supreme Court, judgment of 24 April 1997, *Irish Reports*, 1997, vol. 2, 121.

<sup>44</sup> Italy, *Mario Luiz Lozano* case, Corte Suprema di Cassazione, Sala Penale, judgment of 24 July 2008, *Oxford Reports on International Law in Domestic Reports* 1085.

<sup>45</sup> France, *Agent judiciaire du trésor v. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Cour de cassation, Chambre criminelle, judgment of 23 November 2004.

<sup>46</sup> United States, *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and Others Similarly Situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office, A/k/a Office 610*, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, judgment of 8 September 2004 (383 F. 3d 620).

<sup>47</sup> United States, *Rukmini S. Kline et al. v. Yasuyuki Kaneko et al.*, Supreme Court of New York, New York County, judgment of 31 October 1988 (141 Misc. 2d 787).

<sup>48</sup> United States, *Chiudian v. Philippine National Bank*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, judgment of 29 August 1990 (912 F. 2d 1095).

<sup>49</sup> Canada, *Jaffe v. Miller et al.*, Court of Appeal for Ontario, judgment of 17 June 1993 (ILR, vol. 95, p. 446).

<sup>50</sup> United States, *Ali Saadallah Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, judgment of 15 February 2008 (515 F. 3d 1279).

<sup>51</sup> United States, *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar et al. v. Avraham Dichter*, United States District Court, Southern District of New York, judgment of 2 May 2007 (500 F. Supp.2d 284).

Вместе с тем, поскольку такие суды занимались вопросом наличия у подсудимых статуса должностного лица, их решения также следует учитывать. В частности, по таким делам проходили бывшие главы государства<sup>52</sup> или правительства<sup>53</sup>, вице-президент и министр лесного хозяйства<sup>54</sup>, родственники по нисходящей линии бывшего главы государства, которые не выполняют официальных функций в структуре государства<sup>55</sup>, министр обороны<sup>56</sup>, бывшие министры обороны<sup>57</sup>, министр правительства штата<sup>58</sup>, главы служб национальной безопасности<sup>59</sup>, полковник воо-

<sup>52</sup> United States, *Republic of the Philippines v. Ferdinand E. Marcos et al.*, United States Court of Appeals, Second Circuit, judgment of 26 November 1986 (806 F. 2d 344); и United Kingdom, *Regina v. Bartle and others*, ex parte Pinochet, House of Lords, judgment of 24 March 1999 (ILM, vol. 38 (1999), p. 581).

<sup>53</sup> United States, *Marcos Perez Jimenez v. Miguel Aristigueta and John E. Maguire*, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, judgment of 12 December 1962 (311 F. 2d 547).

<sup>54</sup> France, *Teodoro Nguema Obiang Mangue et al.* case, Cour d'appel de Paris, Pôle 7, Deuxième chambre de l'instruction, judgment of 13 June 2013. Кроме того, это решение представляет интерес, поскольку в нем речь идет о единственном деле, в котором национальный суд, как представляется, ограничил иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции любого должностного лица государства иммунитетом *ratione materiae*. Это решение было принято в ответ на ходатайство Республики Экваториальная Гвинея в рамках производства по уголовному делу о легализации и сокрытии имущества, по которому в качестве обвиняемых проходят несколько лиц, в частности сын президента Экваториальной Гвинеи Теодоро Нгема Обианг Манге, занимавший в то время пост заместителя председателя правительства этой страны и министра лесного хозяйства; в ходатайстве содержится требование признать недействительным ордер на арест г-на Нгема, ссылаясь, в частности, на то, что Франция нарушила иммунитет, которым пользуются главы государства и другие лица, занимающие должности высокого уровня в иностранном государстве. Апелляционный суд признал, что «международный обычай в случае отсутствия международных норм, указывающих на обратное, выступает против уголовного преследования государств в других государствах, и этот обычай распространяется на органы и образования, являющиеся продолжением государства, а также на их агентов, в связи с осуществлением актов, подпадающих под суверенитет государства, о котором идет речь, в том случае, если они совершаются во исполнение функций государства», и добавил, что рассматриваемые преступления «следует отличать от выполнения государством функций, подпадающих под защиту международного обычая в соответствии с принципами суверенитета и дипломатического иммунитета» (grounds, sect. C, second and third paragraphs).

<sup>55</sup> United States, *Maximo Hilao et al., Vicente Clemente et al., Jaime Piopongco et al. v. Estate of Ferdinand Marcos*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, judgment of 16 June 1994 (25 F. 3d 1467).

<sup>56</sup> United Kingdom, *General Shaul Mofaz* case, Bow Street Magistrates' Court, judgment of 12 February 2004 (см. комментарий в *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, part 3 (July 2004), p. 771).

<sup>57</sup> United States, *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabeth Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Mendez, Juan Ruiz Gomez, Miguel Ruiz Gomez and Jose Alfredo Callejas v. Hector Gramajo and Diana Ortiz v. Hector Gramajo*, United States District Court, District of Massachusetts, judgment of 12 April 1995 (886 F. Supp. 162); и Switzerland, *A. v. Office of the Attorney-General of Switzerland, B. and C.*, Federal Criminal Tribunal, judgment of 25 July 2012 (case BB.2011.140).

<sup>58</sup> France, *Ali Ali Reza v. Grimpel*, Court of Appeal of Paris, judgment of 28 April 1961 (ILR, vol. 47, p. 275).

<sup>59</sup> United States, *Bawol Cabiri v. Baffour Assasie-Gyimah*, United States District Court, Southern District, New York, judgment of 18 April 1996 (921 F. Supp. 1189); и United Kingdom, *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, High Court of Justice, Queen's Bench Division Administrative Court, judgment of 29 July 2011 (ILR, vol. 147, p. 633).

руженных сил<sup>60</sup> и другие военнослужащие более низкого ранга (морская пехота Италии)<sup>61</sup>, сотрудники пограничной службы<sup>62</sup>, а также государственный служащий (бывший военнослужащий)<sup>63</sup>.

34. С другой стороны, интересно отметить, что в тех случаях, когда за должностными лицами другого государства признавалось наличие иммунитета от уголовной юрисдикции *ratione materiae*, национальные суды связывали этот иммунитет от юрисдикции с их статусом агента, действующего от лица государства. Так, в Соединенном Королевстве в связи с делом, в рамках которого ответчиками выступали различные должностные лица Саудовской Аравии, Палата лордов заявила, что «все лица, выступающие ответчиками, в рассматриваемый период действовали или предположительно действовали в качестве сотрудников или агентов» и «поэтому их действия могут быть присвоены Королевству»<sup>64</sup>. В другом деле, по которому вынес решение Федеральный верховный суд Германии и в котором спор касался действий британской полиции, суд заявил, что Скотланд Ярд – и, следовательно, его руководитель – действовал в качестве агента, который был в явной форме назначен британским государством в контексте применения соглашения, о котором идет речь... Действия таких агентов являются непосредственно актами государства и не могут считаться действиями, совершаемыми в личном качестве лицом, которое уполномочено на них»<sup>65</sup>. Схожую позицию занял Верховный суд Ирландии, указав, что полицейский «стремился и намеревался выполнять и, по сути, выполнял задачи и функции, соответствующие занимаемой должности»<sup>66</sup>. Во Франции суды отметили эту связь между должностным лицом, выступающим в качестве обвиняемого, и государством, указав в связи с делом старшего должностного лица одного из морских ведомств, что речь идет о «действиях государственной власти, совершенных в рамках исполнения функций от имени и под контролем государства Мальта»<sup>67</sup>. Французские суды в связи с вопросом иммунитета от уголовной юрисдикции бывшего министра обороны Сенегала заявили, что «по причине особого характера его функций и их международной направленности он должен быть в состоянии свободно действовать от лица представляемого им государства»<sup>68</sup>.

35. На связь между должностным лицом и государством также указывалось в материалах, которые представлялись внутригосударственным судам,

<sup>60</sup> Italy, *Public Prosecutor v. Adler et al.*, Tribunale di Milano, Quarta Sezione Penale, judgment of 1 February 2010 (*Oxford Reports on International Law*).

<sup>61</sup> India, *India and Others v. India and Others*, Supreme Court, judgment of 18 January 2013 (4 *Supreme Court Cases* 721).

<sup>62</sup> Germany, *Border Guards Prosecution Case*, Federal Supreme Court, judgment of 3 November 1992 (ILR, vol. 100, p. 364).

<sup>63</sup> United Kingdom, *R. v. Lambeth Justices ex parte Yusufu*, Divisional Court, judgment of 8 February 1985 (ILR, vol. 88, p. 323).

<sup>64</sup> *Jones v. Saudi Arabia*, (Jones No. 2) (сноска 41 выше) (Lord Bingham of Cornhill, paras. 11 and 13).

<sup>65</sup> *Church of Scientology case* (сноска 42 выше), p. 198.

<sup>66</sup> *Case of Schmidt v. Home Secretary* (сноска 43 выше).

<sup>67</sup> См. сноску 45 выше.

<sup>68</sup> *Association des familles des victimes du Joola* (сноска 40 выше), pp. 46–47.

разбиравшим гражданские иски против должностных лиц. В этой связи в качестве примера следует привести различные имеющиеся в судебной практике Соединенных Штатов Америки прецеденты признания наличия иммунитета от юрисдикции в тех случаях, когда должностное лицо совершает действия от имени государства, т. е. «действует согласно своему положению должностного лица»<sup>69</sup> и «в качестве агента или инструмента государства»<sup>70</sup>. Следуя такому принципу, а *contrario sensu*, эти же самые суды заявили, что «дело против должностного лица другого государства, действующего за рамками своих полномочий, никоим образом не является внешнеполитическим вопросом, который неизбежно возник бы в случае предъявления иска против другого правительства в судах Соединенных Штатов»<sup>71</sup>.

36. Из этой практики следует прежде всего вывод о существовании широкого круга должностных лиц другого государства, которые подчинялись или предположительно подчинялись национальной юрисдикции и в связи с которыми вставал вопрос об иммунитете от юрисдикции. Кроме того, эти должностные лица относятся к самым различным категориям, которые определяются характером их связи с государством. Например, в то время как некоторые из них обладают сугубо политической связью в силу получения соответствующего мандата (министры и другие члены правительства, генеральный прокурор, глава национальной безопасности и др.), связь других должностных лиц носит административный характер в силу того, что они входят в гражданскую или военную структуру государства, в которой они на постоянной основе осуществляют свою деятельность (в частности, дипломатические агенты, прокуроры и другие сотрудники прокуратуры, полицейские, члены вооруженных сил, агенты таможенных служб).

37. С предыдущим замечанием напрямую связан вывод о том, что следует также выделять две большие группы должностных лиц в зависимости от той должности, которую они занимают в структуре государства, и возможности оказывать влияние и принимать решения в этом государстве. В первую группу, оказавшуюся в проанализированной судебной практике наиболее многочисленной, входят те должностные лица, которые занимают должности самого высокого уровня в структуре государства (гражданской и военной), руководят работой министерств или других ведомств и административных структур (в широком смысле этого слова) государства, обладают широкими возможностями принимать решения и в отдельных случаях получают полномочия на представление государства как на внутригосударственном, так и на международном уровне (во втором случае – на основании явно выраженного государственного акта наделения полномочиями). Ко второй, меньшей группе относятся те должностные лица, которые не обладают полномочиями принимать решения и ограничиваются

<sup>69</sup> *Matar case* (сноска 51 выше).

<sup>70</sup> *Ali Saadallah Belhas case* (сноска 50 выше).

<sup>71</sup> *Cases of Kline et al. v. Kaneko et al.* (сноска 47 выше); *Chiu-dian v. Philippine National Bank* (сноска 48 выше); *Hilao* (сноска 55 выше); *Xuncax* (сноска 57 выше); и *Bawol Cabiri* (сноска 59 выше).

выполнением и осуществлением решений, принятых должностными лицами более высокого уровня. Это позволяет разграничить «высокопоставленных должностных лиц» и «остальных должностных лиц», на что часто ссылаются в международной судебной практике, практике государств и доктрине. Что касается данных категорий, то национальная судебная практика показывает, что большинство должностных лиц другого государства, по отношению к которым поднимался вопрос иммунитета от уголовной юрисдикции *ratione materiae*, занимают высокие и средние ступени административной структуры и лишь в очень незначительном числе дел поднимается вопрос об иммунитете должностных лиц низкого уровня. В любом случае интересно отметить, что имеющаяся судебная практика не позволяет сделать вывод о том, что все высокопоставленные должностные лица относятся к лицам, обладающим преимущественно политической связью с государством.

38. Наконец, следует подчеркнуть, что в целом национальные суды не приводят критерии, которые позволили бы отнести этих лиц к должностным, за исключением ссылки на осуществление государственных функций и действия в качестве агента государства, от его имени или лица.

## 2. Международная судебная практика

39. Различные международные суды прямо или косвенно затрагивали вопросы, касающиеся иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. В частности, особое место в этой связи занимает Международный Суд, поскольку ему дважды приходилось заниматься вопросами, касающимися этой темы, и, таким образом, учитывать статус различных лиц, которые занимают некоторые государственные должности и могут в силу этого обстоятельства подпадать под определение должностного лица. В этой связи достаточно вспомнить, что в деле *Ордер на арест от 11 апреля 2000 года*<sup>72</sup> Суд рассмотрел вопрос об иммунитете министра иностранных дел Конго от иностранной уголовной юрисдикции и что в деле *Некоторые вопросы взаимной помощи по уголовным делам*<sup>73</sup> спор касался иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции президента страны, прокурора республики и главы службы национальной безопасности Джибути.

40. В деле *Ордер на арест от 11 апреля 2000 года* Суд упомянул «некоторых лиц, занимающих высокие государственные посты, такие как глава государства, глава правительства и министр иностранных дел, которые в других государствах пользуются иммунитетом от юрисдикции, как гражданской, так и уголовной»<sup>74</sup>. Вместе с тем, как известно, в принятом решении Суд уделил основное внимание министру иностранных дел, указав, что «иммунитеты предоставляются ему не... для личных выгод, а для того

чтобы дать ему возможность свободно осуществлять свои функции от имени государства, которое он представляет»<sup>75</sup>. Эти функции, которые были подробно рассмотрены Судом, необходимы для осуществления на высшем уровне деятельности, являющейся прерогативой государства.

41. В деле *Некоторые вопросы взаимной помощи по уголовным делам* Суд подтвердил свою позицию относительно должностных лиц высокого уровня, которую он сформулировал в деле *Ордер на арест от 11 апреля 2000 года*<sup>76</sup>. Относительно прокурора республики и главы службы национальной безопасности Международный Суд пришел к выводу о том, что они не пользуются иммунитетом от юрисдикции *ratione personae*, однако не сделал никаких заявлений по поводу возможного применения иммунитета *ratione materiae*. Вместе с тем, проанализировав такую возможность, он высказал мнение, которое представляет интерес для определения понятия должностного лица, подпадающего под действие иммунитета второй категории. В частности, Суд прямо указал, что действия, совершаемые такими высокопоставленными должностными лицами, должны осуществляться непосредственно в рамках выполнения ими своих функций в качестве органов государства<sup>77</sup>. Кроме того, Суд не был убежден в том, что основной довод Джибути действительно заключается в том, что лица, о которых идет речь, «пользовались функциональными иммунитетом в качестве органов государства»<sup>78</sup>. И наконец, Суд отметил, что Джибути так и не информировала Францию о том, что «указанные действия... осуществлялись от имени государства Джибути и что прокурор республики и глава службы национальной безопасности представляют органы, учреждения или структуры государства, которым поручено осуществлять такие действия»<sup>79</sup>. Исходя из сказанного выше, можно вычленил критерии, позволяющие, по мнению Суда, определить круг лиц, которые могут пользоваться иммунитетом *ratione materiae*, а именно: обладание статусом органа государства и осуществление действий от имени и в интересах государства. Касательно первого критерия следует отметить, что Суд использует определение органа, которое содержится в статье 4 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния.

42. Иными словами, два рассмотренных решения позволяют установить следующие элементы, которые можно использовать для определения понятия должностного лица для целей рассматриваемой нами темы: а) существуют две категории лиц, которые пользуются иммунитетом *ratione personae* и, соответственно, иммунитетом *ratione materiae*; б) первые определяются в качестве должностных лиц высокого уровня, которые выполняют функции представительства государства на международном уровне; в) вторые определяются в качестве органов государства, действующих

<sup>72</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3.

<sup>73</sup> *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 177.

<sup>74</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000*, pp. 20–21, para. 51.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 21, para. 53.

<sup>76</sup> *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, at pp. 236–237, para. 170.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 243, para. 191.

<sup>78</sup> *Ibid.*, para. 193.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 244, para. 196.

от его имени и в его интересах; d) выполнение официальных функций является основным критерием определения круга лиц, которые пользуются иммунитетом.

43. Европейский суд по правам человека также рассматривал различные дела, которые потребовали изучения вопросов иммунитета от юрисдикции национальных судов и были в той или иной форме связаны с преступными деяниями, предположительно совершенными лицами, по отношению к которым могло бы применяться анализируемое в настоящем докладе понятие должностного лица. В этой связи следует отметить, что постановления Суда касаются не иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, а иммунитета от гражданской юрисдикции<sup>80</sup> и что Суд указывал на совместимость иммунитета от гражданской юрисдикции с правом на справедливое разбирательство, провозглашенным в статье 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

44. В деле *Аль-Адсани*, которое Комиссия уже рассматривала, истец подал жалобу, в которой указал, что он подвергся задержанию и пыткам со стороны шейха Джабера Аль-Сабаха Аль-Сауда Аль-Сабаха и еще двух человек в центре содержания под стражей кувейтских служб безопасности и во дворце брата эмира Кувейта, причем для его перевозки использовались государственные транспортные средства. Однако в этом деле Европейский суд по правам человека рассмотрел лишь вопрос об иммунитете Кувейта от гражданской юрисдикции судов Соединенного Королевства. Суд не высказал своего мнения по вопросу о возможном иммунитете лиц, причастных к пыткам, поскольку суды Соединенного Королевства возбудили дело против этих трех человек, вынесли заочный приговор в отношении шейха и разрешили истцу продолжить процессуальные действия против остальных двух лиц<sup>81</sup>. Поэтому в постановлении по делу *Аль-Адсани* не содержатся элементы, которые позволили бы определить понятие должностного лица для целей настоящего доклада.

45. Постановление, принятое недавно по делу *Джонс и другие против Соединенного Королевства*, напротив, представляет большой интерес для целей настоящего доклада. Хотя Европейский суд по правам человека заявил, что по-прежнему придерживается мнения, которое он выразил в деле *Аль-Адсани*, в постановлении Суда по делу *Джонс* говорится не о гражданском иске против государства (Саудовская Аравия), а об иммунитете от гражданской юрисдикции

в связи с гражданскими же исками против отдельных лиц, выступающих в качестве органов государства. В деле *Джонс против Саудовской Аравии* истцы утверждают о том, что во время нахождения под стражей они подвергались пыткам со стороны должностных лиц Саудовской Аравии, в связи с чем в свое время они обратились в суды Соединенного Королевства с гражданскими исками против этих должностных лиц и против самого государства с целью получить компенсацию за причиненный им ущерб. В роли ответчиков в Соединенном Королевстве выступали министр внутренних дел, один подполковник, заместитель директора тюрьмы, в которой содержались некоторые из истцов, и двое полицейских. Первоначально Высокий суд оставил без удовлетворения иски как против Саудовской Аравии, так и против вышеупомянутых должностных лиц, поскольку счел, что все они пользуются иммунитетом от гражданской юрисдикции<sup>82</sup>. Апелляционный суд со своей стороны принял заявление истцов к рассмотрению и постановил, что против указанных лиц, выступающих в индивидуальном качестве, могут быть поданы иски, поскольку они не пользуются иммунитетом от гражданской юрисдикции по той причине, что в заявлении говорится о пытках<sup>83</sup>. Однако Палата лордов в конечном итоге заявила, что такие лица обладают иммунитетом от исков, посчитав, что они являются агентами или должностными лицами государства и что соответствующие действия, даже пытки, являются действиями государства, которое пользуется иммунитетом<sup>84</sup>.

46. В постановлении от 14 января 2014 года по делу *Джонс и другие против Соединенного Королевства* Европейский суд по правам человека подтвердил и развил доводы, которые были приведены в деле *Аль-Адсани*, высказав свое мнение о статусе лиц, предположительно совершивших перечисленные в жалобе деяния, а также о связи этих лиц с государством и характере совершенных действий. В постановлении по указанному делу Суд пришел к заключению о том, что иммунитет, на который ссылались суды Соединенного Королевства в этом деле, не является несовместимым с правом на справедливое разбирательство, провозглашенным в статье 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В этом постановлении Суд впервые высказал свое мнение по этому вопросу<sup>85</sup>, причем в нем говорится о развитии этой темы в современном международном праве и упоминается работа Комиссии<sup>86</sup>. Указанное постановление представляет достаточный интерес и заслуживает подробного анализа с различных точек зрения.

<sup>80</sup> Европейский суд по правам человека прямо указал на различие между гражданским и уголовным судопроизводством в своем постановлении по делу *Al-Adsani v. the United Kingdom*, no. 35763/97, ECHR 2001-XI, paras. 34, 61 and 66. Вместе с тем против такой позиции выступили судьи, которые проголосовали против указанного постановления (см. совместное несогласное мнение судей Розакиса и Кафлиша, к которому присоединились судьи Вильдхабер, Коста, Кабрал Баррето и Ванч). Европейский суд по правам человека вновь указал на это различие в деле *Jones and Others v. the United Kingdom*, nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014, para. 207. Судья Калайдыева заявила несогласное мнение, в котором подвергла критике это различие, однако правительство Соединенного Королевства согласилось считать, что такое различие существует (см. пункт 179 постановления).

<sup>81</sup> См. *Al-Adsani* (предыдущая сноска), paras. 14–15.

<sup>82</sup> Decisions of the Master of the High Court of 30 July 2003 and 18 February 2004.

<sup>83</sup> United Kingdom, Court of Appeal, *Ronald Grant Jones v. The Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor*; judgment of 28 October 2004 (Jones No. 1), EWCA Civ 1394.

<sup>84</sup> *Jones v. Saudi Arabia* (Jones No. 2) (сноска 41 выше).

<sup>85</sup> В этой связи двое судей Европейского суда по правам человека в своих соответствующих мнениях заявили о целесообразности направления дела в Большую палату, чтобы она высказала свое мнение по вопросу о сохранении актуальности концепции, сформулированной в деле *Al-Adsani*. См. совпадающее мнение судьи Бианку и несогласное мнение судьи Калайдыевой.

<sup>86</sup> См. решение по делу *Jones and Others v. the United Kingdom* (сноска 80 выше), paras. 95–101.



Вместе с тем для целей настоящего третьего доклада следует отметить, что Суд не привел подробного анализа элементов, позволяющих квалифицировать то или иное лицо как должностное лицо, заявив лишь, что в принципе иммунитет государства обеспечивает защиту служащих или должностных лиц иностранного государства в связи с действиями, совершаемыми от имени государства<sup>87</sup>, и добавив, что «отдельные лица пользуются иммунитетом государства *ratione materiae* лишь в том случае, когда соответствующие действия были совершены ими в рамках выполнения своих официальных функций»<sup>88</sup>.

47. Иными словами, Европейский суд по правам человека вновь указывает на наличие двух основных элементов, которые неоднократно упоминаются в национальной и международной судебной практике: наличие связи между государством и действующим от его имени лицом и выполнение официальных функций. В любом случае следует обратить внимание на тот факт, что Суд подошел к вопросу об иммунитете с точки зрения аспекта *ratione materiae*, распространив эту категорию на всех лиц, которые выступают в качестве ответчиков в Соединенном Королевстве и среди которых есть несколько высокопоставленных должностных лиц, в том числе министр внутренних дел.

48. В международных уголовных судах разбирались дела лиц, которые могли бы быть отнесены к категории должностных лиц для целей настоящего доклада. Однако в интересующем нас контексте следует отметить, что производство по вышеупомянутым делам осуществлялось на основе принципов отказа от учета официального статуса и непредоставления иммунитета от юрисдикции международных уголовных судов. Как следствие, в решениях таких судов нечасто встречаются заявления, которые могли бы представлять интерес для определения понятия должностного лица. Вместе с тем исключение из этого правила представляет собой решение Апелляционной камеры Международного трибунала по бывшей Югославии от 29 октября 1997 года по делу *Блашкич*<sup>89</sup>, поскольку в нем содержатся некоторые замечания, которые имеют отношение к этому вопросу.

49. По делу *Блашкич* Апелляционная камера рассмотрела апелляцию, которую подала Хорватия на решение Судебной камеры II от 18 июля 1979 года. В этой апелляции оспаривается компетенция Международного трибунала по бывшей Югославии по вынесению обязательного для государства или его должностных лиц решения о вызове в суд для представления документов (*subpoena*). В ответ на этот вопрос Апелляционная камера указала на наличие связи между государством и его должностными лицами и сделала вывод о том, что должностные лица государства («*State officials*» на английском языке, «*funcionarios públicos*» на испанском языке и «*responsables officiels d'Etats*» на французском языке), действующие в порядке исполнения своих официальных функций,

обладают функциональным иммунитетом, который признается в международном обычном праве<sup>90</sup>. В качестве обоснования своей позиции она сослалась на отличительные признаки этих лиц, которых в других разделах мотивировочной части решения она назвала «простыми инструментами государства», «инструментом государственного аппарата»<sup>91</sup> и «агентами государства»<sup>92</sup>. В любом случае должностное лицо действует в качестве органа государства, лишь когда оно выполняет свои официальные функции<sup>93</sup>; в противном же случае оно подпадало бы под категорию «лиц, действующих в личном качестве»<sup>94</sup>. Следовательно, можно сделать вывод о том, что Международный трибунал по бывшей Югославии также связывает понятие должностного лица с действиями от имени и в интересах государства и с выполнением официальных функций.

### 3. ДОГОВОРНАЯ ПРАКТИКА

50. Несмотря на то, что в общем международном праве отсутствует определение понятия «должностное лицо», в некоторых договорах этот термин используется или же в более широком смысле упоминаются категории лиц, которые могут подпадать под это определение. В настоящем докладе рассматриваются только те многосторонние договоры, которые имеют особое значение для нашей темы. Речь идет о договорах, в которых содержатся положения, касающиеся иммунитета государства или его должностных лиц от юрисдикции, или используется понятие должностного лица государства в качестве одного из важнейших элементов для определения правового режима, устанавливаемого такими договорами.

#### а) Венская конвенция о дипломатических сношениях

51. В тексте преамбулы к Венской конвенции о дипломатических сношениях на испанском языке используется термин «*funcionarios diplomáticos*»<sup>95</sup>, который в постановляющей части заменяется термином «*agente diplomático*», включающим главу представительства и остальных членов дипломатического персонала<sup>96</sup> (в тексте на русском языке в обоих случаях используется термин «дипломатический агент»). Однако в Конвенции не содержится четкого определения этого термина, что, без сомнения, объясняется наличием широкого международного консенсуса в отношении этого понятия. Комиссия также не занималась этим вопросом в процессе работы над указанной конвенцией<sup>97</sup>. Кроме того, следует отметить, что в Конвенцию включены другие категории связанных с

<sup>90</sup> *Ibid.*, para. 38.

<sup>91</sup> *Ibid.*, paras. 38, 44 and 51.

<sup>92</sup> *Ibid.*, para. 38.

<sup>93</sup> *Ibid.*, para. 44.

<sup>94</sup> *Ibid.*, para. 49.

<sup>95</sup> Преамбула, первый пункт.

<sup>96</sup> Статья 1 e).

<sup>97</sup> См. *Ежегодник... 1958 год*, том II, стр. 89 и далее англ. текста, пункт 53, где приводится проект статей о дипломатических сношениях и иммунитетах, принятый во втором чтении. Следует обратить внимание на отсутствие комментариев к статье 1, посвященной определениям.

<sup>87</sup> *Ibid.*, para. 204.

<sup>88</sup> *Ibid.*, para. 205.

<sup>89</sup> International Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-AR 108, 29 October 1997.

дипломатическими представительствами лиц, которые не являются дипломатическими агентами. Функции этих лиц, к которым относятся и члены административно-технического и обслуживающего персонала, кратко описываются в статье 1 Конвенции.

52. Для всех этих категорий лиц в той или иной форме признается иммунитет от юрисдикции, хотя его объем различается для каждой такой категории: максимальный иммунитет предоставляется дипломатическим агентам, а самый ограниченный – обслуживающему персоналу<sup>98</sup>. Следует также отметить категорию «частных домашних работников», которые не пользуются никаким иммунитетом, за исключением того, который им добровольно предоставляет государство пребывания<sup>99</sup>. Во всех случаях общим условием признания иммунитета этих лиц является выполнение ими определенных функций на службе посылающего государства, с которым они официально связаны, независимо от правовой формы такой связи (законодательная или договорная). Приведенное в Конвенции определение указанных функций однозначно показывает, что соответствующие функции и действия носят публичный и официальный характер. Достаточно лишь упомянуть, что все они осуществляются в целях выполнения перечисленных в статье 3 Конвенции функций дипломатического представительства, которые являются очевидным проявлением государственной власти. Эта связь с осуществлением государственных функций в максимальной степени проявляется в отношении дипломатических агентов, которым в силу статьи 42 запрещено заниматься «в государстве пребывания профессиональной или коммерческой деятельностью в целях личной выгоды». Для остальных категорий персонала представительства связь с посылающим государством и с деятельностью представительства в интересах государства отчетливо прослеживается в контексте неоднократного упоминания «их официальных функций» в качестве критерия предоставления иммунитета от юрисдикции в той или иной форме.

53. Кроме того, следует также иметь в виду, что в Венской конвенции о дипломатических сношениях уделяется основное внимание особой связи указанных категорий лиц с государством, т. е. гражданству. Хотя такая связь не играет решающей роли для целей выполнения дипломатических, административных, технических или обслуживающих функций в представительстве, она влияет на применяемый режим иммунитета от юрисдикции и представляет интерес для целей настоящего доклада<sup>100</sup>. Достаточно вспомнить, что статья 38, пункт 1, ограничивает применение иммунитета от юрисдикции по отношению к дипломатическим агентам, которые являются гражданами государства пребывания или проживают в нем постоянно, «официальными действиями, совершенными [ими] при выполнении своих функций». При этом за остальными категориями лиц, находящихся в

аналогичной ситуации, не признается никакого иммунитета, кроме того, который свободно и добровольно предоставляет им государство пребывания. Это позволяет укрепить связь между признанием иммунитета и осуществлением официальных функций от имени государства. На эту связь уже указывала и сама Комиссия, которая в своем комментарии к проекту статьи 37 (впоследствии статья 38, пункт 1, Конвенции) заявила, что в этом случае необходимо удостовериться в том, что дипломатические агенты, находящиеся в такой ситуации, должны «обладать по крайней мере минимальным иммунитетом, чтобы они могли эффективно выполнять свои функции»<sup>101</sup>.

54. В заключение следует отметить, что выявить различные категории лиц, на которых распространяется иммунитет в рамках дипломатических сношений, позволяют такие элементы, как наличие связи с государством, осуществление действий от его имени и выполнение официальных функций в его интересах через посредство дипломатического представительства. Таким образом, указанные элементы позволяют определять тех лиц, которые относятся к категории должностных лиц государства.

#### b) Конвенция о специальных миссиях

55. Конвенция о специальных миссиях по своей структуре аналогична Венской конвенции о дипломатических сношениях, поскольку в ней определяются категории лиц, являющихся членами миссий и в той или иной степени обладающих иммунитетом. Вместе с тем в ней вносится определенное небольшое изменение, обусловленное особым характером рассматриваемого в ней вида дипломатической деятельности. В частности, в Конвенции о специальных миссиях говорится о главе миссии, членах дипломатического персонала, членах административно-технического персонала и членах обслуживающего персонала. Кроме того, в ней было введено понятие «представителя», суть деятельности которого сводится к выполнению специальных представительских обязанностей, возложенных на него государством, независимо от того, к какой из вышеперечисленных категорий он относится<sup>102</sup>. Следует отметить, что в этой конвенции ни разу не использован термин «должностное лицо».

56. Режим иммунитета от юрисдикции, действующий в отношении вышеперечисленных категорий лиц, аналогичен режиму, закрепленному в Венской конвенции о дипломатических сношениях, однако следует вновь отметить, что критерий функций, выполняемых

<sup>101</sup> См. *Ежегодник... 1958 год*, том II, стр. 102 англ. текста, пункт 3) комментария к проекту статьи 37.

<sup>102</sup> См. статью 14, в которой говорится, что «глава специальной миссии или, если посылающее государство такового не назначило, один из представителей посылающего государства, указанный последним, уполномочен действовать от имени специальной миссии и вести переписку с принимающим государством». Согласно пункту е) статьи 1, «представителем посылающего государства в специальной миссии» является «любое лицо, которое посылающее государство наделило этим качеством». Следует иметь в виду, что представитель государства не обязательно должен являться членом дипломатического персонала, как следует из различия, проводимого между этими двумя категориями лиц по всему тексту Конвенции (см., например, статьи 29; 31; 40, пункт 1; и 48).

<sup>98</sup> См. там же, стр. 99 англ. текста, комментарий к проекту статьи 31; и стр. 102 англ. текста, пункты 2) и 3) комментария к проекту статьи 37.

<sup>99</sup> См. там же, пункт 4) комментария к проекту статьи 37.

<sup>100</sup> См. статьи 8 и 38.

в рамках миссии, является ключевым элементом для выделения категорий лиц, обладающих иммунитетом от юрисдикции, и определения его сферы охвата<sup>103</sup>. В данном случае связь с государством и публичный характер указанных функций продиктованы самим определением специальной миссии: «временная миссия, по своему характеру представляющая государство, направляемая одним государством в другое с согласия последнего для рассмотрения с ним определенных вопросов или для выполнения в отношении [него] определенной задачи»<sup>104</sup>. К этому вновь следует присовокупить действующий в отношении представителей государства и членов дипломатического персонала запрет заниматься «в принимающем государстве профессиональной или коммерческой деятельностью в целях личной выгоды»<sup>105</sup>. Что касается лиц, являющихся гражданами принимающего государства или постоянно проживающих на его территории, то их иммунитет определяется этими факторами и предоставляется представителям посылающего государства или членам дипломатического персонала миссии лишь в отношении «официальных действий, совершаемых ими при выполнении своих функций»<sup>106</sup>.

57. В Конвенции о специальных миссиях также предусмотрена особая категория лиц, на которую распространяется привилегированный режим иммунитетов, описанный в статье 21 следующим образом:

1. Глава посылающего государства, возглавляющий специальную миссию, пользуется в принимающем государстве или в третьем государстве преимуществами, привилегиями и иммунитетами, которые признаются международным правом за главами государств, посещающими другое государство с официальным визитом.

2. Глава правительства, министр иностранных дел и другие лица высокого ранга, участвующие в специальной миссии посылающего государства, пользуются в принимающем государстве или в третьем государстве, помимо того, что предоставляется им в силу настоящей Конвенции, преимуществами, привилегиями и иммунитетами, которые признаются за ними международным правом.

58. Включение этой категории лиц, несомненно, обусловлено своеобразием специальных миссий и тем фактом, что они достаточно часто возглавляются главой государства, главой правительства, министром иностранных дел, каким-либо другим министром или высокопоставленным представителем государства. Это положение представляет интерес именно в силу различия между двумя категориями лиц, в отношении которых действуют частично дифференцированные режимы. С другой стороны, здесь используется формулировка «другие лица высокого ранга», которая не фигурирует в Венской конвенции о дипломатических сношениях<sup>107</sup>.

59. Помимо этого, в Конвенции о специальных миссиях также подчеркивается наличие связи с государством, осуществление деятельности от его имени и выполнение должностных функций в качестве критериев для определения лиц (должностных лиц государства), пользующихся иммунитетом. При этом за счет включения в текст упоминаний о главе государства, главе правительства, министре иностранных дел и других лицах высокого ранга вводится категория «высокопоставленных должностных лиц», поддерживающих связь с государством, которая выходит за рамки принадлежности к административной структуре государства (понимаемой в широком смысле).

с) *Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера*

60. В статье 1 Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера (далее «Венская конвенция 1975 года») перечислены различные категории лиц, на которых может распространяться правовой режим, предусмотренный статьями Конвенции. В число этих лиц входят не только глава представительства и глава делегации, но и другие члены представительства или делегации. В указанную категорию входят члены дипломатического персонала миссии или делегации, административно-технический персонал, а также обслуживающий персонал. Как и в Конвенции о специальных миссиях, в Венской конвенции 1975 года не дается предметного определения таких понятий, как глава представительства или глава делегации. Комиссия также не рассматривала этот вопрос в ходе разработки этой конвенции<sup>108</sup>.

61. В Венской конвенции 1975 года вводится распространяющийся на вышеуказанных лиц режим иммунитета от юрисдикции, который зависит от характера отношений между соответствующим лицом и государством, и в частности от функций, выполняемых им в рамках представительства или делегации. В соответствии с вышесказанным наиболее широкий иммунитет предоставляется главе представительства и главе делегации и прочим членам дипломатического персонала представительства или делегации<sup>109</sup>, а наиболее ограниченным иммунитетом пользуется обслуживающий персонал<sup>110</sup>. В частности, следует отметить, что для административно-технического персонала иммунитет от юрисдикции не распространяется на деятельность, осуществляемую им помимо своих функций<sup>111</sup>. Для обслуживающего персонала иммунитет от юрисдикции ограничивается деятельностью, осуществляемой им в рамках своих функций<sup>112</sup>. При этом частный обслуживающий персонал обладает иммунитетом от юрисдикции только в том случае, если его предоставляет принимающее

<sup>103</sup> См., в частности, статьи 31, 36 и 37.

<sup>104</sup> См. статью 1, пункт а). О представительском характере специальной миссии также говорится в седьмом пункте преамбулы к Конвенции.

<sup>105</sup> Статья 48.

<sup>106</sup> Статья 40; см. также статью 10.

<sup>107</sup> Комиссия уже предостерегала от использования этой формулировки в своем комментарии, который был предварительно утвержден в 2013 году (см. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 54, пункт 11) комментария к проекту статьи 3).

<sup>108</sup> См. проект статей о представительстве государств в их отношениях с международными организациями и комментарии к ним в *Ежегоднике... 1971 год*, том II (часть первая), документ A/8410/Rev.1, стр. 340 и далее, пункт 60.

<sup>109</sup> См. статьи 30 и 60.

<sup>110</sup> См. статьи 36, пункт 3, и 66, пункт 3.

<sup>111</sup> См. статьи 36, пункт 2, и 66, пункт 2.

<sup>112</sup> См. сноску 110 выше.

государство<sup>113</sup>. Наряду с этим следует отметить, что официальный характер задач, возложенных на этих лиц, которых можно отнести к категории должностных лиц, подкрепляется тем фактом, что, в соответствии с Конвенцией, главе представительства и другим членам дипломатического персонала запрещается заниматься «в государстве пребывания профессиональной или коммерческой деятельностью в целях личной выгоды»<sup>114</sup>. Наконец, глава представительства или делегации и любой другой член дипломатического персонала представительства или делегации, являющийся гражданином государства пребывания или постоянно проживающий в нем, пользуется лишь иммунитетом в отношении «официальных действий, совершенных им при выполнении своих функций»<sup>115</sup>.

62. Кроме того, что касается делегаций, направляемых на международные конференции под эгидой международных организаций универсального характера, то в статье 50 Венской конвенции 1975 года указывается, что иммунитеты, признаваемые этой конвенцией, дополняют те иммунитеты, которые предоставляются главе государства, главе правительства, министру иностранных дел и другим лицам высокого ранга в соответствии с международным правом:

1. Глава государства или каждый член коллегиального органа, выполняющего функции главы государства согласно конституции соответствующего государства, когда он возглавляет делегацию, пользуется в государстве пребывания или в третьем государстве, помимо того, что предоставляется ему в силу настоящей Конвенции, возможностями, привилегиями и иммунитетами, которые признаются международным правом за главами государств.

2. Глава правительства, министр иностранных дел или другое лицо высокого ранга, когда оно возглавляет делегацию или является ее членом, пользуется в государстве пребывания или в третьем государстве, помимо того, что предоставляется ему в силу настоящей Конвенции, возможностями, привилегиями и иммунитетами, которые признаются международным правом за такими лицами.

63. Что касается этих лиц высокого ранга, которые также упоминаются в Конвенции о специальных миссиях, то следует отметить, что Комиссия сделала интересное уточнение в пункте 6 своего комментария к статье 50:

...Комиссия пришла к выводу, что лица высокого ранга, о которых говорится в пункте 2, имеют право на особые привилегии и иммунитеты в силу функций, которые они осуществляют в своих странах и которые они не будут осуществлять в качестве главы представительства. Поэтому выражение «лицо высокого ранга» относится не к лицам, которым в силу функций, выполняемых ими в представительстве, дается их государствами особый высокий ранг, а к лицам, занимающим высокое положение в своих странах, которым поручают временно принять участие в работе делегации в органе или на конференции<sup>116</sup>.

64. Анализ правового режима Венской конвенции 1975 года позволяет сделать выводы, аналогичные тем, которые были получены по итогам изучения Венской конвенции о дипломатических сношениях или Конвенции о специальных миссиях. Во-первых, хотя в тексте Венской конвенции 1975 года на испанском

языке, как и в предыдущем случае, не используется сам термин «funcionario» («должностное лицо») и не определяются категории лиц, к которым он относится, применительно к этим лицам, безусловно, можно говорить о том, что между лицом, пользующимся иммунитетом от юрисдикции, и государством, от имени которого оно действует, имеется определенная связь и что эта связь, несомненно, обусловлена публичными функциями, которые выполняет указанное лицо. Во-вторых, за счет упоминания лиц высокого ранга в статье 50 Венской конвенции 1975 года вновь вводится концепция двух частично отличающихся друг от друга режимов иммунитета.

d) *Венская конвенция о консульских сношениях*

65. Венская конвенция о консульских сношениях содержит ряд отличий от рассмотренных выше документов, как применительно к категориям лиц, входящих в состав «консульского учреждения», так и в том, что касается сферы охвата этих лиц иммунитетом от юрисдикции. Главная особенность этой конвенции заключается в том, что в ней проводится различие между «консульскими должностными лицами» и «консульскими служащими» — единственными категориями, на которые распространяется иммунитет от юрисдикции<sup>117</sup>. Под «консульским должностным лицом» понимается «любое лицо, включая главу консульского учреждения, которому поручено в этом качестве выполнение консульских функций»<sup>118</sup>. Под «консульским служащим» понимается «любое лицо, выполняющее административные или технические обязанности в консульском учреждении»<sup>119</sup>. Помимо этого, в Конвенции вводится понятие «консульского агента», о котором говорится в статье 69 и в отношении которого заинтересованные государства могут свободно решать, будут ли они наделять его консульскими функциями и какой правовой режим будет к нему применяться. Вышеуказанное понятие, однако, не рассматривалось в соответствующем проекте статей, подготовленном Комиссией.

66. Иммунитет от юрисдикции, предоставляемый «консульским должностным лицам» и «консульским служащим», имеет более ограниченную сферу охвата, чем иммунитет, предоставляемый дипломатическим агентам, будучи непосредственно увязан с «действиями, совершаемыми ими при выполнении консульских функций»<sup>120</sup>. Кроме того, иммунитет от гражданской юрисдикции не предоставляется в случаях, когда гражданский иск «вытекает из договора, заключенного консульским должностным лицом или консульским служащим, по которому они прямо или косвенно не приняли на себя обязательств в качестве агента представляемого государства»<sup>121</sup>. Наконец, следует отметить, что в соответствии с этой конвенцией консульскому должностному лицу не предоставляется иммунитет от уголовной юрисдикции, однако ее

<sup>113</sup> См. статьи 36, пункт 4, и 66, пункт 4.

<sup>114</sup> См. статью 39, пункт 1.

<sup>115</sup> См. статьи 36–37.

<sup>116</sup> *Ежегодник... 1971 год*, том II (часть первая), стр. 379, пункт 6) комментарий к проекту статьи 50.

<sup>117</sup> См. статью 43. См. также статьи 58, пункт 2, и 63, в которых говорится о почетных консульских должностных лицах.

<sup>118</sup> Статья 1, пункт 1 d).

<sup>119</sup> Статья 1, пункт 1 e).

<sup>120</sup> Статья 43, пункт 1.

<sup>121</sup> Статья 43, пункт 2 a).

положениями прямо предусматривается, что в ходе любого уголовного судопроизводства этому лицу должно «оказываться уважение ввиду его официального положения и... должно ставиться как можно меньше препятствий выполнению им консульских функций»<sup>122</sup>.

67. Соответственно, необходимо признать, что Венская конвенция о консульских сношениях еще более четко отражает связь между предоставлением иммунитета определенным категориям лиц и выполнением конкретных функций от имени государства. Этими функциями, как и в предыдущих случаях, являются те, в которых воплощается государственная власть. Таким образом, здесь разъясняется характер функций, перечисленных в статье 5 Конвенции, и формулируется четкая предпосылка, в соответствии с которой дипломатическое должностное лицо может совершать «дипломатические акты» или действовать «в качестве представителя представляемого государства при любой межправительственной организации»<sup>123</sup>. Исходя из этого, связь между категориями лиц, на которые распространяется иммунитет, и государством является очевидной. Эта связь подкрепляется статьей 43, а именно пунктом 2 а), в котором о «консульских должностных лицах» и «консульских служащих» говорится как об «агентах представляемого государства»<sup>124</sup>.

68. С этой точки зрения можно сделать вывод о том, что в основе критериев, позволяющих определять, какие лица могут пользоваться иммунитетом в соответствии с Венской конвенцией о консульских сношениях, лежат параметры, аналогичные тем, которые предусмотрены в трех рассмотренных выше конвенциях, а именно: связь с государством, совершение действий от его имени и выполнение официальных функций. Вместе с тем следует отметить особенности терминологии, используемой в этой конвенции, включая фигурирующие в ее тексте на испанском языке новые термины, такие как «funcionario» («должностное лицо») и «empleado» («служащий»), а также «agentes del Estado que envía» («агенты представляемого государства»).

е) *Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов*

69. Пятым документом, который следует рассмотреть, является Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов. В этой конвенции не говорится об иммунитетах, однако ее замысел аналогичен тому, который лежит в основе других рассмотренных выше

конвенций, а именно: создать специальную систему, применимую к определенным категориям лиц в зависимости от их связи с государством и в силу выполнения ими определенных функций международного значения. Соответственно, анализ категорий «лиц, пользующихся защитой», о которых говорится в этой конвенции, также может быть полезен для установления критериев, позволяющих определить определенную категорию людей как «должностных лиц» для целей рассматриваемой темы.

70. С этой точки зрения уместно привести положение, содержащееся в статье 1, пункт 1, в которой перечислены следующие «лица, пользующиеся международной защитой»:

а) глава государства, в том числе каждый член коллегиального органа, выполняющего функции главы государства согласно конституции соответствующего государства, или глава правительства, или министр иностранных дел...

б) любой представитель или должностное лицо государства...

71. Это положение имеет ряд отличий по сравнению с текстом проекта статей, принятого в свое время Комиссией, в котором к указанной категории относятся:

а) глава государства или глава правительства...

б) всякое должностное лицо государства... имеющее право в соответствии с общим международным правом или международным соглашением на специальную защиту для или по причине выполнения функций по поручению своего государства<sup>125</sup>...

72. Следует отметить, что в подпункте а) первого пункта принятого окончательного текста этой конвенции упоминается министр иностранных дел, а в подпункте б) – представители и должностные лица государства<sup>126</sup>. При этом в подпункте б) опущено упоминание о том, что специальная защита предоставляется указанным лицам в силу выполнения ими функций по поручению своего государства.

73. Это положение представляет особый интерес, поскольку в нем в общем смысле говорится обо «всех» категориях пользующихся международной защитой лиц, отнесенных к двум различным группам. Эти группы можно было бы сопоставить с двумя категориями лиц, которые описаны в рабочих документах Комиссии, посвященных иммунитету должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, и которым предоставляется иммунитет *ratione personae* и, соответственно, иммунитет *ratione materiae*.

<sup>125</sup> Проект статей о предотвращении и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, имеющих право на защиту в соответствии с международным правом, статья 1, в *Ежегоднике... 1972 год*, том II, документ A/8710/Rev.1, стр. 385.

<sup>126</sup> В официальные тексты Конвенции на французском и испанском языках были включены термины «personnalité officielle» и «personalidad oficial» (официальное лицо) соответственно, помимо термина «представитель или должностное лицо», так как эта формулировка уже фигурировала в утвержденном Комиссией тексте проекта статьи 1 на французском языке: «toute personnalité officielle ou tout fonctionnaire d'un État» («всякое должностное лицо государства») (*Annuaire de la Commission du droit international 1972*, vol. II, p. 340).

<sup>122</sup> Статья 41, пункт 3. Та же формулировка используется в тексте Конвенции и применительно к возбуждению уголовного дела против «почетных консульских должностных лиц» (статья 63).

<sup>123</sup> Статья 17.

<sup>124</sup> См. также статью 71, пункт 1, в которой устанавливаются ограничительные правила для консульских должностных лиц, которые являются гражданами государства пребывания или постоянно проживают в нем.

74. Что касается первого из приведенных вариантов, то Комиссия уже ссылалась на соответствующее положение в комментарии к проекту статьи 3, предварительно утвержденному на ее шестьдесят пятой сессии в 2013 году<sup>127</sup>. Тем не менее данная концепция также представляет интерес с точки зрения определения обобщающего понятия «должностное лицо» для целей настоящего доклада, поскольку в нем перечислены лица, пользующиеся специальной защитой в силу своей связи с государством и выполняемых ими функций по поручению, за счет и от имени государства. В этой связи следует особо указать на комментарии Комиссии к утвержденному в 1972 году проекту статьи 1, в котором проводится различие между статусом главы государства и главы правительства и статусом прочих должностных лиц. Первые упоминаются в тексте Конвенции *eo nomine*, и защита предоставляется им в соответствии с международным правом на том основании, что они являются «лицами, занимающими такое положение» и «имеют статус главы государства или правительства»<sup>128</sup>. Что касается представителей и должностных лиц, то они определяются через ряд предъявляемых к ним определенных требований<sup>129</sup>, среди которых следует отметить наличие у них статуса «должностных лиц государства», то есть лиц, которые «находятся на службе государства»<sup>130</sup>. Кроме того, право на международную защиту предоставляется им «для или по причине выполнения официальных функций»<sup>131</sup>. Эти комментарии Комиссии в полной мере применимы к статье 1 Конвенции, несмотря на то, что упоминание о выполнении официальных функций от имени государства в ней опущено.

75. Исходя из вышесказанного, в тексте Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, присутствуют два заслуживающих внимания элемента, которые представляются полезными для целей настоящего доклада. Первый из них – это наличие двух различных категорий лиц, режим защиты которых имеет под собой различные основания. Второй элемент – это акцент, сделанный на связи с государством, которая обусловлена либо статусом или особым положением соответствующих лиц, либо тем обстоятельством, что определенные лица действуют от имени государства. К этому следует добавить еще один элемент, представляющий интерес с точки зрения терминологии: в тексте Конвенции на испанском языке термин «*funcionario*» применяется ко второй категории лиц и используется наряду с терминами «*representantes*» и «*otras personalidades oficiales*».

<sup>127</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 49–54, комментарий к проекту статьи 3, особенно его пункт 4).

<sup>128</sup> *Ежегодник... 1972 год*, том II, стр. 385–386, пункт 2) комментарий к проекту статьи 1.

<sup>129</sup> Там же, стр. 386, пункт 4). В пункте 9) (там же, стр. 387–388) приводится ряд примеров, однако это перечисление ограничивается упоминанием дипломатических агентов, выполняющих особую миссию, и консульских должностных лиц, а также определенных «должностных лиц и агентов» международных организаций.

<sup>130</sup> Там же, стр. 387, пункт 7).

<sup>131</sup> Там же, стр. 388, пункт 10).

f) *Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности*

76. Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности также содержит положения, в которых упоминаются органы и лица, пользующиеся иммунитетом. Так, в пункте 1 b) i) статьи 2 говорится о «государстве и его различных органах управления», в пункте 1 b) iv) статьи 2 – о «представителях государства, действующих в этом качестве», а в пункте 2 статьи 3 – о «привилегиях и иммунитетах, предоставляемых в соответствии с международным правом главам государств *ratione personae*».

77. Следует напомнить о том, что указанная конвенция не распространяется на уголовное судопроизводство и, следовательно, остается за рамками рассматриваемой здесь темы иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции<sup>132</sup>. Несмотря на это, упоминание «органов управления государства», «представителей государства, действующих в этом качестве» и «иммунитетов, предоставляемых главам государств *ratione personae*» представляется полезным для целей установления в рамках настоящего доклада критериев, определяющих понятие «должностное лицо», во-первых, потому что позволяет сделать вывод о существовании двух различных категорий лиц, на которые распространяются иммунитет *ratione personae* и, соответственно, иммунитет *ratione materiae*, и во-вторых, потому что таким образом подчеркивается представительский характер функций, которые должны выполнять лица, пользующиеся иммунитетом *ratione materiae*<sup>133</sup>.

78. Что касается терминологии, то применительно к текстам на испанском языке следует отметить, что ни в подготовленном Комиссией проекте статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, ни в вышеуказанной конвенции не используется термин «*funcionario*». Вместо этого, как уже отмечалось выше, упоминаются «органы управления» государства и его «представители». Кроме того, следует также отметить, что в ходе подготовки вышеуказанного проекта статей Комиссия постановила, что термин «орган государства» относится к учреждениям, а не к лицам, за исключением главы государства и главы правительства, которые входят в эту категорию наряду с другими элементами<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> См. в этом отношении *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 50–51, пункт 4) комментарий к проекту статьи 3 и сноска 267 к этому пункту.

<sup>133</sup> В этом смысле представляют интерес замечания Комиссии, содержащиеся в комментарии к проектам статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, утвержденным во втором чтении в 1991 году. См. *Ежегодник... 1991 год*, том II (часть вторая), стр. 15 и 19, пункты 6), 8) и 17) комментарий к проекту статьи 2; и стр. 22, пункт 1) комментарий к проекту статьи 3.

<sup>134</sup> Там же, стр. 15–16, пункты 6) и 8)–10) комментарий к проекту статьи 2.

g) Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него

79. Что касается международных договоров, в которых определяются деяния, квалифицируемые как преступления независимо от того, совершаются ли они в контексте международных отношений, то следует отметить, что упоминания категории должностных лиц появились в договорной практике очень давно. Так, в статье IV Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него в числе лиц, которые могут совершить преступление геноцида, прямо упоминаются «правители, должностные или частные лица». В этой конвенции не содержится определения указанных понятий, однако упоминание «правителей» и «должностных лиц» и противопоставленных им «частных лиц» позволяет сделать вывод о существовании двух категорий лиц, действующих в своем официальном или, соответственно, личном качестве. Однако вышеуказанная концепция не содержит никаких других элементов, позволяющих провести различие между «правителями» и «должностными лицами» или установить критерии, указывающие на официальный характер их деятельности.

80. Тем не менее использование обоих терминов позволяет сделать вывод о существовании двух различных категорий лиц, которые действуют от имени государства и выполняют различные функции. В этом контексте стоит отметить, что включение в вышеуказанный текст термина «правители» вызвало в Шестом комитете, в ходе которой выяснилось, что для большинства государств термины «правитель» и «должностное лицо» не являются взаимозаменяемыми<sup>135</sup>. В этой связи можно процитировать заявление Египта, который отметил, что «понятие правителя, по сути, включает не только конституционного монарха... но также и министров и всех, кто осуществляет государственную власть, за исключением должностных лиц, выполняющих административные функции»<sup>136</sup>, или заявление Индии, которая обратила внимание на необходимость «включить в определение, помимо государственных должностных лиц и частных лиц, также лиц, которые осуществляют властные полномочия в пределах государства»<sup>137</sup>. Помимо этого, следует также упомянуть заявление Франции, по мнению которой обсуждаемый термин «правители» «обозначает в действительности... лиц, которые наделены реальными властными полномочиями»<sup>138</sup>. Эти обсуждения, несомненно, по-прежнему представляют интерес для целей настоящего доклада.

<sup>135</sup> См. *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee, 93rd meeting*, pp. 314–322. Относительно использования обоих терминов следует отметить, что лишь представитель Венесуэлы подчеркнул, что в его стране все правители считаются должностными лицами. Вместе с тем он добавил, что с учетом того, что в других государствах это не так, он не возражает против сохранения термина «правители» (*ibid.*, p. 318).

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 315.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 317.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 315.

81. В заключение следует отметить, что предложение Бельгии<sup>139</sup> заменить термины «правители и должностные лица» словосочетанием «агенты государства», которое она сочла применимыми к обеим категориям лиц, не получило поддержки.

h) Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания

82. В тексте Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания понятие «должностное лицо» фигурирует в качестве одного из элементов определения понятия «пытка», в котором уточняется, что «сильная боль или страдание», испытываемые жертвой, «причиняются государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия» (статья 1, пункт 1). В свою очередь, в пункте 3 статьи 2, в котором говорится о приказах вышестоящего руководства, указывается, что такие приказы исходят от «вышестоящего начальника или государственной власти». Наконец, когда речь идет о возлагаемом на государство обязательстве рассматривать пытки в качестве преступлений в соответствии со своим внутренним законодательством, вновь прямо говорится о «государственном должностном лице или ином лице, выступающем в официальном качестве» (статья 16, пункт 1)<sup>140</sup>.

83. В свою очередь, Комитет против пыток воспользовался терминологией, содержащейся в этой конвенции, при подготовке принятых на сегодняшний день замечаний общего порядка<sup>141</sup>, добавив в них следующие формулировки: «лиц, которые действуют де-юре или де-факто от имени государства»<sup>142</sup>, «своих

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>140</sup> Помимо непосредственных упоминаний должностных лиц и органов государственной власти, приведенных выше, в пункте 1 статьи 10, в котором говорится о просветительских мерах, направленных на предотвращение пыток, упоминаются следующие категории лиц: «персонал правоприменительных органов, гражданский или военный, медицинский персонал, государственные должностные лица и другие лица, которые могут иметь отношение к содержанию под стражей и допросам лиц, подвергнутых любой форме ареста, задержания или тюремного заключения, или обращению с ними».

<sup>141</sup> В замечании общего порядка № 1 (1997) относительно осуществления статьи 3 Конвенции в контексте статьи 22 говорится о «государственных должностных лицах или иных лицах, выступающих в официальном качестве» (доклад Комитета против пыток, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 44 (A/53/44)*, стр. 70 и 71, приложение IX, пункты 3 и 8 b)). В замечании общего порядка № 2 (2007) об имплементации статьи 2 государствами-участниками говорится о «должностных лицах и других лицах... выступающих в официальном качестве» (пункт 15) и «должностных лицах» (пункт 18) (см. там же, *шестьдесят третья сессия, Дополнение № 44 (A/63/44)*, стр. 255–256 и 257, приложение VI). В свою очередь, в замечании общего порядка № 3 (2012) об осуществлении статьи 14 государствами-участниками говорится о «государственных органах или других лицах, выступающих в официальном качестве» (пункт 7) и «государственных должностных лицах» (пункт 18) (там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 44 (A/68/44)*, стр. 311 и 314–315, приложение X).

<sup>142</sup> Там же, *шестьдесят третья сессия, Дополнение № 44 (A/63/44)*, замечание общего порядка № 2, стр. 253, пункт 7.

должностных лиц или субъектов, действующих от его имени»<sup>143</sup>, «государственные органы или другие лица, выступающие в официальном качестве»<sup>144</sup>, «вышестоящего начальника или государственной власти»<sup>145</sup>, «должностных лиц в системе подчинения»<sup>146</sup> и «лица, облеченные высокими полномочиями, включая государственных должностных лиц»<sup>147</sup>. К этому следует добавить, что в своем замечании общего порядка № 3 (2012) об осуществлении статьи 14 Комитет, говоря о предоставлении иммунитета определенным лицам и о его несовместимости с положениями указанной конвенции, использует формулировку «агенты» государства<sup>148</sup>.

84. Вместе с тем в Конвенции против пыток не содержится определения понятий «должностное лицо», «орган государственной власти» и «иное лицо, выступающее в официальном качестве». Комитет против пыток на сегодняшний день также не дал определений указанным понятиям. Несмотря на это, очевидно, что в Конвенции против пыток сделан акцент на том, что определенные лица могут «выступать в официальном качестве», и определение «официальный» относится как к «должностным лицам», так и к «органам власти». Таким образом, в этом случае наличие связи соответствующего лица с государством и выполнение этим лицом государственных функций. Эту связь с государством также подчеркивает Комитет против пыток, постоянно ссылаясь на то, что должностные лица, государственные органы и лица «выступают в официальном качестве или действуют от имени государства», и используя термин «государственные органы», а также указывая на то, что соответствующие лица «действуют в качестве официальных должностных лиц, поскольку им поручено выполнять государственные функции»<sup>149</sup>. Помимо этого, на основании вышесказанного можно сформулировать второй определяющий критерий, а именно наличие ряда лиц, имеющих такую связь с государством и выполняющих государственные функции. Эта группа лиц не охватывается узким понятием «должностное лицо» и, помимо этого, также включает «органы» или «агентов»<sup>150</sup>.

<sup>143</sup> Там же, стр. 253 и 255–256, пункты 7 и 15.

<sup>144</sup> Там же, стр. 257, пункт 18; там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 44 (A/68/44)*, замечание общего порядка № 3, стр. 311, пункт 7.

<sup>145</sup> Там же, *шестьдесят третья сессия, Дополнение № 44 (A/63/44)*, замечание общего порядка № 2, стр. 260, пункт 26.

<sup>146</sup> Там же, стр. 253, пункт 7.

<sup>147</sup> Там же, стр. 260, пункт 26.

<sup>148</sup> Там же, *шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 44 (A/68/44)*, замечание общего порядка № 3, стр. 321, пункт 42.

<sup>149</sup> Там же, *шестьдесят третья сессия, Дополнение № 44 (A/63/44)*, замечание общего порядка № 2, стр. 256–257, пункт 17.

<sup>150</sup> Группа лиц, связанных с государством, фигурирует в следующем перечне, содержащемся в замечании общего порядка № 2: «должностных лиц и других лиц, включая сотрудников различных учреждений, частных подрядчиков и других субъектов, выступающих в официальном качестве или действующих от имени государства, совместно с государством или в ином качестве под прикрытием закона» (там же, стр. 256, пункт 15).

## i) *Документы по борьбе с коррупцией*

85. Для целей настоящего доклада представляют интерес международные и региональные документы, принятые в течение последнего десятилетия прошлого века в целях борьбы с таким явлением, как коррупция. Все эти документы имеют общий элемент: в их положениях основное внимание уделено должностным лицам государства, и, как следствие, в соответствующих статьях не только имеются прямые отсылки к этой категории лиц, но и приводятся определения понятия «должностное лицо».

86. Так, статья 2 *a)* Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции гласит:

«Публичное должностное лицо» означает: i) любое назначаемое или избираемое лицо, занимающее какую-либо должность в законодательном, исполнительном, административном или судебном органе Государства-участника на постоянной или временной основе, за плату или без оплаты труда, независимо от уровня должности этого лица; ii) любое другое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию, в том числе для публичного ведомства или публичного предприятия, или предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве Государства-участника и как это применяется в соответствующей области правового регулирования этого Государства-участника; iii) любое другое лицо, определяемое в качестве «публичного должностного лица» во внутреннем законодательстве Государства-участника. Тем не менее для целей принятия некоторых конкретных мер, предусмотренных главой II настоящей Конвенции, «публичное должностное лицо» может означать любое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию или предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве Государства-участника и как это применяется в соответствующей области правового регулирования этого Государства-участника.

87. Наряду с этим в Конвенции говорится об «иностранном публичном должностном лице», которое в статье 2 *b)* определяется как

любое назначаемое или избираемое лицо, занимающее какую-либо должность в законодательном, исполнительном, административном или судебном органе иностранного государства, и любое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию для иностранного государства, в том числе для публичного ведомства или публичного предприятия.

«Публичные должностные лица» и «иностранные публичные должностные лица» упоминаются на протяжении всего текста этой конвенции<sup>151</sup>, хотя в некоторых ее положениях также говорится о «гражданских служащих» как об отдельной категории, отличающейся от «должностных лиц»<sup>152</sup>.

88. В свою очередь, в Межамериканской конвенции против коррупции в одну категорию объединены «государственное должностное лицо, должностное лицо правительства или государственной служб», которые определяются в статье I как

любое должностное лицо или служащий государства и его органов, включая тех, кто выбран, назначен или избран, чтобы исполнять задачи и функции от имени или находясь на службе государства на любом уровне организации власти.

<sup>151</sup> См. статьи 7, 8, 12, 15–20, 25, 30, 38 и 52.

<sup>152</sup> См. статьи 7 и 30.



89. Наконец, Конвенция Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию гласит:

*a)* понятие «публичное должностное лицо» охватывает определения «должностное лицо», «публичный служащий», «мэр», «министр» или «судья», существующие в национальном праве государства, в котором данное лицо отправляет свою должность, как они применяются в уголовном праве этого государства;

*b)* термин «судья», упомянутый в подпункте *a)* выше, включает прокуроров и лиц, занимающих судебные должности;

*c)* в случае разбирательства, касающегося какого-либо публичного должностного лица другого государства, осуществляющее преследование государство может применять определение публичного должностного лица лишь в той степени, в какой это определение не противоречит его национальному праву<sup>153</sup>.

90. Это определение также согласуется с положениями Конвенции Совета Европы о гражданско-правовой ответственности за коррупцию от 4 ноября 1999 года, которая ограничивается упоминанием «публичных должностных лиц в ходе осуществления ими своих функций»<sup>154</sup>.

91. Определение понятия «государственное должностное лицо», содержащееся в Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию, представляет особый интерес для целей настоящего доклада, поскольку, как подчеркивается в пояснительном докладе к этой конвенции,

составители настоящей конвенции стремились охватить все возможные категории государственных должностных лиц, с тем чтобы избежать, насколько это возможно, пробелов в процессе установления уголовной ответственности за коррупцию в государственном секторе. Однако это не обязательно означает, что государства должны пересмотреть свою концепцию «государственного должностного лица» в целом. Что касается «национального законодательства», то следует отметить, что намерение составителей Конвенции заключалось в том, чтобы Договаривающиеся стороны приняли на себя обязательства в соответствии с настоящей конвенцией только в той степени, в какой это согласуется с их конституцией и основополагающими принципами их правовой системы, включая, когда это целесообразно, принципы федерализма<sup>155</sup>.

92. Таким образом, за каждым государством сохраняется право самостоятельно определять в рамках национальной правовой системы, кто именно в соответствующем государстве принадлежит к числу лиц, именуемых «государственными должностными лицами», однако эти категории лиц и их подразумеваемые обязанности по меньшей мере включены в объем понятия «государственное должностное лицо» во избежание пробелов в уголовном судопроизводстве. В этой связи особенно важное значение имеет упоминание «мэров» и «министров», которые во «многих государствах... приравниваются к государственным должностным лицам для целей установления уголовной ответственности за преступления, совершенные ими при исполнении своих полномочий»<sup>156</sup>. В этом же ключе «судьи» в пояснительном докладе определяются как «лица, избранные или назначенные на государственную должность. Это понятие следует

толковать в самом широком смысле: определяющим элементом здесь являются выполняемые соответствующим лицом функции, которые должны относиться к сфере отправления правосудия, а не принятое название должности. Это определение относится в том числе и к прокурорам, хотя в некоторых государствах они не рассматриваются как представители судебной власти»<sup>157</sup>. Присущая указанной конвенции всеохватность применительно к понятию государственного должностного лица также отличает Дополнительный протокол к Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию, в котором предусмотрено расширение сферы применения Конвенции за счет включения третейских судей (арбитров) и присяжных заседателей, будь то граждан соответствующего государства или иностранцев<sup>158</sup>.

93. Несмотря на расхождения между различными документами, рассмотренными в этом разделе, в них можно выделить следующие общие элементы в том, что касается определения понятия «должностное лицо»: *a)* это понятие охватывает лиц, выполняющих государственные функции от имени и за счет государства; *b)* не имеет значения, каким образом указанные лица приняли на себя эти функции: путем избрания или назначения; *c)* также не имеет значения, выполняют ли они эти функции на постоянной или временной основе, за вознаграждение или безвозмездно; *d)* не имеет значения, выполняют ли они эти государственные функции в органах исполнительной власти (административных органах), судебных или законодательных органах; и наконец, *e)* аналогичным образом не имеет значения, выполняют ли они указанные государственные функции в центральных государственных органах, других политических или административных структурах или в государственных предприятиях и других учреждениях государственного сектора. Хотя вопрос о том, применимы ли все перечисленные характеристики в контексте проблемы иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции должностных лиц государства, остается спорным, нельзя отрицать тот факт, что они служат нам подспорьем при определении понятия «должностное лицо» для целей рассматриваемой здесь темы.

*ж) Римский статут Международного уголовного суда*

94. Пункт 1 статьи 27 Римского статута гласит:

Настоящий Статут применяется в равной мере ко всем лицам без какого бы то ни было различия на основе должностного положения. В частности, должностное положение как главы государства или правительства, члена правительства или парламента, избранного представителя или должностного лица правительства ни в коем случае не освобождает лицо от уголовной ответственности согласно настоящему Статуту и не является само по себе основанием для смягчения приговора.

95. В вышеуказанной статье перечислен ряд лиц, применительно к которым можно говорить о «должностном положении», и говорится о том, что оно не имеет значения для целей установления международной уголовной ответственности. Этот

<sup>153</sup> Статья 1.

<sup>154</sup> Статья 5.

<sup>155</sup> Council of Europe, Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, *European Treaty Series No. 173*, p. 6, para. 27.

<sup>156</sup> *Ibid.*, para. 28.

<sup>157</sup> *Ibid.*, para. 29.

<sup>158</sup> См. статью 1 Дополнительного протокола.

перечень представляет интерес для настоящего доклада, поскольку в пункте 2 статьи 27 понятие «должностного положения» увязывается с иммунитетами и, в частности, говорится, что

иммунитеты или специальные процессуальные нормы, которые могут быть связаны с должностным положением лица, будь то согласно национальному или международному праву, не должны препятствовать осуществлению Судом его юрисдикции в отношении такого лица.

96. Статья 27 носит всеохватный характер, поскольку распространяется на любое лицо, применительно к которому можно говорить о «должностном положении», и в некоторой степени перекликается с основной идеей, которой руководствовалась Комиссия при составлении проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, утвержденного в 1996 году<sup>159</sup>. Соответственно, можно считать, что «должностное положение» занимает любое лицо, действующее по поручению, за счет и от имени государства<sup>160</sup>.

97. В статье 8 bis Римского статута, посвященной преступлению агрессии, соответствующее преступление определяется как преступление, совершаемое руководящими лицами: в пункте 1 этой статьи говорится, что это преступление совершается «лицом, которое в состоянии фактически осуществлять руководство или контроль за политическими или военными действиями государства»<sup>161</sup>. Вместе с тем следует обратить внимание на тот факт, что эта формулировка не меняет и не дополняет содержание статьи 27. Напротив, указание на возможность «фактически осуществлять руководство или контроль за политическими или военными действиями государства» следует понимать как фактологическую деталь, которая связана со способностью соответствующего лица оказывать определенное влияние и принимать решения и учитывается независимо от того, является ли лицо, совершающее преступление агрессии, одним из лиц, перечисленных в пункте 1 статьи 27<sup>162</sup>. Соответственно, сама по себе эта деталь не может рассматриваться как критерий, определяющий понятие должностного лица в целом, невзирая на то, что

<sup>159</sup> *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 19, пункт 50. См. также пункты 102–105 ниже.

<sup>160</sup> Этот же подход лежит в основе теории, согласно которой понятие «деятельность официального характера» применимо в том числе и к деятельности лиц, которые de facto занимают должности или выполняют функции, упомянутые в статье 27 Римского статута. См., в частности: Triffterer, “Irrelevance of official capacity”, pp. 788–789; Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, pp. 449–450.

<sup>161</sup> О том же говорится и во внесенной в статью 8 bis поправке к элементам преступлений, которая также была принята на Конференции по обзору Римского статута. См. *Конференция по обзору Римского статута Международного уголовного суда, Кампала, 31 мая – 11 июня 2010 года, Официальные отчеты*, стр. 24, резолюция RC/Res.6, приложение II, «Элементы», пункт 2.

<sup>162</sup> Уместно напомнить о том, что отсылка к фактическому осуществлению контроля и руководства берет свое начало в судебной практике Нюрнбергского трибунала в связи с вопросом об уголовной ответственности работников промышленности, которые, безусловно, не могут рассматриваться в качестве лиц, занимающих официальные должности. См. в этой связи McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 178–179 and 181.

какое-либо из лиц, включенных в эту категорию, может удовлетворять этому условию.

#### 4. ДРУГИЕ ТЕМЫ, КОТОРЫЕ РАССМАТРИВАЛА КОМИССИЯ

98. Понятия должностного лица, органа или агента государства в прошлом неоднократно становились предметом рассмотрения Комиссии. К тому моменту, когда на основе работы Комиссии были выработаны договорные положения, эти понятия уже анализировались в договорной практике. Вместе с тем необходимо упомянуть и другие темы, которыми занималась Комиссия и которые могут быть полезны для целей настоящего доклада, а именно: так называемые Нюрнбергские принципы, проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества и проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния.

а) *Принципы международного права, признанные Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении этого Трибунала*

99. В принципе III проекта так называемых Нюрнбергских принципов, впоследствии принятых Генеральной Ассамблеей<sup>163</sup>, Комиссия упоминает лицо, которое действовало «в качестве главы государства или ответственного должностного лица правительства» («Head of State or responsible Government official» на английском языке), а в принципе IV – приказ «правительства» или «начальника» («government or of a superior» на английском языке). Однако ни Специальный докладчик г-н Спиропулос, ни Комиссия не дают определения термину «ответственное должностное лицо правительства». Тем не менее комментарии, принятые Комиссией, позволяют сделать вывод, что в обоих случаях, особенно в принципе III, речь идет о лице, занимающем официальную должность, поскольку данная категория выделяется на основании упоминания Нюрнбергским трибуналом «представителей государства» и лиц, «действующих в рамках исполнения власти государства»<sup>164</sup>.

б) *Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (1954 год)*

100. В статье 2 первого проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества<sup>165</sup>, принятого во втором чтении в 1954 году, Комиссия употребляет термин «власти государства» для указания возможных исполнителей определяемых в ней преступлений. Кроме того, в статье 3 проекта Комиссия отметила, что официальная должность не освобождает от ответственности за совершение указанных преступлений, и прямо указала на «главу государства»

<sup>163</sup> Резолюция 488 (V) Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 1950 года.

<sup>164</sup> См. Принципы международного права, признанные Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении этого Трибунала, *Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 374–378 англ. текста, документ A/1316, пункты 95–127, в частности пункты 103–104. Текст воспроизводится в *Ежегоднике... 1985 год*, том II (часть вторая), стр. 13, пункт 45.

<sup>165</sup> *Ежегодник... 1954 год*, том II, стр. 149 англ. текста.

и «ответственное должностное лицо правительства» («Head of State» и «responsible government official» на английском языке). Вместе с тем в проекте кодекса, как и в Нюрнбергских принципах, не разъясняется, что понимается под понятием ответственного должностного лица государства, которому в комментарии к проекту статьи 2 противопоставляется понятие «частные лица» («private individuals» на английском языке). В любом случае связь проекта кодекса с Нюрнбергскими принципами, принятыми в 1950 году, позволяет сделать вывод о том, что в нем также идет речь о лице, которое действует от имени и от лица государства.

101. Несмотря на это, темы, с опорой на которые был принят этот первый проект кодекса, позволяют нам сделать вывод о том, что определение термина «ответственное должностное лицо правительства» уже на тот момент вызывало сомнения. Так, следует особо упомянуть второй доклад Специального докладчика г-на Спироулоса, в котором он, проанализировав позиции государств в Шестом комитете, ссылается, в частности, на выступления Бельгии (г-н Ван Глаббеке) и Нидерландов (г-н Рёлинг). Бельгия отметила, что «все еще существует некоторая неясность в отношении точного значения термина “ответственное должностное лицо правительства”». На этот счет высказывались различные точки зрения. Некоторые полагали, что под термином «ответственное должностное лицо правительства» понимается исключительно член правительства или даже любое лицо, занимающее должность высокого уровня в одной из трех основных ветвей власти (законодательной, исполнительной или судебной). В ряде документов говорилось о должностных лицах высшего уровня, причем смысл этого выражения является столь же туманным, как и значение самого словосочетания «ответственное должностное лицо правительства»<sup>166</sup>. В свою очередь, Нидерланды утверждали, что «положение, основанное на официальном статусе обвиняемого, не может применяться в равной мере к лицам, совершившим тяжкие и менее тяжкие военные преступления»<sup>167</sup>. Несмотря на эти комментарии, Специальный докладчик не рассматривал в указанном докладе определение понятия и охват термина «ответственное должностное лицо правительства», ограничившись лишь замечанием о том, что в случае вторжения на какую-либо территорию войск другого государства «простой солдат не будет подлежать уголовной ответственности по международному праву... Было бы совсем нелогично считать, что он подлежит уголовной ответственности в связи с деянием, решение о совершении которого было принято властями государства и которое осуществлялось под руководством этих властей»<sup>168</sup>. Однако в своем

третьем докладе, который был представлен Комиссии в 1954 году и был взят за основу в ходе принятия кодекса во втором чтении, Специальный докладчик прямо указал на использование термина «власть» («gouvernant» на французском языке) в проекте статьи 3 и, обратив внимание на прения, которые состоялись в Генеральной Ассамблее в связи с Конвенцией о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, заявил, что этот термин относится и к тем, «кто обладает действительными властными полномочиями»<sup>169</sup>. В любом случае в своих комментариях к проекту кодекса Комиссия не дает никакого определения понятия «ответственное должностное лицо правительства».

с) *Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (1996 год)*

102. В ряде положений проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, принятого в 1996 году, Комиссия упоминает тех лиц, которых можно было бы отнести к одной из категорий, рассматриваемых в настоящем докладе. В числе наиболее важных положений можно назвать проект статьи 7, в котором говорится, что для целей присвоения индивидуальной уголовной ответственности за совершение преступлений, описываемых в проекте кодекса, «официальный статус лица, совершающего преступление... даже если оно действовало как глава государства или правительства»<sup>170</sup> не учитывается. Помимо этого, в комментариях к проектам статей 2, 4, 5 и 16 Комиссия также упоминает, хоть и в другой форме, категории лиц, анализируемые в настоящем докладе.

103. Для определения индивидуальной ответственности и проведения различий между ней и ответственностью государства Комиссия использует термины «агент государства», лицо, которое действует «от лица государства» или «от имени государства» или даже в качестве «агента де-факто без каких-либо юридических полномочий»<sup>171</sup>, и особо отмечает, что «агрессия может совершаться лишь лицами, являющимися представителями государства, которые используют свои полномочия отдавать приказы и средства, предоставляемые государством, для совершения

таких преступлений. Не может быть и речи о том, чтобы наказывать как соучастников такого преступления всех военнослужащих государства или работников военной промышленности» (там же, стр. 137 англ. текста, пункт 12) комментария к проекту статьи 2, третий пункт). Хотя очевидно, что эти комментарии указывают на значимость иерархического положения лица для целей привлечения к уголовной ответственности, они главным образом представляют интерес, поскольку в них констатируется, что между «ответственным должностным лицом правительства» и другими лицами, которые действуют от имени государства во исполнение решений, принятых другими лицами, может быть проведено различие (там же).

<sup>169</sup> *Ежегодник... 1954 год*, том II, стр. 120 англ. текста, раздел XIV с). В тексте комментария на французском языке говорится «ceux qui ont la responsabilité effective du pouvoir».

<sup>170</sup> *Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), стр. 19, пункт 50.

<sup>171</sup> Там же, стр. 22, пункт 4) комментария к проекту статьи 2. В комментарии к статье 4 Комиссия вновь употребляет эти термины.

<sup>166</sup> *Ежегодник... 1951 год*, том II, документ A/CN.4/44, пункт 85 англ. текста.

<sup>167</sup> Там же, пункт 82.

<sup>168</sup> Там же, стр. 58 англ. текста, комментарий к проекту статьи I, пункт 3. Комиссия придерживалась такого подхода в своем докладе, представленном после принятия проекта в первом чтении. Это особенно явно следует из комментария, в котором в связи с упоминанием пособничества Комиссия высказалась в том же ключе и указала, что «не предполагается, что все лица, способствующие при обычном исполнении своих обязанностей совершению преступлений против мира и безопасности человечества, могут только на этом основании рассматриваться как соучастники

такого преступления»<sup>172</sup>. С другой стороны, в комментариях также упоминаются лица, которые «занимают руководящие должности в сфере государственного управления или в военной сфере»<sup>173</sup>, «лица в рамках иерархии государственной власти или военного командования»<sup>174</sup> и «высокопоставленные государственные должностные лица или военачальники»<sup>175</sup>. Однако ни в одном из своих комментариев Комиссия не определяет, какие лица занимают такое положение, и не перечисляет таких лиц. Этого не было сделано и в проекте статьи 7, в комментарии к которому Комиссия не указывает конкретно, в чем заключается «официальный статус лица, совершающего преступление», хотя и дает некоторые разъяснения в связи с этим понятием, говоря о «лицах, занимающих государственные должности, которые обладают полномочиями разрабатывать планы или политику» и которые могут «пользоваться суверенитетом государства»<sup>176</sup>, «лицах, занимающих самые высокие посты и поэтому обладающих наибольшими полномочиями в плане принятия решений»<sup>177</sup>, а также о лицах, которые утверждают, что «действия, представляющие собой преступные деяния, были осуществлены во исполнение [их] функциональных обязанностей»<sup>178</sup>.

104. В любом случае нужно особо отметить неизбежно вытекающий из этого вывод о том, что лица, о которых говорится в вышеупомянутых положениях проекта кодекса, связаны с государством (являются его агентом, должностным лицом или военнослужащим либо действуют от имени и от лица государства), а также действуют в рамках осуществления государственной власти или полномочий, в том числе на высшем уровне. Указанные отличительные особенности представляют значительный интерес для определения критериев понятия «должностное лицо» в связи с нашей темой.

105. Наконец, следует обратить внимание на то, что применительно к этим лицам Комиссия не использует конкретного наименования, за исключением главы государства. Для остальных лиц она ограничивается упоминанием в проекте статьи 7 «официального статуса» и говорит в комментариях к статьям о «должностных лицах и армейских командирах», о «самых высоких официальных постах» и о «руководящих должностях в сфере государственного управления или в военной сфере».

d) *Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния*

106. В проекте статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния<sup>179</sup> содержится ряд положений, представляющих интерес для целей настоящего доклада, особенно статьи в главе II о присвоении государству поведения различных частных лиц и структур. Эти положения представляют интерес, поскольку в них упоминаются различные категории частных лиц (или структур), которые действуют от лица и от имени государства и поэтому могут подходить под анализируемое нами понятие «должностное лицо».

107. С учетом сказанного выше следует обратить особое внимание на то, что в проектах статей 4 и 5 упоминаются две различные категории: «органы государства» и «лицо или образование, осуществляющее элементы государственной власти» и не являющееся органами государства. Согласно проекту статьи 4 под органом государства понимается любое лицо или любое образование «независимо от того, осуществляет ли этот орган законодательные, исполнительные, судебные или какие-либо иные функции, независимо от положения, которое он занимает в системе государства, и независимо от того, является ли он органом центральной власти или административно-территориальной единицей государства» (пункт 1). Такое лицо или образование должно, помимо этого, обладать «статусом [органа] по внутригосударственному праву» (пункт 2). Вместе с тем в проекте статьи 5 упоминается остаточная категория «лица или образования, не являющегося органом государства в соответствии со статьей 4, но уполномоченного правом этого государства осуществлять элементы государственной власти». Хотя в проектах статей 4 и 5 говорится как о физических лицах, так и об образованиях, для целей определения понятия должностного лица в рамках настоящего доклада нас интересует лишь прямое указание на физических лиц.

108. В комментариях к проектам статей главы II также содержатся некоторые элементы, представляющие интерес. Так, во вступительной части говорится об общем правиле присвоения, которое состоит в том, что «государству на международном уровне присваивается лишь поведение его органов управления или других субъектов, действующих по указанию, под руководством или под контролем таких органов, т. е. агентов государства»<sup>180</sup>. Поведение органов государства может приписываться государству, независимо «от уровня администрации или управления, на котором имеет место такое поведение»<sup>181</sup>, а это означает, что на практике в качестве агентов государства могут действовать различные субъекты или должностные лица. С другой стороны, важнейшим элементом, позволяющим присваивать поведение

<sup>172</sup> Там же, стр. 22–23, пункт 5) комментария к проекту статьи 2. См. также комментарий к проекту статьи 16 (стр. 53 и далее).

<sup>173</sup> Там же, стр. 28, пункт 1) комментария к проекту статьи 5.

<sup>174</sup> Там же, пункт 2) комментария к проекту статьи 5.

<sup>175</sup> Там же, стр. 25, пункт 14) комментария к проекту статьи 2; и стр. 28, пункт 3) комментария к проекту статьи 5.

<sup>176</sup> Там же, стр. 32, пункт 1) комментария к проекту статьи 7.

<sup>177</sup> Там же, стр. 32–33, пункт 5) комментария к проекту статьи 7.

<sup>178</sup> Там же, стр. 33, пункт 6) комментария к проекту статьи 7.

<sup>179</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 26 и далее, пункт 76.

<sup>180</sup> Там же, стр. 42, пункт 2) вступительного комментария к главе II.

<sup>181</sup> Там же, стр. 42–43, пункт 5) вступительного комментария к главе II.

государству, является действие должностного лица в качестве органа государства, когда оно мотивируется интересами, помимо личных. Кроме того, значение в данном случае имеет не внутренняя функция, которую выполняет этот агент государства, а тот факт, что он выполняет «государственные функции» и осуществляет «действия, являющиеся прерогативой государственной власти»<sup>182</sup>. Что касается понятия должностного лица, то в комментарии к соответствующему положению поясняется, что даже поведение должностного лица более низкого уровня, которое совершено в официальном качестве, может быть присвоено государству. Как указывает Комиссия в своем комментарии к проекту статьи 7, определяющим фактором является то, «было ли деяние совершено этим органом в официальном качестве или нет»<sup>183</sup>.

109. Кроме того, следует особо отметить, что, пытаясь определить пределы осуществления элементов государственной власти, Комиссия подчеркивает неопределенность понятия «государственная власть». В целях определения этого понятия «будет особо важно не только содержание полномочий, но и то, каким образом они возлагаются на то или иное образование, в каких целях они осуществляются и в какой степени соответствующее образование подотчетно государству в связи с их осуществлением»<sup>184</sup>. В сфере внутригосударственного права связь между государством и субъектом, выполняющим государственные функции, может носить различный характер. Однако по международному праву важно установить, что осуществляемое должностным лицом действие является официальным актом «государственной власти», причем возможно даже, что эта государственная власть осуществляется органами или агентами де факто, когда они «фактически осуществляют элементы государственной власти в отсутствие или при несостоятельности официальных властей и в условиях, требующих осуществления таких элементов власти» (статья 9).

110. Как следствие, в проекте статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния содержатся элементы, представляющие в связи с рассматриваемой нами темой значительный интерес для определения критериев понятия «должностное лицо», а именно: *a)* наличие связи между отдельным лицом и государством, которая может принимать различные формы; *b)* тот факт, что лицо действует от имени государства; и *c)* требование, чтобы лицо выполняло официальные функции и осуществляло действия, являющиеся прерогативой государственной власти.

## 5. Выводы

111. Приводимый выше анализ практики позволяет сделать ряд выводов, которые позволят нам для целей настоящего проекта статей определить критерии понятия должностного лица, а именно:

<sup>182</sup> Там же, стр. 43, пункт 6) вступительного комментария к главе II.

<sup>183</sup> Там же, стр. 52, пункт 7) комментария к проекту статьи 7.

<sup>184</sup> Там же, стр. 48, пункт 6) комментария к проекту статьи 5.

*a)* должностное лицо связано с государством. Эта связь может носить различный характер (конституциональная, законодательная или договорная) и может быть временной или постоянной. Связь может быть *de jure* или *de facto*;

*b)* должностное лицо представляет государство на международном уровне или выполняет официальные функции как на международном, так и на внутригосударственном уровне;

*c)* должностное лицо осуществляет элементы государственной власти, действуя от имени и от лица государства. Элементы государственной власти включают исполнительные, законодательные и судебные функции.

112. Эти определяющие критерии являются общими для должностных лиц государства, которые пользуются иммунитетом *ratione personae* (глава государства, глава правительства и министр иностранных дел), и тех, которые пользуются иммунитетом *ratione materiae* (остальные должностные лица). Однако вышеуказанные критерии представляют особый интерес в случае иммунитета *ratione materiae* в связи с тем, что не представляется возможным перечислить категории лиц, которые пользуются таким иммунитетом. Следовательно, для признания того или иного лица должностным лицом следует в каждом конкретном случае анализировать всю совокупность этих критериев.

## С. Терминология

113. Второй вопрос, подлежащий рассмотрению в связи с концепцией должностного лица, касается терминов, используемых для обозначения лиц, на которых распространялся бы иммунитет. Как уже указывалось выше, это в первую очередь терминологический вопрос, однако он выходит за рамки простого предпочтения одного слова другому с лингвистической точки зрения. В основном выбор терминов определяется двумя следующими критериями: *a)* термин должен быть достаточно широким по смыслу и охватывать всех соответствующих лиц; и *b)* термин должен учитывать предыдущую практику Комиссии. К этим двум критериям следует добавить третье соображение: выбранный термин должен быть легко понятен – не оставляя возможности для ошибки – для национальных должностных лиц, ответственных за применение норм, регулирующих иммунитет, в частности судей, прокуроров, адвокатов и других сотрудников правоохранительных органов. Следует учитывать, что такие лица, будучи специалистами в своих соответствующих правовых системах, всегда будут склоняться к «мышлению», согласующемуся с категориями и терминами своего собственного внутригосударственного права. Поэтому автор настоящего доклада в своем подходе к терминологии будет выступать за использование терминов, которые никоим образом не могут быть неверно истолкованы, особенно в случае терминов, имеющих различные значения в разных странах, когда их употребление может привести к нежелательным последствиям с точки зрения установления условий относительно того, как толкуется субъективная сфера охвата иммунитета.

114. С учетом этого первый вывод, который надлежит сделать, состоит в том, что из предыдущего анализа практики явствует отсутствие единообразности в употреблении одного или нескольких терминов, относящихся к одним и тем же лицам. Если это не касается явно выраженных и единообразных указаний на глав государств, глав правительств и министров иностранных дел, то необходимо отметить, что в проанализированной юридической практике и конвенциях и даже в трудах юристов используются различные термины для указания на категорию рассматриваемых в настоящем докладе лиц. Более того, в каждом случае не представляется всегда возможным разъяснить причину, по которой используется тот, а не иной термин.

115. Если коснуться только договоров в качестве примера, то следующие термины используются в текстах на английском языке наряду с их эквивалентами в текстах на испанском и французском языках:

*a)* diplomatic agent («funcionario diplomático»/«agent diplomatique») (дипломатический агент)<sup>185</sup>;

*b)* diplomatic agent («agente diplomático»/«agent diplomatique») (дипломатический агент)<sup>186</sup>;

*c)* diplomatic staff («personal diplomático»/«personnel diplomatique») (дипломатический персонал)<sup>187</sup>;

*d)* consular officer («funcionario consular»/«fonctionnaire consulaire») (консульское должностное лицо)<sup>188</sup>;

*e)* consular employee («empleado consular»/«employé consulaire») (консульский служащий)<sup>189</sup>;

*f)* consular agent («agente consular»/«agent consulaire») (консульский агент)<sup>190</sup>;

*g)* agent of the sending State («agente del Estado que envía»/«mandataire de l'État d'envoi») (агент посылающего государства)<sup>191</sup>;

*h)* administrative and technical staff, service staff («personal administrativo y técnico y personal de servicio»/«personnel administratif et technique», «personnel de service») (административно-технический персонал, обслуживающий персонал)<sup>192</sup>;

*i)* representatives («representantes»/«représentants») (представители), в общем смысле<sup>193</sup>;

*j)* representative («representante»/«représentant») (представитель), в контексте специальной миссии<sup>194</sup>;

*k)* representative or official («representante, funcionario o personalidad oficial»/«représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle») (представитель или должностное лицо)<sup>195</sup>;

*l)* persons of high rank («personalidades de rango elevado»/«personnalités de rang élevé») (высокопоставленные лица)<sup>196</sup>;

*m)* organs of Government («órganos de gobierno»/«organes de gouvernement») (органы правительства), в эту категорию включаются главы государств и главы правительств<sup>197</sup>;

*n)* constitutionally responsible rulers, public officials («gobernantes», «funcionarios»/«gouvernants», «fonctionnaires») (ответственные по конституции правители, публичные должностные лица)<sup>198</sup>;

*o)* public official or other person acting in an official capacity («funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas»/«agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel») (официальное должностное лицо или иное лицо, выступающее в официальном качестве)<sup>199</sup>;

*p)* superior officer or a public authority («funcionario superior o autoridad pública»/«supérieur ou autorité publique») (старшее должностное лицо или орган государственной власти)<sup>200</sup>;

*q)* public official («funcionario público»/«agent public») (публичное должностное лицо) и foreign public official («funcionario público extranjero»/«agent public étranger») (иностранное публичное должностное лицо)<sup>201</sup>;

*r)* civil servants («empleados públicos»/«fonctionnaires») (гражданские служащие)<sup>202</sup>;

*s)* public official, government official or public servant («funcionario público, oficial gubernamental o servidor público»/«fonctionnaire, employé gouvernemental ou serviteur public») (публичное должностное лицо,

<sup>194</sup> Конвенция о специальных миссиях.

<sup>195</sup> Конвенция о предотвращении или наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов.

<sup>196</sup> Конвенция о специальных миссиях и Венская конвенция 1975 года.

<sup>197</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности.

<sup>198</sup> Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него.

<sup>199</sup> Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

<sup>200</sup> Там же.

<sup>201</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции.

<sup>202</sup> Там же.

<sup>185</sup> Венская конвенция о дипломатических сношениях.

<sup>186</sup> Там же.

<sup>187</sup> Конвенция о специальных миссиях и Венская конвенция 1975 года.

<sup>188</sup> Венская конвенция о консульских сношениях.

<sup>189</sup> Там же.

<sup>190</sup> Там же.

<sup>191</sup> Там же.

<sup>192</sup> Венская конвенция о дипломатических сношениях, Конвенция о специальных миссиях и Венская конвенция 1975 года.

<sup>193</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности.

правительственное должностное лицо или государственный служащий)<sup>203</sup>;

t) public official («agente público»/«agent public») (публичное должностное лицо)<sup>204</sup>;

u) official capacity («cargo oficial»/«qualité officielle») (официальное качество)<sup>205</sup>.

116. Как видно, используемые термины не только различаются, но и не всегда соответствуют терминам, употребляемым в текстах на испанском и французском языках.

117. Во-вторых, по итогам анализа работы Комиссии, которая не нашла отражения в договорах, были выявлены следующие термины, используемые на английском языке и сопровождаемые их эквивалентами на испанском и французском языках:

a) responsible government official («autoridad del Estado»/«chef d'État ou de gouvernement») (ответственное правительственное должностное лицо)<sup>206</sup>;

b) official position («carácter oficial»/«qualité officielle») (должностное положение)<sup>207</sup>;

c) agent of the State («agente del Estado»/«agent de l'État») (агент государства)<sup>208</sup>;

d) high-level government officials or military commanders («funcionarios públicos o mandos militares de alto nivel»/«hauts fonctionnaires de l'administration ou chefs militaires») (высокопоставленные правительственные должностные лица и военачальники) and senior government officials and military commanders («funcionarios y jefes militares»/«hauts fonctionnaires de l'administration et chefs militaires») (старшие правительственные должностные лица и военачальники)<sup>209</sup>;

e) State organ («órgano del Estado»/«organe de l'État») (орган государства)<sup>210</sup>;

<sup>203</sup> Межамериканская конвенция о борьбе с коррупцией.

<sup>204</sup> Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию.

<sup>205</sup> Римский статут Международного уголовного суда. Этот термин включает в себя главу государства («Head of State»/«Jefe de Estado»/«chef d'État»), главу правительства («Head of Government»/«Jefe de Gobierno»/«chef de gouvernement»), члена правительства («member of a Government»/«miembro de un Gobierno»/«membre d'un gouvernement»), члена парламента («member of a parliament»/«parlamentario»/«membre d'un parlement»), избранного представителя («elected representative»/«representante elegido»/«représentant élu») и правительственное должностное лицо («government official»/«funcionario de gobierno»/«agent d'un État»).

<sup>206</sup> Принципы международного права, признанные Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении этого Трибунала, а также проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (1954 год).

<sup>207</sup> Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (1996 год).

<sup>208</sup> Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (1996 год) (комментарии).

<sup>209</sup> Там же.

<sup>210</sup> Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния.

f) person, exercising governmental authority («persona que ejerce atribuciones del poder público»/«personne qui exerce des prérogatives de puissance publique») (лицо, осуществляющее элементы государственной власти)<sup>211</sup>.

118. Как в случае с договорами, следует отметить наличие различных терминов, употребляемых в английском языке, и тот факт, что они не всегда соответствуют терминам, используемым на двух других языках.

119. Следовательно, вывод заключается в том, что нет термина, который использовался бы единообразно и постоянно для указания на категорию лиц, являющихся предметом анализа настоящего доклада. Кроме того, используемые термины не всегда охватывают всех лиц, которые могут с учетом вышеописанных критериев быть включены в эту категорию. Напротив, некоторые термины, перечисленные выше в двух пунктах, часто используются для указания лишь на одну категорию лиц, не охватывая других лиц, которые по определению пользовались бы иммунитетом *ratione personae*. Учитывая это и предыдущие обсуждения в Комиссии, а также использование этих терминов при ее работе, Специальный докладчик считает необходимым более подробно изучить термины, которые фигурируют в нынешнем названии темы, а именно: «official» на английском языке, «funcionario» на испанском языке и «représentant» на французском языке, наряду с терминами «organ» («órgano» на испанском языке и «organe» на французском языке), а также «agent» («agente» на испанском языке и «agent» на французском языке). Ниже следует краткий анализ терминов, как они определяются как в общих, так и юридических словарях, в целях определения их уместности.

## 1. «FUNCIONARIO»

120. Согласно словарю *Diccionario de la lengua española* («Словарь испанского языка») (Испанская королевская академия), термин «funcionario» (должностное лицо) на испанском языке в общепринятом смысле означает «лицо, которое занимает государственную должность», хотя в Аргентине, Эквадоре и Уругвае он может также означать «высокопоставленного сотрудника, особенно в иерархии государственных органов власти»<sup>212</sup>. По существу, эти два значения не различаются. С другой стороны, в различных юридических словарях должностное лицо определяется как «лицо, которое выполняет функции в администрации и находится на службе государства, добровольно войдя в организационную структуру и зарабатывая себе на жизнь, выполняя эти функции»<sup>213</sup>, «лицо,

<sup>211</sup> Там же.

<sup>212</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22nd ed. (Madrid, Espasa, 2001). На испанском языке определения гласят следующее: «persona que desempeña un empleo público»; и «empleado jerárquico, particularmente el estatal».

<sup>213</sup> *Gran diccionario jurídico DVE*. (Barcelona, De Vecchi, 1991). Испанский текст гласит: «la persona que realiza funciones de la Administración y que está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente a la estructura orgánica del mismo, haciendo de la función asumida su medio habitual de vida».

которое служит в публичных административных органах на оплачиваемой основе в соответствии с административным правом»<sup>214</sup>, «лицо, которое выполняет публичные функции и находится на службе государства, добровольно войдя в его организационную структуру»<sup>215</sup> и «лицо, которое наделено полномочиями действовать в официальном качестве» или «которое выполняет публичные функции или занимает правительственную должность либо в силу выбора населения, либо по назначению компетентным органом»<sup>216</sup>. В любом случае следует отметить, что термин «funcionario» обычно не используется в испаноязычных странах для указания на главу государства, главу правительства, министра иностранных дел или других министров правительства, включая в некоторых случаях других политических должностных лиц. Наиболее часто употребляемым термином является «mandatario» или «dignatario» в случае первой группы и «alto cargo» или «alto funcionario» в отношении других групп. Кроме того, термин «funcionario» обычно не используется ни для указания на членов парламента, которые именуется «representantes», ни, пусть и в меньшей степени, на лиц, осуществляющих судебные функции, даже если они, как правило, являются должностными лицами в административном смысле этого слова.

121. Термин «funcionario» обычно переводится как «fonctionnaire» на французский язык и как «officer», «official», «civil servant» или «public servant» на английский язык<sup>217</sup>.

122. В случае с термином «fonctionnaire» на французском языке в неспециализированных словарях он определяется как «публичный агент, который, будучи назначенным на постоянную должность, занимает пост сотрудника категории специалистов в иерархии государственной администрации» или «лицо, назначенное для выполнения публичной функции»<sup>218</sup> и как «лицо, которое выполняет публичную функцию» или «лицо, которое было назначено на постоянную должность категории специалистов в публичной администрации»<sup>219</sup>. В юридических словарях термин

«fonctionnaire» означает «агент публичного органа, статус которого в гражданской службе сопряжен с назначением на постоянную должность и которому присвоен профессиональный ранг в иерархии»<sup>220</sup> или «лицо, назначенное на постоянную должность и получившее профессиональный ранг в иерархии» согласно положениям административного права, как гласит это определение<sup>221</sup>. В словаре *Dictionnaire de droit international public* («Словарь международного публичного права») термин «должностное лицо» толкуется как синоним термина «агент государства» («agent de l'État») и определяется как «лицо, как правило, назначаемое на постоянную должность в государственной администрации, которое действует от имени государства, имея полномочия на осуществление публичной власти в соответствии с национальным законодательством и под руководством правительства»<sup>222</sup>.

123. Кроме того, следует обратить внимание на тот факт, что термин на английском языке «official», который будет изучен позднее, имеет более широкое значение, чем «funcionario» или «fonctionnaire», хотя иногда он может иметь эквивалентное значение. Кроме того, следует учитывать, что термин на испанском языке «funcionario» может также соответствовать термину «civil servant», который имеет более ограниченную сферу охвата в качестве категории, охватывающей лиц, находящихся на «гражданской службе», которая определяется следующим образом: «Гражданская служба – это коллектив должностных лиц... задача которых заключается в административном обеспечении правительства... под контролем и руководством министров. [...] Гражданские служащие получают свои должности вне зависимости от каких-либо политических взглядов; они ограничены в своей политической деятельности, которой они могут заниматься, и остаются на должностях, несмотря на изменения в правительстве»<sup>223</sup>.

<sup>214</sup> *Diccionario jurídico Espasa* (Madrid, Espasa Calpe, 1991). Испанский текст гласит: «aquellas personas incorporadas a la [administración pública] por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo».

<sup>215</sup> Luís Ribó Durán, ed., *Diccionario de derecho*, 2nd ed. (Barcelona, Bosch, 1995). Испанский текст гласит: «la persona que realiza funciones públicas y está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente en la estructura orgánica del mismo».

<sup>216</sup> Ignacio Rivera García, ed., *Diccionario de términos jurídicos*, 2nd ed. (Orford, Equity, 1985). Испанские тексты гласят: «aquel que ha sido investido con la autoridad de un cargo» и «que ejerce funciones públicas, faena de Gobierno, ya sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente».

<sup>217</sup> Edgard Le Docte, ed., *Diccionario jurídico en cuatro idiomas* (Antwerp, Maklu Uitgevers, 1987).

<sup>218</sup> Larousse (www.larousse.fr/dictionnaires/français). Определение на французском языке являются следующими: «agent public qui, nommé dans un emploi permanent, a été titularisé dans un grade de la hiérarchie des administrations de l'État» и «titulaire d'une fonction publique».

<sup>219</sup> *Le Grand Robert de la langue française* (<http://grandrobert.lerobert.com>). Определение на французском языке является следующим: «personne qui remplit une fonction publique; personne qui occupe, en qualité de titulaire, un emploi permanent dans les cadres d'une administration publique».

<sup>220</sup> Gérard Cornu and others, eds., *Vocabulaire juridique* (Paris, Presses Universitaires de France, 1987). Определение на французском языке является следующим: «agent d'une collectivité publique dont la situation dans la fonction publique est caractérisée par la permanence de l'emploi dans lequel il a été nommé et par sa titularisation dans un grade de l'hierarchie».

<sup>221</sup> *Lexique des termes juridiques*, 20th ed. (Paris, Dalloz, 2013). Определение на французском языке является следующим: «personne nommée dans un emploi permanent et titularisée dans un grade de l'hierarchie».

<sup>222</sup> Jean Salmon, ed., *Dictionnaire de droit international public* (Brussels, Bruylant, 2001). Определение на французском языке является следующим: «personne nommée pour occuper normalement un emploi permanent dans l'administration de l'État et qui agit au nom de celui-ci, ayant été habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique dans le cadre des compétences reconnues par la législation nationale et sous l'autorité du gouvernement».

<sup>223</sup> Peter Cane and Joanne Conaghan, eds., *The New Oxford Companion to Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008). Следующее определение также является релевантным: «Это основополагающее различие между персоналом центрального правительства, зачастую признаваемое в иностранных конституциях как различие между «правительством» и «администрацией», в Соединенном Королевстве по существу является вопросом политики, а не права. С точки зрения права как министры, так и гражданские служащие являются «служащими Короны»».



## 2. «REPRÉSENTANT»

124. Французский термин «représentant» в общих словарях означает «лицо, которое получило полномочие действовать в интересах кого-либо или которое выполняет то или иное действие от имени или в интересах кого-либо»<sup>224</sup> и как «лицо, которое представляет другое лицо или которое получило полномочие действовать от имени кого-либо», «лицо, которого та или иная социальная группа наделила политической властью действовать от ее имени», «лицо, которое было избрано или которому было предоставлено полномочие посредством выборов (в частности, законодательные полномочия)» или «лицо, назначенное для представления государства или правительства в другом государстве или правительстве»<sup>225</sup>. Однако в словаре *Vocabulaire juridique* («Юридический словарь») термин «représentant» определяется как «орган власти, действующий в публичных интересах, или иногда даже как лицо, которому этим органом были делегированы полномочия»<sup>226</sup> и говорится, что в международных отношениях этот термин используется для обозначения более конкретно дипломатических представителей и представителей в международной организации. В аналогичном ключе в этом словаре также упоминаются представители в его определении термина «gouvernant» («ruler»): «в доктрине этот термин означает всех представителей, поверенных и лиц, облеченных публичной властью, в отличие от просто агентов или обычных граждан»<sup>227</sup>. В свою очередь, в словаре *Dictionnaire de droit international* («Словарь международного права») термин «représentant» означает «лицо, которое было надлежащим образом наделено правом выступать, действовать и препровождать и получать сообщения от имени того или иного субъекта международного права (государства, международной организации или иного субъекта) и при этом может нести юридическую ответственность». В нем далее говорится следующее: «этот термин применяется, в частности, по отношению к дипломатическим агентам... и делегатам на той или иной международной конференции или в том или ином органе международной организации», и он «используется по определению для учета конкретных ситуаций, что позволяет избежать использования традиционной терминологии для указания на руководителей миссии»<sup>228</sup>.

<sup>224</sup> *Larousse*. В этом словаре термины «agent» и «mandataire» употребляются как синонимы. Определение на французском языке звучит следующим образом: «personne qui a reçu pouvoir d'agir au nom de quelqu'un, qui accomplit un acte au nom et pour le compte de quelqu'un».

<sup>225</sup> *Le Grand Robert*. Определения на французском языке являются следующими: «personne qui représente, qui a reçu pouvoir d'agir au nom de quelqu'un», «personne à laquelle un groupe social confie le pouvoir politique, pour l'exercer en son nom», «personne qui a été élue, a reçu par élection la délégation d'un pouvoir (surtout du pouvoir législatif)» или «personne désignée pour représenter un État, un gouvernement, auprès d'un autre».

<sup>226</sup> *Vocabulaire juridique*. Определение на французском языке является следующим: «organe d'une autorité agissant dans un intérêt public ou parfois même délégataire de cet organe».

<sup>227</sup> *Ibid*. Определение на французском языке является следующим: «terme doctrinal désignant, par opposition aux simples agents et aux gouvernés, l'ensemble des représentants, dépositaire ou titulaires du pouvoir politique».

<sup>228</sup> *Dictionnaire de droit international public*. Определения на французском языке являются следующими: «personne physique

Столко же интересным является определение в этом же словаре термина «représentativité (ou caractère représentatif)» (представительство (или представительский характер)) в качестве «способности органа или лица, которое фигурирует в качестве образа или символа представляемой им нации. Это одна из характеристик глав государств на данный момент»<sup>229</sup>.

125. Термин «représentant» обычно переводится терминами «representante» на испанский язык и «representative» на английский язык<sup>230</sup>, а также иногда как «agent» на английский язык<sup>231</sup>.

126. На испанском языке термин «representante» в общем определяется в словаре *Diccionario de la lengua española* («Словарь испанского языка») как «лицо, которое представляет» и как «лицо, которое представляет... общество». Юридические словари не вносят больше ясности, поскольку они обычно не включают термин «representante», а содержат только определение термина «representación» (представительство), который определяется как группа «лиц, которые представляют образование, общину, корпорацию или правительство»<sup>232</sup> или как «правовой институт, который позволяет лицу, представленному лицу, действовать через другое лицо, именуемое представителем, которое с юридической точки зрения заменяет первое лицо»<sup>233</sup>. И наконец, в некоторых словарях конкретно определяется только термин «representación política» (политическое представительство), и он имеет значение только в контексте конституционного права, а именно означает «связь между населением и теми, кто действуют от его имени в качестве политического органа»<sup>234</sup>.

127. В общих словарях английский термин «representative» определяется как «лицо, избранное или назначенное для выполнения функций или выступления в интересах иного или иных лиц, в частности... лицо, выбранное или избранное для того, чтобы выступать или действовать от имени других лиц в законодательной ассамблее или совещательном органе» или «делегат, который посещает конференцию, участвует в переговорах и т. д., с тем чтобы представлять интересы другого лица или группы»<sup>235</sup>. В словаре *Black's Law Dictionary* («Юридический словарь Блэка») он определяется просто как «лицо,

dûment investie du pouvoir de parler, d'agir, de transmettre et de recevoir des communications au nom d'un sujet de droit international (État, organisation internationale ou autre entité) et susceptible, ce faisant, d'engager ce sujet de droit»; «ce terme s'applique notamment aux agents diplomatiques... ainsi qu'aux délégués à une conférence internationale ou dans un organe d'une organisation internationale»; и «utilisé à dessein pour prendre en compte des situations particulières et permettant d'éviter l'emploi de la terminologie traditionnelle utilisée pour se référer aux chefs de mission».

<sup>229</sup> *Ibid*. Определение на французском языке является следующим: «Caractère d'un organe ou d'une personne qui apparaît comme l'image ou le symbole de la Nation qu'il incarne. Tel est un des caractères attribué encore aujourd'hui aux chefs d'État».

<sup>230</sup> *Diccionario jurídico en cuatro idiomas* (см. сноску 217 выше).

<sup>231</sup> *Dictionnaire de l'anglais juridique* (Paris, BMS, 2004).

<sup>232</sup> *Diccionario de términos jurídicos* (см. сноску 216 выше).

<sup>233</sup> *Gran diccionario jurídico DVE* (см. сноску 213 выше).

<sup>234</sup> *Diccionario jurídico Espasa* (см. сноску 214 выше).

<sup>235</sup> См. [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com).

которое отстаивает интересы другого лица или действует от его имени», при этом присутствует ссылка на концепцию «агента»<sup>236</sup>.

### 3. «OFFICIAL»

128. Термин «official» определяется как «лицо, занимающее государственную должность или выполняющее официальные функции, особенно в качестве представителя организации или правительственного департамента»<sup>237</sup>. В словаре *Black's Law Dictionary* («Юридический словарь Блэка») термин «official» определен как «лицо, которое занимает публичную должность или работает в публичном учреждении; лицо, избранное или назначенное для выполнения определенной части правительственных суверенных полномочий; также именуется как *публичное должностное лицо*»<sup>238</sup>. Эти определения не являются эквивалентными термину «гражданская служба», определяемому как «административные структуры правительства» и «группа людей, работающих в этих структурах, – гражданских служащих»<sup>239</sup>, или термину «гражданский служащий»<sup>240</sup>, определяемому как «сотрудник гражданской службы» и больше соответствующему концепции «funcionario», которая была проанализирована выше.

129. Термин «official» обычно переводится на испанский язык как «funcionario»<sup>241</sup> или «responsable»<sup>242</sup> и на французский язык как «fonctionnaire»<sup>243</sup>, однако, как можно уяснить из предыдущих пунктов, эти термины не имеют эквивалентов или взаимозаменяемых значений для целей настоящего доклада.

### 4. «AGENT»

130. Термин на испанском языке «agente» (агент) определяется в словаре *Diccionario de la lengua española* («Словарь испанского языка») как означающий «лицо, которое уполномочено действовать от имени другого лица». В юридических словарях он определяется как «лицо, которое действует, функционирует или выполняет задачи от имени или в интересах другого лица», а термин «agencia del Gobierno» (правительственное учреждение) используется в значении «структуры, подчиненной суверену и созданной для выполнения той или иной правительственной функции»<sup>244</sup>. В других юридических словарях он озна-

чает «лицо, которое действует или вступает в дело от имени другого лица, которое наделило его соответствующими полномочиями для достижения конкретной цели»<sup>245</sup> или просто предлагается как эквивалент концепции административных органов<sup>246</sup>. И наконец, в одном юридическом словаре содержится в связи с этим термином лишь ссылка на термин «дипломатический агент»<sup>247</sup>.

131. Во французском языке термин «agent» определяется в общих словарях как «лицо, которое выполняет определенные задачи от имени того или иного физического лица или сообщества (общество, правительство, государство и т. д.)» и как «сотрудник в публичном или частном секторе, выполняющий задачи под контролем органа власти или занимающий определенные позиции и играющий посредническую роль»<sup>248</sup>. Он также определяется как «лицо, которому поручено заниматься делами и отстаивать интересы физического лица, группы или страны, от имени которых он/она действует» и фигурирует как синоним термина «fonctionnaire»<sup>249</sup>. В свою очередь, в юридических словарях термин «agent» означает «любое лицо, находящееся на службе публичных административных органов; в этом смысле агенты отличаются от правителей, которые единолично выступают в представительском качестве»<sup>250</sup>, «любого сотрудника государственной службы, чаще всего административных органов, который связан в течение определенного периода с непосредственным выполнением конкретных функций этой службы и деятельность которого, соответственно, регулируется нормами административного права»<sup>251</sup> или «лицо, нанятое государством в качестве работника или подрядчика для выполнения определенной функции» и лицо, которому «поручено выполнение публичной функции на постоянной или временной основе от имени государства или местных общин или независимых публичных учреждений»<sup>252</sup>.

<sup>245</sup> *Gran diccionario jurídico DVE* (см. сноску 213 выше).

<sup>246</sup> *Diccionario de derecho* (см. сноску 215 выше).

<sup>247</sup> *Diccionario jurídico Espasa* (см. сноску 214 выше).

<sup>248</sup> *Larousse*. Определения на французском языке являются следующими: «personne qui accomplit certaines missions pour le compte d'un particulier ou d'une collectivité (société, gouvernement, Etat)»; и «employé des secteurs public et privé exerçant une fonction d'exécution sous le contrôle d'une autorité, ou titulaire de certaines charges jouant un rôle d'intermédiaire». В этом словаре термины «émissaire», «mandataire» и «représentant» употребляются как синонимы.

<sup>249</sup> *Le Grand Robert*. Определение на французском языке является следующим: «personne chargée des affaires et des intérêts d'un individu, d'un groupe ou d'un pays, pour le compte desquels elle agit».

<sup>250</sup> *Vocabulaire juridique*. Определение на французском языке является следующим: «toute personne au service d'une administration publique, en ce sens les agents s'opposent aux gouvernants, qui ont seuls la qualité de représentant».

<sup>251</sup> *Lexique des termes juridiques*. Определение на французском языке является следующим: «tout collaborateur d'un service public, le plus souvent administratif, associé pour une certaine durée à l'exécution directe de l'activité spécifique de celui-ci et relevant à ce titre du droit administratif».

<sup>252</sup> *Dictionnaire de droit international public*. Определения на французском языке являются следующими: «personne recrutée par l'Etat, sous statut ou sous contrat, afin d'accomplir certaines fonctions» и «chargée de fonctions publiques, à titre permanent ou temporaire, aussi bien pour le compte de l'administration de l'Etat que pour celui des collectivités locales ou des établissements publics autonomes».

<sup>236</sup> B.A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary*, 9th ed. (St. Paul, West, 2009).

<sup>237</sup> См. [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com).

<sup>238</sup> *Black's Law Dictionary*. В этом словаре термин «officer» определяется как «лицо, которому доверены полномочия или руководящая должность. Что касается публичных дел, то этот термин указывает особенно на лицо, занимающее публичную должность в национальном, государственном или местном правительстве и имеющее полномочия от этого правительства на осуществление некоторых конкретных функций».

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> См. [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com).

<sup>241</sup> S.M. Kaplan, ed., *English/Spanish and Spanish/English Legal Dictionary*, 4th ed. (Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2013).

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> *Dictionnaire de l'anglais juridique* (см. сноску 231 выше).

<sup>244</sup> *Diccionario de términos jurídicos* (см. сноску 216 выше).

В любом случае предыдущие определения указывают на термин «agent» по существу с точки зрения государственного административного права. Однако в юридических словарях также содержится указание на термин «agent» в международном праве. В этой связи особый интерес вызывают значения, придаваемые этому термину в словаре *Dictionnaire de droit international public* («Словарь международного публичного права») следующего содержания: «лицо, которое действует от имени международно-правового субъекта и которому поручены функции или задачи, будь то публичные или частные...; лицо, на которое возложены дипломатические или консульские функции...; лицо, которому поручены не носящие дипломатического характера политические представительские функции» и «в области международной ответственности органы государства или той или иной международной организации»<sup>253</sup>.

132. В английском языке термин «agent» означает в общем смысле «лицо, которое действует от имени другого лица или группы лиц»<sup>254</sup>. С юридической точки зрения агент определяется как «работник или представитель правительственного органа» (правительственный агент)<sup>255</sup> и как «лицо, назначенное для того, чтобы действовать в публичных интересах в вопросах, касающихся правительственной администрации или публичного бизнеса» (публичный агент)<sup>256</sup>. В словаре *Black's Law Dictionary* («Юридический словарь Блэка») также определяется концепция «публичной власти» в качестве «полномочия, возложенного на лицо в качестве агента или структуры, выполняющих функции государства» на том основании, что «публичные полномочия охватывают различные формы законодательной, судебной и исполнительной ветвей власти»<sup>257</sup>.

##### 5. «ORGAN»

133. Согласно словарю *Diccionario de la lengua española* («Словарь испанского языка»), «órgano» (орган) – это «лицо или группа лиц, которые действуют, представляя ту или иную организацию или юридическое образование в той или иной конкретной сфере компетенции». В испанских юридических словарях термин «órgano administrativo» (административный орган) определяется как «лица, которые занимают

публичные должности»<sup>258</sup>. Это общее определение включает все виды органов: органы, которые выступают в представительском или почетном качестве, а также те органы, которые функционируют за вознаграждение в порядке выполнения профессиональных функций в рамках административных органов; лиц, которые действуют под руководством других, имеют право давать указания и пользуются прерогативами, связанными с почетными и достойными функциями (власти); лиц, которые действуют в порядке реализации решений других; и лиц, которые выполняют свои функции на постоянной, а также временной основе.

134. В общих французских словарях термин «organe» (орган) определяется как «орган, который выполняет посреднические или представительские функции», а также как «институт ответственный за обеспечение оказания некоторых государственных услуг»<sup>259</sup>. В юридических словарях термин «organe» определяется широко как «лицо или служба, отвечающие за выполнение определенных конституционных, административных или международных функций»<sup>260</sup>. Словарь *Dictionnaire de droit international public* («Словарь международного публичного права») определяет его как «лицо, группу или структуру, через посредство которых субъект международного права выполняет некоторые функции», и это определение «применяется порой на более ограниченной основе по отношению к должностным лицам, которые могут представлять государство и являться его представителями в международных отношениях. Примерами органов в сфере внешних сношений являются глава государства, министр иностранных дел и дипломатические агенты». Он также определяет его «в сфере международной ответственности как лицо или группу, которые считаются действующими от имени государства и действия которых, соответственно, присваиваются этому государству»<sup>261</sup>. Следует отметить, что в словаре *Dictionnaire de droit international public* («Словарь международного публичного права») определяется, что «глава государства» является «верховным органом», а глава правительства «главным органом» государства<sup>262</sup>.

<sup>258</sup> *Diccionario de la lengua española* и *Gran diccionario jurídico DVE*.

<sup>259</sup> *Larousse*. Определения на французском языке являются следующими: «ce qui sert d'intermédiaire, de porte-parole» и «institution chargée de faire fonctionner certains services de l'État». В словаре *Le Grand Robert* («Ле Гран Роберт») последнее значение отражено в аналогичной форме.

<sup>260</sup> *Vocabulaire juridique*. Определение на французском языке является следующим: «personne ou service chargé de remplir une fonction constitutionnelle, administrative ou internationale déterminée».

<sup>261</sup> *Dictionnaire de droit international public*. Определения на французском языке являются следующими: «personne, groupe ou institution par laquelle un sujet de droit international remplit certaines fonctions», «appliqué parfois de manière plus restreinte aux fonctionnaires susceptibles de représenter l'État, exprimer sa volonté dans les relations internationales. Par exemple: organes des relations extérieures: chef d'État, ministre des affaires étrangères, agents diplomatiques, etc.» и «dans le domaine de la responsabilité internationale, personne ou groupe considéré comme agissant au nom de l'État et dont les actes sont par conséquent imputés à cet État».

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>253</sup> *Ibid.* Определения на французском языке являются следующими: «personne qui agit pour le compte d'une personne juridique internationale, qui est chargé par elle de fonctions ou de missions, soit publiques soit privées...; personne chargée de fonctions diplomatiques ou consulaires...; personne chargée de fonctions de représentation politique sans caractère diplomatique» и «en matière de responsabilité internationale: organes de l'État ou de l'organisation internationale». В аналогичном ключе в словаре *Vocabulaire juridique* («Юридический словарь») термин «agent» определяется как «термин, порой используемый в дипломатических документах для обозначения лица, которому то или иное правительство поручило определенные задачи, например для установления официальных отношений с правительством другой страны».

<sup>254</sup> См. [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com).

<sup>255</sup> *Black's Law Dictionary*.

<sup>256</sup> *Ibid.*

<sup>257</sup> *Ibid.*

135. Наконец, термин «organ» определяется в словаре *Oxford English Dictionary* («Оксфордский словарь английского языка») как «орган, коллектив людей или структур, через посредство которого достигаются определенные цели или осуществляются определенные функции»<sup>263</sup>. Однако этот термин не был выделен в качестве отдельной позиции в юридических словарях, которые были изучены.

## 6. Выводы

136. Проведенный выше терминологический анализ с самого начала дает основания полагать, что термины «funcionario», «official» и «représentant» имеют различные значения. Как указывалось в начале настоящего доклада, эти термины не имеют единообразного или эквивалентного значения и поэтому не могут использоваться как взаимозаменяемые в текстах проектов статей на различных языках.

137. Из этих трех терминов лишь термин «official», как представляется, подходит для использования в широком смысле, который в общем позволяет применять его в отношении всех категорий лиц, на которых распространяется норма об иммунитете от уголовной юрисдикции. Однако его эквиваленты на испанском и французском языках («funcionario» и «fonctionnaire»), как представляется, не обеспечивают одинаковую степень гибкости.

138. Кроме того, следует отметить, что термины «funcionario» и «fonctionnaire» тесно связаны с концепцией административной системы, когда проводится четкое различие между правительством и администрацией, при этом последняя является постоянным бюрократическим механизмом на службе государства в общем и правительства в частности. В таком случае «funcionarios» в строгом смысле постоянно связаны с администрацией и служат государству, действуя в административных органах, но не являются частью политического аппарата и обычно не выполняют представительские функции в отличие от членов правительства в широком смысле этого слова. В этой связи термин «funcionario» и его эквивалент «fonctionnaire» не являются самыми подходящими для обозначения группы лиц, о которых идет речь в настоящем докладе.

139. С другой стороны, термин «представитель» и его эквиваленты на других языках особо указывают на представительное качество лиц, по отношению к которым они применяются. Поэтому в связи с этим возникает вопрос о том, является ли рассматриваемый термин наиболее подходящим для указания на все категории лиц, на которых может распространяться иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, включая, в частности, глав государств, судей, военнослужащих и полицейских. Этот вопрос особенно актуален в контексте настоящей темы, поскольку Комиссия пришла к выводу о том, что лица, которые могут пользоваться иммунитетом, – это те лица, которые либо представляют государство, либо выполняют

публичные функции. В этой связи важно рассмотреть вопрос о необходимости проведения различия между представительским качеством того или иного лица и возможностью того, что действия этого лица рассматриваются как «действия в официальном качестве», или того, что его действия должны присваиваться государству. Представительская функция лица регулируется нормами международного права в случае главы государства, главы правительства и министра иностранных дел. Однако все лица, которые могут пользоваться иммунитетом *ratione materiae*, не всегда могут выступать в представительском качестве *per se*, с учетом того, что это качество будет зависеть от норм внутригосударственного права, в силу которых они наделяются полномочиями и функциями и которые составляют правовую основу для осуществления ими деяний, в связи с которыми они когда-либо могут ссылаться на иммунитет от уголовной юрисдикции. Поэтому термин «представитель» также, как представляется, не является наиболее приемлемым для общего указания на всех лиц, о которых идет речь в настоящем докладе.

140. Разумеется, в международных документах не всегда используются идентичные термины для указания на одни и те же категории лиц с учетом обеспечения необходимой степени гибкости, связанной с многоязычием при разработке проектов международно-правовых текстов. С другой стороны, следует принимать во внимание, что сама Комиссия порой использовала различные термины в разных проектах статей для указания на одни и те же категории лиц. Однако анализ перечней терминов в пунктах 115 и 117 выше подтверждает наличие тенденции к постоянному использованию одного и того же термина или относительно аналогичных терминов для указания на одни и те же категории лиц в том или ином конкретном документе.

141. Специальный докладчик считает, что именно этой практике следует также придерживаться в случае проектов статей об иммунитете от иностранной уголовной юрисдикции; в этой связи следует рассмотреть вопрос об использовании на всех языках терминов «агент государства» или «орган государства». Преимущество обоих терминов заключается в том, что они обычно используются в международной практике для указания на лицо, связанное с государством, и лицо, которое действует от имени и в интересах государства. Кроме того, обычное значение обоих терминов, как представляется, позволяет использовать их на всеобъемлющей основе для указания на лиц, которые представляют государство на международной арене, а также на лиц, выполняющих функции, которые сопряжены с осуществлением правительственных властных полномочий. И наконец, оба термина использовались ранее в проанализированных договорах, а также Комиссией. Однако следует отметить, что Комиссия сделала выбор в пользу термина «орган» в отношении двух тем, которые, несмотря на их концептуальные и методологические различия, все же каким-то образом связаны с иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции, а именно темы юрисдикционных иммунитетов государств и их ответственности и темы ответственности государств за

<sup>263</sup> John Simpson and Edmund Weiner, eds., *Oxford English Dictionary*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 1989).

международно-противоправные деяния. Хотя в обоих случаях термин «орган» указывает на лиц или образования, ничто не исключает возможности использовать его в рамках настоящей темы для указания исключительно на лиц. Использование термина «орган» дает еще одно преимущество, которое, как представляется, заключается в том, что он является более предпочтительным для указания на главу государства и главу правительства, в отношении которых термин «агент» не используется часто в правовой практике или в дипломатических сношениях.

142. Поэтому Специальный докладчик считает, что термин «орган» является более подходящим для указания на всех лиц, которые могут пользоваться иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции, и поэтому высказывает предположение о том, что Комиссии следует во время нынешней сессии принять решение об обозначении лиц, которые пользуются такого рода иммунитетом посредством внесения поправки в название темы и указания на то, что термин «должностное лицо» используется в проектах статей, которые уже были приняты, и что он должен быть заменен термином «орган». Тем не менее до тех пор, пока Комиссия не примет решение в этой связи, как в настоящем докладе, так и во включенных в него проектах статей термин «official» на английском языке «funcionario» на испанском языке и «représentant» на французском языке будет по-прежнему использоваться на временной основе.

#### **D. Общая концепция «должностное лицо» для целей проектов статей**

143. Предлагаемый ниже проект статьи основывается на предшествующем анализе критериев для определения концепции «должностное лицо». Он учитывает наличие двух категорий лиц, которые четко отличаются по виду иммунитета, применяемому по отношению к ним: иммунитет *ratione personae* или иммунитет *ratione materiae*. В этой связи каждая категория рассматривается в отдельном подпункте. Предлагаемое определение также учитывает критерии для определения концепции «должностное лицо», указанной в пункте 108 выше и рассмотренной в подпункте ii) ниже.

144. С учетом того, что определение, содержащееся в предложенном проекте статьи, указывает на любое лицо, которое пользуется иммунитетом как *ratione personae*, так и *ratione materiae*, оно должно быть включено в проект статьи об определениях или терминологии, подпунктом e) которого оно должно стать. Поэтому предлагается включить следующий подпункт в проект статьи 2 (ранее проект статьи 3):

*«Проект статьи 2 (ранее проект статьи 3). Определения*

Для целей настоящих проектов статей:

e) термин “должностное лицо государства” означает:

i) главу государства, главу правительства и министра иностранных дел;

ii) любое другое лицо, которое действует в интересах и от имени государства и представляет государство или осуществляет элементы государственной власти, независимо от того, осуществляет ли это лицо законодательные, исполнительные или судебные функции, и того положения, которое оно занимает в организационной структуре государства».

#### **E. Субъективная сфера охвата иммунитета *ratione materiae***

145. Как указывается в пунктах 12 и 13 выше, определение лиц, на которых распространяется иммунитет *ratione materiae*, является одним из нормативных элементов этого вида иммунитета от уголовной юрисдикции. Первый критерий для определения этих лиц заключается в наличии связи с государством, которая оправдывает признание их иммунитета от уголовной юрисдикции в интересах государства в целях защиты суверенных прерогатив государства. Поэтому эта связь с государством является одним из центральных элементов для определения концепции «должностное лицо».

146. Эта связь касается концепции «действия, осуществленного в официальном качестве», которая составляет второй нормативный элемент иммунитета *ratione materiae*, но не может быть идентифицирована или перепутана с ее аналогами. Напротив, для целей определения субъективной сферы охвата этого вида иммунитета ссылка на связь с государством должна ограничиваться констатацией того, что физическое лицо может действовать от имени и в интересах государства, выполняя функции, которые сопряжены с реализацией государственных полномочий. Соответственно, при определении концепции «должностное лицо» для целей иммунитета *ratione materiae* необходимо учитывать конкретное содержание действия, осуществленного физическим лицом; указанное содержание связано с этой концепцией и в отношении «деяний, осуществленных в официальном качестве», и поэтому оно будет проанализировано в следующем докладе. Короче говоря, наличие связи между бенефициаром иммунитета *ratione materiae* и государством должно означать, что рассматриваемое лицо в состоянии осуществлять действие, сопряженное с осуществлением государственных полномочий. Распространяется ли на то или другое конкретно осуществленное действие должностного лица иммунитет или нет, будет зависеть от наличия или отсутствия двух нормативных элементов такого иммунитета, а именно: может ли рассматриваемое действие считаться «действием, осуществленным в официальном качестве» и было ли указанное действие осуществлено лицом в то время, когда оно являлось должностным лицом государства.

147. Это важная деталь, поскольку с учетом разнообразия государственной практики можно обнаружить лиц, которые имели формальные связи с государством, но тем не менее на них не были возложены

функции, связанные с осуществлением государственных полномочий. В их число входят врачи, преподаватели, операторы транзитных систем, должностные лица административных органов или определенный обслуживающий персонал, которые в некоторых национальных административных структурах играют официальную роль, но не могут рассматриваться – как правило и исключительно на основании этой связи с государством – как лица, выполняющие функции в порядке реализации определенных государственных полномочий. В этой связи следует напомнить о том, что, хотя должностным лицам предоставляется иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции в целях гарантирования государственного суверенитета, такой иммунитет может признаваться только в отношении лиц, которые способны осуществлять государственные прерогативы или правительственные властные полномочия.

148. Комиссия ранее рассмотрела концепцию государственной власти, но не определила ее. Однако при разработке проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния она несколько раз использовала это выражение, и в комментариях к соответствующим статьям она привела несколько отдельных примеров того, что представляют собой государственные полномочия, включая полицейские функции<sup>264</sup>, полномочия на заключение под стражу и принятие дисциплинарных мер в соответствии с судебным приговором или тюремными правилами или положения об иммиграционном контроле и карантине<sup>265</sup>. Отсутствие определения концепции «государственной власти» может быть объяснено различностью вариантов, которые могут существовать на практике и которые обуславливают необходимость проведения анализа в каждом конкретном случае. «Важно не только содержание полномочий, но и то, каким образом они возлагаются... в каких целях они осуществляются и в какой степени соответствующее образование подотчетно государству в связи с их осуществлением»<sup>266</sup>. В любом случае нет никаких сомнений в том, что концепция «государственной власти» должна толковаться в широком смысле как включающая законодательную, судебную и исполнительные прерогативы.

149. В любом случае релевантный элемент для определения понятия «должностное лицо» для целей иммунитета *ratione materiae* заключается в возможности того, что лицо может осуществлять элементы государственной власти на основе полномочий, которыми оно было наделено в силу внутрисударственного права. Соответственно, сам по себе ранг должностного лица не является достаточным или самостоятельным элементом, для того чтобы сделать вывод о том, что это лицо является должностным лицом государства для целей настоящей темы.

<sup>264</sup> См. *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 43, пункт 6) вводного комментария к главе II; и стр. 48, пункт 5) комментария к проекту статьи 5.

<sup>265</sup> Там же, стр. 47–48, пункт 2) комментария к проекту статьи 5.

<sup>266</sup> Там же, стр. 48, пункт 6) комментария к проекту статьи 5. Комиссия в это время заявила, что «смысл, вкладываемый в понятие “государственный”, зависит от конкретного общества, его истории и традиций».

Проанализированная выше практика четко свидетельствует о том, что на иммунитет *ratione materiae* обычно ссылаются в случае должностных лиц высокого и среднего уровня; притязания на такой иммунитет в отношении должностных лиц низкого уровня имеют место в исключительных случаях, и такие случаи очень малочисленны. Эта практика подтверждает вышеупомянутое соображение, поскольку должностные лица высокого и среднего уровня часто являются лицами, наделенными полномочиями осуществлять функции в порядке реализации элементов государственной власти. Однако нельзя исключать *prima facie* возможность того, что другие должностные лица низкого уровня могут осуществлять одни и те же прерогативы в конкретных обстоятельствах. Очевидно, что наличие связи с государством, которое дает тому или иному лицу право осуществлять элементы государственной власти, автоматически не зависит от формального критерия, такого как должность лица или юридический статус должности либо выполняемые функции; скорее, значение, которое эти формальные элементы могут иметь при определении того, может ли то или иное лицо осуществлять элементы государственной власти, зависит от каждой конкретной ситуации и требует конкретного анализа. Короче говоря, нельзя сделать вывод о том, что лица, которые имеют связь с государством, которое позволяет им рассматриваться в качестве должностных лиц в широком смысле, всегда пользуются иммунитетом *ratione materiae*, а также нельзя сделать вывод о том, что лишь должностные лица высокого уровня пользуются подобного рода иммунитетом.

150. И наконец, следует отметить, что, как указала Комиссия, бывший глава государства, бывший глава правительства и бывший министр иностранных дел могут также пользоваться иммунитетом *ratione materiae*<sup>267</sup>. Поэтому такие лица могут рассматриваться как подпадающие под сферу охвата этого вида иммунитета, поскольку нет никаких сомнений в том, что во время срока их полномочий все они имели связь с этим государством, которая позволяла им осуществлять элементы государственной власти.

151. С учетом вышеизложенного предлагается следующая редакция статьи; он сформулирован по примеру проекта статьи о субъективной сфере охвата иммунитета *ratione personae*, принятого Комиссией в 2013 году.

#### «Часть третья

### ИММУНИТЕТ RATIONE MATERIAE

#### *Проект статьи 5. Бенефициары иммунитета ratione materiae*

Должностные лица государства, которые осуществляют элементы государственной власти, пользуются иммунитетом *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции».

<sup>267</sup> См. проект статьи 4, пункт 3, а также комментарий к этому проекту статьи, в частности его пункт 7) (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 55 и далее).

## ГЛАВА III

**Будущий план работы**

152. В своем следующем докладе Специальный докладчик планирует включить в свой анализ другие нормативные элементы иммунитета *ratione materiae*, а именно концепцию «действия, осуществляемого в официальном качестве» и временную сферу охвата иммунитета. Она также планирует рассмотреть

вопрос об изъятиях из иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции. Этим докладом она завершит свое исследование материально-правовых аспектов иммунитета, а его процессуальные аспекты будут рассмотрены в одном из последующих докладов.

## ПРИЛОЖЕНИЕ

**Предлагаемые проекты статей***Проект статьи 2 (ранее проект статьи 3). Определения*

Для целей настоящих проектов статей:

е) термин «должностное лицо государства» означает:

i) главу государства, главу правительства и министра иностранных дел;

ii) любое другое лицо, которое действует в интересах и от имени государства и представляет государство или осуществляет элементы государственной власти, независимо от того, осуществляет ли это лицо законодательные, исполнительные

или судебные функции, и того положения, которое оно занимает в организационной структуре государства.

## ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ

## ИММУНИТЕТ RATIONE MATERIAE

*Проект статьи 5. Бенефициары иммунитета ratione materiae*

Должностные лица государства, которые осуществляют элементы государственной власти, пользуются иммунитетом *ratione materiae* от иностранной уголовной юрисдикции.



# ПОСЛЕДУЮЩИЕ СОГЛАШЕНИЯ И ПОСЛЕДУЮЩАЯ ПРАКТИКА В ОТНОШЕНИИ ТОЛКОВАНИЯ ДОГОВОРОВ

[Пункт 6 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/671

## Второй 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]  
[26 марта 2014 года]

### СОДЕРЖАНИЕ

		<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе .....		138
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....		140
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ .....	1–2	143
<i>Глава</i>		
I. Установление последующих соглашений и последующей практики .....	3–19	144
A. Поведение «в ходе применения» и «относительно толкования» договора .....	4–6	144
B. Поведение, имеющее место не «в ходе применения» договора или «относительно его толкования» .....	7–10	145
C. Определение того, идет ли речь о поведении «в ходе применения» или поведении «относительно толкования» договора .....	11–18	145
D. Заключение .....	19	148
II. Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования .....	20–41	148
A. Практика Международного Суда .....	21–29	148
B. Практика государств .....	30–38	150
C. Специфика практики .....	39–41	152
III. Форма и ценность последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 b) .....	42–48	153
A. Разнообразие возможных форм последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 b) .....	43	153
B. Частотность применения и единообразие последующей практики .....	44–48	153
IV. Соглашение участников относительно толкования договора .....	49–75	155
A. Наличие и сфера соглашения .....	50–53	155
B. «Соглашение» по смыслу статьи 31, пункт 3, может быть неофициальным .....	54	156
C. Осведомленность участников о соглашении между ними .....	55	157
D. Соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3, необязательно должно иметь обязательную юридическую силу .....	56–57	157
E. Молчание как возможный элемент соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3 .....	58–70	158
F. Последующая практика как показатель наличия соглашения о временном неприменении договора или просто о практической договоренности .....	71–72	160
G. Изменение или прекращение действия соглашения о толковании согласно статье 31, пункт 3 a) или b) .....	73–75	161

\* Специальный докладчик выражает признательность за поддержку со стороны Программы в области права и государственной политики Принстонского университета, стипендия которой дала возможность подготовить настоящий доклад.

Глава	Пункты	Стр.
V. Решения, принятые в рамках конференций государств-участников.....	76–111	162
А. Формы конференций государств-участников.....	77–78	162
В. Виды актов, принимаемых в рамках конференций государств-участников.....	79–83	163
С. Последующие соглашения и последующая практика по смыслу статьи 31, пункт 3, могут определяться по итогам работы конференций государств-участников .....	84–95	164
D. Форма и процедура.....	96–107	167
E. Решения, которые не принимались в присутствии всех сторон договора.....	108–111	169
VI. Возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики.....	112–166	170
А. Конкретные процедуры толкования и статья 31, пункт 3 <i>a)</i> и <i>b)</i> .....	113–114	170
В. Отношения между толкованием и изменением .....	115–116	171
С. Изменение договора в силу последующих соглашений или последующей практики.....	117–166	171
VII. Будущая программа работы.....	167	182
Приложение. Предлагаемые проекты выводов .....		183

### Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

*Источник*

Женевская конвенция от 22 августа 1864 года об улучшении участи раненых в действующих армиях (Женева, 22 августа 1864 года)	<i>International Red Cross Handbook</i> , 12th edition, 1983, p. 19.
Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Женева, 27 июля 1929 года)	League of Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 118, No. 2733, p. 303. См. также текст на русском языке: МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск VII, Госполитиздат, М., 1933, стр. 204.
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.
Международная конвенция по регулированию китобойного промысла (Вашингтон, округ Колумбия, 2 декабря 1946 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 161, No. 2124, p. 72. См. также текст на русском языке: <i>Ведомости Верховного Совета СССР</i> , № 16, 1949 год.
Конвенция о Международной морской организации (Конвенция об ИМО) (Женева, 6 марта 1948 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 289, No. 4214, p. 3.
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> См. также текст на русском языке: 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 обращении с военнопленными (Конвенция III) (Женева, 12 августа 1949 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 75, No. 972, p. 135. См. также текст на русском языке: МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 125.

## Источник

- Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (Конвенция IV) (Женева, 12 августа 1949 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, No. 973, p. 287. См. также текст на русском языке: МИД СССР, *Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами*, 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), и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) (Женева, 8 июня 1977 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, Nos. 17512–17513, pp. 330 and 658.
- Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) (Рим, 4 ноября 1950 года) *Ibid.*, vol. 213, No. 2889, p. 221. См. также текст на русском языке: *Бюллетень международных договоров*, М., Юридическая литература, 2001, № 3, стр. 29.
- Конвенция о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545, p. 137. См. также текст на русском языке: *Бюллетень международных договоров*, М., Юридическая литература, 1993, № 9, стр. 6.
- Венская конвенция о дипломатических сношениях (Вена, 18 апреля 1961 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, No. 7310, p. 146.
- Венская конвенция о консульских сношениях (Вена, 24 апреля 1963 года) *Ibid.*, vol. 596, No. 8638, p. 359.
- Договор о нераспространении ядерного оружия (Вашингтон, округ Колумбия, Лондон и Москва, 1 июля 1968 года) *Ibid.*, vol. 729, No. 10485, p. 184.
- Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года) *Ibid.*, vol. 1155, No. 18232, p. 417.
- Конвенция о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местообитаний водоплавающих птиц (Рамсар, 2 февраля 1971 года) *Ibid.*, vol. 996, No. 14583, p. 260.
- 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) *Ibid.*, vol. 1015, No. 14860, p. 170.
- Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (Вашингтон, округ Колумбия, Лондон, Мехико и Москва, 29 декабря 1972 года) *Ibid.*, vol. 1046, No. 15749, p. 146.
- Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения (Вашингтон, округ Колумбия, 3 марта 1973 года) *Ibid.*, vol. 993, No. 14537, p. 373.
- Конвенция по сохранению мигрирующих видов диких животных (с приложениями) (Бонн, 23 июня 1979 года) *Ibid.*, vol. 1651, No. 28395, p. 421.
- Конвенция о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие (Женева, 10 октября 1980 года) *Ibid.*, vol. 1342, No. 22495, p. 184.
- Протокол о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств (Протокол II) (Женева, 10 октября 1980 года) *Ibid.*, p. 190.
- Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года) *Ibid.*, vol. 1833, No. 31363, p. 179.
- Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года (Нью-Йорк, 28 июля 1994 года) *Ibid.*, vol. 1836, No. 31364, p. 88.
- Соглашение об осуществлении положений Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими (Нью-Йорк, 4 августа 1995 года) *Ibid.*, vol. 2167, No. 37924, p. 174.
- Венская конвенция об охране озонового слоя (Вена, 22 марта 1985 года) *Ibid.*, vol. 1513, No. 26164, p. 355.
- Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой (Монреаль, 16 сентября 1987 года) *Ibid.*, vol. 1522, No. 26369, p. 53.
- Поправка к Монреальскому протоколу по веществам, разрушающим озоновый слой (Пекин, 3 декабря 1999 года) *Ibid.*, vol. 2173, No. 26369, p. 210.

Источник

Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вена, 21 марта 1986 года)	A/CONF.129/15.
Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением (Базель, 22 марта 1989 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1673, No. 28911, p. 199.
Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата (Нью-Йорк, 9 мая 1992 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1771, No. 30822, p. 218.
Киотский протокол к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (Киото, 11 декабря 1997 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2303, No. 30822, p. 257.
Конвенция о биологическом разнообразии (Рио-де-Жанейро, 5 июня 1992 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1760, No. 30619, p. 199.
Североамериканское соглашение о свободной торговле между правительством Канады, правительством Мексиканских Соединенных Штатов и правительством Соединенных Штатов Америки (Вашингтон, округ Колумбия, Мехико и Оттава, 17 декабря 1992 года)	<i>The NAFTA</i> , vol. I, 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. 1974, No. 33757, p. 142.
Марракешское соглашение о создании Всемирной торговой организации (Марракеш, 15 апреля 1994 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1867, No. 31874, p. 3.
Рамочная конвенция ВОЗ по борьбе против табака (Женева, 21 мая 2003 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2302, No. 41032, p. 274.

### Работы, цитируемые в настоящем докладе

- ALVAREZ, Jose E.  
 “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 123–132.
- ANDERSON, D.H.  
 “The Straddling Stocks Agreement of 1995: an initial assessment”, ed. Colin Warbrick and Dominic McGoldrick, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, No. 2 (1996), pp. 463–475.
- AUST, Anthony  
 “The theory and practice of informal international instruments”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, No. 4 (1986), pp. 787–812.  
*Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BERNHARDT, Rudolf  
*Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*. Berlin, Heymann, 1963.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence  
 “Environmental treaties in time”, *Environmental Policy and Law*, vol. 39, No. 6 (2009), pp. 293–298.  
 “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 53–68.
- BOYLE, Alan E.  
 “Saving the world? Implementation and enforcement of international environmental law through international institutions”, *Journal of Environmental Law*, vol. 3, No. 2 (1993), pp. 225–245.
- 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. 347–364.
- BRUNNÉE, Jutta  
 “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, No. 1 (2002), pp. 1–52.  
 “Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements”, в Rüdiger Wolfrum and Volker Röben, eds., *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, pp. 101–126.  
 “Treaty amendments”, в Duncan B. Hollis, ed., *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 347–366.
- BUGA, I.  
 “Subsequent practice and treaty modification”, в M.J. Bowman and D. Kritsiotis, eds., *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties* (готовится к публикации).
- BUGNION, François  
 “The emblem of the Red Cross: a brief history”, *International Review of the Red Cross*, vol. 17, No. 195 (1977), pp. 283–298.  
*Towards a Comprehensive Solution to the Question of the Emblem*, 4th ed. Geneva, ICRC, 2006.  
*Red Cross, Red Crescent, Red Crystal*. Geneva, ICRC, 2007.
- CARNAHAN, Burrus M.  
 “Treaty review conferences”, *AJIL*, vol. 81, No. 1 (1987), pp. 226–230.
- CAROZZA, Paolo G.  
 “Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, vol. 73, No. 5 (1998), pp. 1217–1238.

- CHAN, Phil C.W.  
 “Acquiescence/estoppel in international boundaries: *Temple of Preah Vihear revisited*”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 3 (2004), pp. 421–439.
- CHURCHILL, Robin, and Geir ULFSTEIN  
 “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law”, *AJIL*, vol. 94 (2009), pp. 623–659.
- COT, Jean-Pierre  
 “La conduite subséquente des parties à un traité”, *RGDIP*, vol. 70 (1966), pp. 632–666.
- CRAWFORD, James  
 “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 29–33.
- CREMA, Luigi  
 “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 13–28.
- CROOK, John R.  
 “Contemporary practice of the United States”, *AJIL*, vol. 105 (2011), pp. 775–818.
- DENZA, Eileen  
*Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- DISTEFANO, Giovanni  
 “La pratique subséquente des États parties à un traité”, *AFDI*, vol. 40 (1994), pp. 41–71.
- DÖRR, Oliver  
 “Article 31—General rule of interpretation”, в Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds., *Vienna Convention on the Law of Treaties—A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 521–571.
- 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.
- FOX, Hazel  
 “Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case”, в Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias and Pans Merkouris, eds., *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties—30 Years On*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 59–74.
- GARDINER, Richard  
*Treaty Interpretation*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GAUTIER, Philippe  
 “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”, в N. Angelet, ed., *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Brussels, Bruylant, 2007, pp. 425–454.
- HAFNER, Gerhard  
 “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 105–122.
- HALABI, Sam Foster  
 “The World Health Organization’s Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39 (2010), pp. 121–183.
- HANDL, Günther  
 “International ‘lawmaking’ by conferences of the parties and other politically mandated bodies”, в Rüdiger Wolfrum and Volker Röben, eds., *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, pp. 127–143.
- HARASZTI, Gyorgy  
*Some Fundamental Problems in the Law of Treaties*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973.
- HELPER, Laurence R.  
 “Consensus, coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 26 (1993), pp. 133–165.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, and Louise DOSWALD-BECK, eds.  
*Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules*. Cambridge, ICRC and Cambridge University Press, 2005.  
*Customary International Humanitarian Law, Volume 2: Practice*. Cambridge, ICRC and Cambridge University Press, 2005.
- 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: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer, 1996, pp. 173–181.
- INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION  
 “Dumping at sea: the evolution of the Convention on the prevention of marine pollution by dumping of wastes and other matter (LC), 1972”, *Focus on IMO*, July 1997.
- JOYNER, Daniel H.  
*Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- KADELBACH, Stefan  
 “Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 145–153.
- 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.
- KARL, Wolfram  
*Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht: Zum Einfluss der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge*. Berlin, Springer, 1983. In German, with a summary in English.
- KELLY, G.M.  
 “The *Temple Case* in historical perspective”, *BYBIL* 1963, vol. 39 (1965), pp. 462–472.

- KOHEN, Marcelo G.  
 “*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l’affaire de l’île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice”, *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), pp. 253–275.  
 “Keeping subsequent agreements and practice in their right limits”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 34–45.
- KOLB, Robert  
 “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 14 (2004), pp. 9–32.
- KRÄHENMANN, Sandra  
 “Protection of prisoners in armed conflict”, в Dieter Fleck, ed., *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 359–411.
- LINDERFALK, Ulf  
 “Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation”, *Netherlands International Law Review*, vol. 54, No. 1 (2007), pp. 133–154.  
*On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Dordrecht, Springer, 2007.
- MALKANI, Bharat  
 “The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, No. 3 (2013), pp. 523–556.
- MARSTON, Geoffrey, ed.  
 “United Kingdom materials on international law 1981”, *BYBIL* 1981, vol. 52, No. 1 (1982), pp. 361–533.
- MCADAM, Jane  
*Complementary Protection in International Refugee Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MILLETT, Piers  
 “The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, No. 1 (2010), pp. 25–43.
- MURPHY, Sean D.  
 “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 82–94.
- NOLTE, Georg  
 “Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 210–306.  
 “Third report of the ILC Study Group on Treaties over Time: subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 307–386.
- ODENDAHL, K.  
 “Article 39—General rule regarding the amendment of treaties”, в Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds., *Vienna Convention on the Law of Treaties—A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 699–708.
- PAN, Eric J.  
 “Authoritative interpretation of agreements: developing more responsive international administrative regimes”, *Harvard International Law Journal*, vol. 38 (1997), pp. 503–535.
- RICHTSTEIG, Michael  
*Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2nd ed. Baden Baden, Nomos, 2010.
- RÖBEN, Volker  
 “Conference (meeting) of States parties”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 605–612.
- ROBERTS, Anthea  
 “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”, *AJIL*, vol. 104 (2010), pp. 179–225.
- RUIZ FABRI, Hélène  
 “Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 160–166.
- SALMON, Jean  
*Manuel de droit diplomatique*. Brussels, Bruylant, 1994.
- SANDOZ, Yves, Christophe SWINARSKI, and Bruno ZIMMERMANN, eds.  
*Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Dordrecht, ICRC and Martinus Nijhoff, 1987.
- SANDS, Philippe, and Pierre KLEIN  
*Bowett’s Law of International Institutions*, 5th ed. Singapore, Sweet and Maxwell, 2001.
- SHAW, Malcolm N.  
*International Law*, 6th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SHIELDS DELESSERT, Christiane  
*Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*. Ambilly, Schulthess, 1977.
- SIMMA, Bruno  
 “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 46–49.
- SINCLAIR, Ian  
*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SKORDAS, A.  
 “General provisions: article 5”, в Andreas Zimmermann, ed., *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 669–706.
- SOREL, Jean-Marc, and Valerie BORÉ EVENO  
 “Article 31: convention of 1969”, в Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties—A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 804–837.
- SPIEKER, Heike  
 “Medical transportation”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 52–60.
- THIRLWAY, Hugh  
 “The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 2006—part three”, *BYBIL*, vol. 77, No. 1 (2006), pp. 1–82.

TREVES, Tullio

“The General Assembly and the meeting of the States parties in the implementation of the LOS Convention”, в Alex G. Oude Elferink, ed., *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 55–74.

TROUWBORST, Arie

“Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on migratory species and its daughter instruments to climate change”, *Diversity*, vol. 4, No. 3 (2012), pp. 258–300.

UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND, MINISTRY OF DEFENCE

*The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*. Joint Service Publication 383, Shrivenham, Joint Doctrine and Concepts Centre, 2004.

UNITED STATES OF AMERICA, DEPARTMENT OF DEFENSE

*Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*. United States Government Printing Office, 1992.

VILLIGER, Mark E.

*Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

“The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The ‘crucible’ intended by the International Law Commission”, в Enzo Cannizzar, ed., *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 105–122.

WIERSEMA, Annecoos

“The new international law-makers? Conferences of the parties to multilateral environmental agreements”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31 (2009), pp. 231–287.

WUERTH, Ingrid

“Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions”, в Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 154–159.

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, Martinus Nijhoff 1978, pp. 3–114.

## Введение

1. В ходе своей шестьдесят пятой сессии в 2013 году Комиссия международного права рассмотрела первый доклад на тему «Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров» и предварительно приняла пять проектов выводов с комментариями<sup>1</sup>. Эти проекты выводов:

a) помещают рассматриваемый вопрос в общие рамки правил толкования договоров, отраженных в Венской конвенции о праве международных договоров (далее «Венская конвенция 1969 года») (проект вывода 1);

b) характеризуют последующие соглашения и последующую практику по смыслу статьи 31, пункт 3, Венской конвенции 1969 года в качестве аутентичного средства толкования (проект вывода 2);

c) описывают взаимосвязь между последующими соглашениями, последующей практикой и условиями, в которых могут толковаться термины договора как меняющие свое значение с течением времени (проект вывода 3);

d) содержат определения последующего соглашения и двух форм последующей практики (проект вывода 4);

e) рассматривают вопрос о присвоении последующей практики (проект вывода 5).

2. В ходе обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи по докладу Комиссии о работе

ее шестьдесят пятой сессии<sup>2</sup> государства в целом положительно оценили работу Комиссии по данному вопросу<sup>3</sup>. Конкретные вопросы и проблемы, затронутые в ходе обсуждения, будут рассмотрены в настоящем докладе, а также при рассмотрении Комиссией проектов выводов в соответствии со своими процедурами. К числу связанных с этим вопросом событий, имевших место после шестьдесят пятой сессии Комиссии, относятся решения Международного Суда по делам *Морской спор (Перу против Чили)*<sup>4</sup> и *Китобойный промысел в Антарктике (Австралия против Японии, со вступлением в дело Новой Зеландии)*<sup>5</sup>. Второй доклад охватывает следующие аспекты этой темы:

a) установление последующих соглашений и последующей практики (глава I)<sup>6</sup>;

b) возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования договоров (глава II);

<sup>2</sup> Ежегодник... 2013 год, том II (часть вторая).

<sup>3</sup> Заявления, представленные государствами в ходе обсуждений в Шестом комитете по вопросу «Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят третьей и шестьдесят пятой сессий (пункт 81 повестки дня)», имеются в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 17–26-е заседание (A/C.6/68/SR.17–26).

<sup>4</sup> *Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 3.

<sup>5</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 226. См. также *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Judgment, I.C.J. Reports 2013*, p. 281, at p. 307, para. 75.

<sup>6</sup> В статье 31, пункт 3 a), содержится синонимичная формулировка о последующем соглашении «между участниками».

<sup>1</sup> Ежегодник... 2013 год, том II (часть вторая), стр. 17–42, пункты 29–39.

с) форма и ценность последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 *b*) (глава III)<sup>7</sup>;

<sup>7</sup> Комиссия оставила этот вопрос открытым (см. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 35, пункт 20) комментария к проекту вывода 4); в процессе рассмотрения принималось во внимание различие, проводимое Апелляционным органом ВТО, который в деле *United States—Gambling* отметил, что «последующая практика» предполагает два элемента: «i) должен быть общий, последовательный, различимый план действий или заявлений; и ii) эти действия или заявления должны предполагать соглашение о толковании соответствующего положения» (WTO, Panel Reports, *European Communities and its Member States—Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, WT/DS375/R, WT/DS376/R and WT/DS377/R, adopted 21 September 2010, para. 7.558).

d) условия «соглашения» участников относительно толкования договора по смыслу статьи 31, пункт 3 (глава IV)<sup>8</sup>;

e) решения, принятые в рамках конференций государств-участников (глава V); и

f) возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики (глава VI).

<sup>8</sup> Комиссия оставила этот вопрос открытым (см. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 34, пункт 16) комментария к проекту вывода 4).

## ГЛАВА I

### Установление последующих соглашений и последующей практики

3. Последующие соглашения и последующая практика как средства толкования должны быть установлены как таковые.

#### А. Поведение «в ходе применения» и «относительно толкования» договора

4. Последующая практика согласно статье 31, пункт 3 *b*), и статье 32 должна быть практикой «в ходе применения»<sup>9</sup>, а последующие соглашения согласно статье 31, пункт 3 *a*), должны быть «относительно толкования договора или применения его положений»<sup>10</sup>. Хотя могут быть аспекты «толкования», не связанные с «применением» договора<sup>11</sup>, любое применение договора предполагает его толкование, даже если конкретное правило на первый взгляд может казаться ясным<sup>12</sup>. Поэтому и поведение «относительно толкования» договора, и поведение «в ходе применения» договора предполагает, что одно или несколько государств-участников занимают определенную позицию в отношении толкования договора или им приписывается эта позиция<sup>13</sup>. В то время как

в случае «последующего соглашения между участниками относительно толкования договора» согласно статье 31, пункт 3 *a*) (первая альтернатива), занимает конкретная и целенаправленная позиция относительно толкования договора, это может быть не столь явно выражено в случае «последующего соглашения... относительно... применения его положений» согласно статье 31, пункт 3 *a*) (вторая альтернатива)<sup>14</sup>. Такая позиция относительно толкования «путем применения» предполагается в простых актах применения договора, то есть в «любых мерах, принятых на основе истолковываемого договора»<sup>15</sup> согласно статье 31, пункт 3 *b*), и статье 32<sup>16</sup>.

5. Сложно представить себе поведение «в ходе применения договора», которое не предполагает позиции, занимаемой действующим государством-участником «относительно толкования» договора. По сути, поведение, не позволяющее сказать, что действующее государство занимает какую-либо позицию в отношении договора, также не может иметь место и «при» его «применении». Из этого следует, что поведение «в ходе применения договора» является лишь одним из примеров, хотя и наиболее важным, всех актов «относительно толкования» договора. Слово «или» в статье 31, пункт 3 *a*), означает не альтернативу, а скорее пример того же самого.

6. Следует отметить, что «применение» договора необязательно отражает позицию государства-участника о том, что оно является единственным юридически возможным согласно договору и в конкретных обстоятельствах<sup>17</sup>. Кроме того, концепция «приме-

<sup>9</sup> Там же, стр. 18–19, проект вывода 4, пункт 3.

<sup>10</sup> Там же, стр. 18, проект вывода 4, пункт 1.

<sup>11</sup> Согласно Харасти, толкование «имеет целью разъяснение смысла текста», в то время как применение «предполагает указание вытекающих последствий для договаривающихся сторон» (*Some Fundamental Problems in the Law of Treaties*, p. 18); тем не менее Харасти признает, что «правовая норма, в какой бы форме она ни проявлялась, не может быть применена, если ее содержание не было разъяснено» (*ibid.*, p. 15).

<sup>12</sup> Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, документ A/CN.4/L.682 и Согр. 1 и Add.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 423; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 27–29 and 213; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p. 47; Linderfalk, “Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation”, pp. 141–144 and 147; Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, p. 44; Villiger, “The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The ‘crucible’ intended by the International Law Commission”, p. 111.

<sup>13</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 235; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 167; Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht: Zum Einfluss der Praxis auf*

*Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge*, pp. 114 and 118; Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, pp. 556–557, paras. 80 and 82.

<sup>14</sup> Этот второй вариант был внесен по предложению Пакистана, однако его сфера действия и предназначение не рассматривались и не разъяснялись, 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), 31st meeting, p. 168, para. 53.

<sup>15</sup> Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, p. 167.

<sup>16</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 18–19, проект вывода 1, пункт 4, и проект вывода 4, пункт 3.

<sup>17</sup> См. главу I, раздел C, и главу II, раздел B.2, ниже.



нения» не исключает практики негосударственных субъектов, которая в договоре признается в качестве формы его применения и которая приписывается одному или нескольким участникам<sup>18</sup>.

#### **В. Поведение, имеющее место не «в ходе применения» договора или «относительно его толкования»**

7. Последующее поведение, имеющее место независимо от договорного обязательства, не является поведением «в ходе применения» договора или «относительно» его толкования. Например, в деле *Некоторые расходы Организации Объединенных Наций* ряд судей выразили сомнения в том, что продолжение выплаты государствами – членами Организации Объединенных Наций своих членских взносов означает принятие ими определенной практики этой организации<sup>19</sup>. В этой связи судья сэра Джеральда Фицморис сформулировал хорошо известное предупреждение, согласно которому «слишком активно выдвигаемый аргумент, взятый из практики, может быть спорным»<sup>20</sup>. Согласно сэру Джеральду, «едва ли можно на основе одного лишь факта, что государства-члены платят взносы, делать вывод о том, что они непременно во всех случаях признают позитивное юридическое обязательство делать это»<sup>21</sup>.

8. Аналогичным образом в деле *Делимитация морских пространств и территориальные вопросы между Катаром и Бахрейном* Международный Суд постановил, что попытка участников Соглашения 1987 года (о представлении спора на рассмотрение Суда) заключить дополнительное специальное соглашение (в котором бы указывался предмет спора) не означает, что заключение такого дополнительного соглашения фактически рассматривалось сторонами как необходимое для установления юрисдикции Суда<sup>22</sup>.

9. Еще один пример добровольной практики, которая не подразумевается как осуществляемая «в ходе применения» и «относительно толкования» договора, касается «дополнительной защиты» в контексте беженского права. Лицам, которым отказано в статусе беженца согласно Конвенции о статусе беженцев, тем не менее часто предоставляют «дополнительную защиту», равнозначную защите, обеспечиваемой согласно Конвенции. Однако государства, предоставляющие дополнительную защиту, не рассматривают себя действующими «в ходе применения» Конвенции<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> См. Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, pp. 54, 56 and 59–60.

<sup>19</sup> *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 151, at pp. 201–202 (separate opinion of Sir Gerald Fitzmaurice) and pp. 189–195 (separate opinion of Sir Percy Spender).

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 6, at p. 16, para. 28.

<sup>23</sup> См. Skordas, “General provisions: article 5”, p. 682, para. 30; McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, p. 21.

10. Иногда трудно провести различие между соответствующими последующими соглашениями или практикой относительно толкования или применения договора согласно статье 31, пункт 3 а) и б), и статье 32 и другим поведением или событиями в более широком контексте договора, в том числе «современными изменениями», касающимися договора. Такое различие тем не менее является важным, поскольку лишь поведение одного или более участников относительно толкования обеспечивает их конкретные полномочия в процессе толкования. В этой связи достаточно сказать, что чем более конкретное отношение к договору имеет какое-либо соглашение или практика, тем большую доказательную или толковательную ценность они приобретают согласно статье 31, пункт 3 а) и б), и статье 32<sup>24</sup>. Решение по делу *Морской спор (Перу против Чили)* является лишь самым последним свидетельством необходимости, а порой и сложности, проведения различия<sup>25</sup>.

#### **С. Определение того, идет ли речь о поведении «в ходе применения» или поведении «относительно толкования» договора**

11. Отнесение последующего соглашения или последующей практики согласно статье 31, пункт 3, и статье 32 Венской конвенции 1969 года к занимаемой позиции относительно толкования договора часто требует проведения тщательного фактологического и правового анализа. Это может быть проиллюстрировано примерами из судебной практики и практики государств.

##### 1. Международный Суд

12. Судебная практика Международного Суда содержит ряд примеров того, как то, что на первый взгляд представлялось релевантным, в конечном итоге не было признано надлежащим последующим соглашением или практикой и наоборот. Так, с одной стороны, Суд не счел уместным включение «совместного коммюнике министров» в «конвенционную основу права свободного судоходства», поскольку «созданные ими механизмы сотрудничества, по всей видимости, будут пересмотрены, с тем чтобы отвечать требованиям участников»<sup>26</sup>. Вместе с тем Суд признал, что отсутствие определенных утверждений относительно толкования договора или отсутствие определенных форм его применения представляет собой практику, которая указывает на правовую позицию участников, в соответствии с которой ядерное оружие не является запрещенным согласно различным договорам, касающимся

<sup>24</sup> По вопросу о (доказательной или толковательной) «ценности» соглашения или практики как средства толкования см. главу III ниже.

<sup>25</sup> *Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 3, at pp. 42–58, paras. 103–151.

<sup>26</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at pp. 234–235, para. 40; см. также *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1091, para. 68, в котором Суд указал, что одна из сторон не приняла во внимание, что отдельные формы практического сотрудничества имеют юридическое значение для цели рассматриваемого вопроса о границе, и, таким образом, не согласился с противоположной позицией другой стороны.

отравляющего оружия<sup>27</sup>. В любом случае точное значение коллективного выражения мнений сторон может быть выявлено лишь путем тщательного изучения вопроса о том, являются ли они мнениями «относительно толкования» договора и в какой степени. Таким образом, в деле *Китобойный промысел в Антарктике* Суд определил, что

соответствующие одобренные консенсусом резолюции и руководящие принципы [Международной китобойной комиссии] содержат призыв к государствам-участникам учитывать, могут ли исследовательские цели в практическом и научном плане быть достигнуты с помощью несмертоносных методов исследований, но они не содержат требования о том, чтобы смертоносные методы использовались только при отсутствии других методов<sup>28</sup>.

## 2. ТРИБУНАЛ ПО УРЕГУЛИРОВАНИЮ ВЗАИМНЫХ ПРЕТЕНЗИЙ ИРАНА И США

13. Когда Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США столкнулся с вопросом о том, обязывает ли Декларация об урегулировании претензий Соединенные Штаты возвращать военное имущество Исламской Республике Иран, Трибунал пришел к выводу, в частности сославшись на последующую практику участников, что данный договор содержит подразумеваемое обязательство выплаты компенсации в случае невозвращения:

66. [...] Хотя в пункте 9 общей декларации прямо не говорится об обязательстве выплатить компенсацию Ирану в случае невозвращения отдельных предметов в силу положений законодательства США, действовавшего до 14 ноября 1979 года, Трибунал считает, что такое обязательство подразумевается в данном пункте.

[...]

68. Кроме того, Трибунал отмечает, что толкование, изложенное в пункте 66 выше, соответствует последующей практике участников во исполнение Алжирских соглашений и, в частности, поведению Соединенных Штатов. Такая практика также должна приниматься во внимание при толковании договора в соответствии с подпунктом *b*) пункта 3 статьи 31 Венской конвенции. В своем сообщении от 26 марта 1981 года, информирующем Иран о том, что экспорт военных изделий не будет одобрен, Соединенные Штаты прямо заявили, что «Ирану, насколько возможно, будут возмещены расходы на оборудование»<sup>29</sup>.

Эта позиция была подвергнута критике судьей Хольцманом в его особом мнении:

Последующее поведение государства-участника является надлежащей основой для толкования договора лишь в том случае, если можно сделать вывод о том, что это поведение было мотивировано договором. В данном случае нет никаких свидетельств и даже доводов в подтверждение того, что готовность Соединенных Штатов платить Ирану за его имущество была в ответ на предполагаемое обязательство, налагаемое пунктом 9. Такое поведение в равной степени соответствует признанию договорного обязательства произвести платеж. В отсутствие каких-либо указаний

на то, что поведение было мотивировано договором, некорректно использовать это поведение при толковании договора<sup>30</sup>.

Вместе взятые, мнение большинства и особое мнение четко определяют соответствующие моменты.

## 3. ЕВРОПЕЙСКИЙ И МЕЖАМЕРИКАНСКИЙ СУДЫ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

14. Факт наличия у государств-участников определенной позиции в отношении толкования договора иногда может также предполагаться исходя из характера договора или конкретного положения. Хотя последующая практика в ходе применения договора часто включает в себя действия различных государственных органов (исполнительных, законодательных или судебных) в процессе сознательного применения договора на различных уровнях (национальном и международном), Европейский суд по правам человека, например, как правило, конкретно не рассматривает вопрос о том, применяется ли та или иная практика «в ходе применения» или «относительно толкования» Конвенции о защите прав человека и основных свобод<sup>31</sup> или занимает ли тем самым государство правовую позицию. Таким образом, при описании внутренней правовой ситуации в государствах-членах Суд в основном не ставит вопрос о том, связана ли эта правовая ситуация с законодательным процессом, в ходе которого обсуждались возможные требования Конвенции. Суд тем не менее исходит из того, что государства-члены в процессе законодательной деятельности или принятия иных конкретных мер осознают свои обязательства по Конвенции и действуют таким образом, чтобы это отражало их добросовестное понимание их обязательств<sup>32</sup>. Как и Международный Суд, Европейский суд по правам человека иногда даже высказывался на предмет того, что «отсутствие у участников каких-либо опасений» относительно определенного толкования Конвенции может указывать на занимаемую ими позицию относительно толкования договора<sup>33</sup>. Межамериканский суд по правам человека, в меньшей степени ссылаясь на законодательную практику государств и уделяя больше внимания более широким международным событиям, тем не менее в отдельных случаях использовал такую законодательную практику в качестве средства толкования<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> *Ibid.*, separate opinion of Judge Holtzmann, concurring in part, dissenting in part, p. 304.

<sup>31</sup> См., например, *Soering v. the United Kingdom*, no. 14038/88, 7 July 1989, Series A, no. 161, p. 40, para. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, no. 7275/76, 22 October 1981, Series A, no. 45, para. 60; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, ECHR 2008-V, p. 417, para. 48; для сравнения, однако, см. *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], no. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I, para. 146; и *Cruz Varas and Others v. Sweden*, no. 15576/89, 20 March 1991, Series A, no. 201, p. 36, para. 100.

<sup>32</sup> См. предыдущую сноску; см. далее *Marckx v. Belgium*, no. 6833/74, 13 June 1979, Series A, no. 31, p. 19, para. 41; *Jorgic v. Germany*, no. 74613/01, ECHR 2007-III, p. 288, para. 69; *Mazurek v. France*, no. 34406/97, ECHR 2000-II, pp. 38–39, para. 52.

<sup>33</sup> *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII, para. 62.

<sup>34</sup> См., например, *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago* (Merits, Reparations and Costs), Judgment of 21 June 2002, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 94, p. 10, para. 12.

<sup>27</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 248, paras. 55–56; see also *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 815, para. 30; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 232–235.

<sup>28</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226, at p. 257, para. 83.

<sup>29</sup> *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19, 1988-II, Partial Award No. 382-B1-FT, *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, 1989, pp. 294–295, paras. 66 and 68.

## 4. МОРСКОЕ ПРАВО

15. Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года является важным примером необходимости тщательного определения, во-первых, того, действительно ли акт или соглашение представляет собой последующее соглашение или последующую практику «относительно толкования» или «в ходе применения» договора. Соглашением предусматривается, что оно рассматривается как «единый акт» с Конвенцией и что оно имеет преимущественную силу в случае коллизии<sup>35</sup>. Тот факт, что лишь участники Конвенции могут стать участниками этого Соглашения об осуществлении<sup>36</sup>, говорит о том, что, поскольку не все участники Конвенции являются участниками Соглашения, оно (также) направлено на оказание влияния на толкование Конвенции. Поэтому, несмотря на то что Соглашение об осуществлении предусматривает «изъятие из применения» положений Конвенции<sup>37</sup> и создание новых институтов и, возможно, даже формулирование поправок к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, оно также является одной из форм последующей практики относительно толкования Конвенции благодаря определенной позиции в отношении ее толкования<sup>38</sup>.

## 5. МЕЖДУНАРОДНОЕ ГУМАНИТАРНОЕ ПРАВО

16. Статья 118 Женевской конвенции об обращении с военнопленными (Конвенция III) предусматривает, что «военнопленные освобождаются и репатрируются тотчас же по прекращении военных действий». Желание военнопленных не быть репатрированными преднамеренно не было объявлено государствами-участниками релевантным с целью недопущения злоупотребления государствами ссылкой на желание военнопленных, с тем чтобы отсрочить их репатриацию<sup>39</sup>. Тем не менее в своей практике МККК в качестве условия своего участия всегда настаивал на соблюдении желания военнопленных не быть

<sup>35</sup> В Соглашении в нескольких местах предусматривается (статья 2; приложение, раздел 1, пункт 17; приложение, раздел 2, пункт 6; приложение, раздел 3, пункт 14; и приложение, раздел 7, пункт 2), что соответствующие положения части XI, раздел 4, Конвенции толкуются и применяются в соответствии с Соглашением.

<sup>36</sup> Там же, статья 4, пункт 2.

<sup>37</sup> Там же, см., например, приложение, раздел 2, пункт 3.

<sup>38</sup> С другой стороны, Соглашение об осуществлении положений Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими, открыто для подписания государствами, которые не являются участниками Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (статья 1, пункт 2), и предусматривает в статье 4, что «ничто в настоящем Соглашении не наносит ущерба правам, юрисдикции и обязанностям государств согласно Конвенции». Однако Соглашение по рыбным запасам также рассматривается как уточняющее общие обязательства сотрудничать, которые изложены в статье 63, пункт 2, и статьях 64 и 117 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (Anderson, "The Straddling Stocks Agreement of 1995: an initial assessment", p. 468).

<sup>39</sup> Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, pp. 145–156 and pp. 171–175; в целом по вопросу об обязанности репатриировать см. Krähenmann, "Protection of prisoners in armed conflict", p. 409–410.

репатрированными<sup>40</sup>. Однако такая практика необязательно означает, что статья 118 должна толковаться как требующая, чтобы репатриация военнопленного не осуществлялась против его воли. В комментарии к правилу 128 А, представленном в исследовании МККК, посвященном обычному международному гуманитарному праву, четко указывается:

Согласно четвертой Женевской конвенции, покровительствуемое лицо ни в коем случае не может быть передано в страну, в которой оно могло бы опасаться преследований в связи со своими политическими или религиозными убеждениями [статья 45, пункт 4, Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны]. В то время как третья Женевская конвенция не содержит аналогичного положения, с 1949 года сложилась практика, в соответствии с которой в ходе любой репатриации, в которой МККК играл роль нейтрального посредника, стороны в конфликте, будь то международное или международно-характера, соглашались с условиями участия МККК, в том числе с предоставлением МККК возможности убедиться до репатриации (или освобождения в случае немеждународного вооруженного конфликта), путем проведения конфиденциальных бесед с соответствующими лицами, в их желании быть репатрированными (или отпущенными)<sup>41</sup>.

17. Эта формулировка предполагает, что практика учета желания военнопленных ограничивается случаями, в которых участвует МККК и в которых эта организация сформулировала такое условие. Государства сделали различные выводы из этой практики МККК<sup>42</sup>. В руководстве Министерства обороны Соединенного Королевства 2004 года *Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict* («Объединенное служебное руководство по вопросу о праве вооруженных конфликтов») указывается:

Более спорный вопрос заключается в том, *должны* ли военнопленные быть репатрированы даже против их воли. Недавняя практика государств свидетельствует о том, что не *должны*. Политика Соединенного Королевства как раз заключается в том, что военнопленных не следует репатриировать против их воли<sup>43</sup>.

18. Особое сочетание слов «должны» и «следует» указывает на то, что Соединенное Королевство, как и МККК, не твердо основывает свою политику на мнении о том, что последующая практика предполагает, что заявленное желание военнопленного всегда должно уважаться<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Таким образом, своим участием МККК пытается одновременно отвечать интересам быстрой репатриации и учета желания военнопленных (*ibid.*).

<sup>41</sup> Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules*, p. 455.

<sup>42</sup> Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume 2: Practice*, pp. 2893–2894, paras. 844–855, а также обновленная информация в Интернете по Австралии, Испании, Израилю и Нидерландам, размещенная по адресу [www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule128\\_sectiond](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_sectiond).

<sup>43</sup> United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ministry of Defence, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, p. 205, para. 8.170.

<sup>44</sup> В руководстве Соединенных Штатов говорится лишь о желании больных или раненых военнопленных (см. Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume 2: Practice*, pp. 2893–2894, paras. 844–855); однако практика Соединенных Штатов после второй войны в Персидском заливе заключалась в том, чтобы предоставлять МККК возможность устанавливать волю военнопленного и принимать соответствующие меры (United States of America, Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*).

## Д. Заключение

19. Примеры из судебной практики и практики государств подтверждают необходимость тщательного установления и толкования последующих соглашений и последующей практики, в частности с целью определить, занимают ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора или же они руководствуются другими соображениями. Это особенно необходимо в случае так называемых меморандумов о взаимопонимании<sup>45</sup>. В конечном итоге решающее значение имеет объявленная или четко выраженная цель любого соглашения

<sup>45</sup> См. главу IV, раздел D, ниже.

участников<sup>46</sup>. Вышеизложенные соображения предполагают следующий проект вывода:

*«Проект вывода 6. Установление последующих соглашений и последующей практики»*

Установление последующих соглашений и последующей практики согласно статье 31, пункт 3, и статье 32 требует тщательного рассмотрения, в частности вопроса о том, занимают ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора или же они руководствуются другими соображениями».

<sup>46</sup> См. также Crema, “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”, pp. 25–26.

## ГЛАВА II

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

20. Последующие соглашения и последующая практика, как и все средства толкования, могут иметь различные последствия для толкования договора в конкретном случае, то есть в ходе интерактивного процесса, который заключается в надлежащем акценте на различных средствах толкования в рамках «единой комбинированной операции»<sup>47</sup>. Таким образом, учет последующих соглашений и последующей практики согласно статье 31, пункт 3, и статье 32 может способствовать прояснению смысла договора<sup>48</sup> в плане конкретизации (уточнения) различных возможных значений того или иного термина или положения или сферы применения договора в целом (разделы А и В, подраздел 1, ниже) или прояснению в плане подтверждения более широкого толкования или определенной возможности осуществления усмотрения участниками (широкое понимание) (разделы А и В, подраздел 2, ниже). Специфика последующей практики часто является важным фактором, определяющим ее ценность как средства толкования в конкретном случае в зависимости от договора (раздел С ниже).

#### А. Практика Международного Суда

21. Международные суды и трибуналы, как правило, начинают подготовку своей аргументации по какому-либо делу с определения «обычного значения»

<sup>47</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 22, пункт 12) комментарий к проекту вывода 1.

<sup>48</sup> В отношении терминологии применяется руководящее положение 1.2 (Определение заявлений о толковании) Руководства Комиссии по практике в отношении оговорок к международным договорам: «“Заявление о толковании” означает одностороннее заявление... посредством которого [государство или международная организация] желает уточнить или разъяснить смысл или сферу действия договора или определенных его положений» (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 23); см. также там же, стр. 60–61, пункт 18) комментарий к руководящему положению 1.2.

терминов договора<sup>49</sup>. Последующие соглашения и последующая практика в основном учитываются в их рассуждениях на более позднем этапе, когда суды задаются вопросом, подтверждает ли или изменяет такое поведение предварительный результат, полученный при первоначальном толковании текста (или использовании других средств толкования)<sup>50</sup>. Если стороны хотят придать не обычное, а скорее специальное значение термину по смыслу статьи 31, пункт 4, последующие соглашения и последующая практика могут способствовать раскрытию этого специального значения. Представленные ниже примеры, главным образом из судебной практики Международного Суда<sup>51</sup>, иллюстрируют, как последующие соглашения и последующая практика в качестве средств толкования могут способствовать, благодаря их взаимодействию с другими средствами в процессе толкования, прояснению смысла того или иного договора.

#### 1. «ОБЫЧНОЕ ЗНАЧЕНИЕ» ТЕРМИНА

22. Учет последующих соглашений и последующей практики может способствовать определению «обычного значения» конкретного термина в смысле подтверждения узкого толкования различных возможных

<sup>49</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 22–23, пункт 14) комментарий к проекту вывода 1; *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 4, at p. 8.

<sup>50</sup> См., например, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 625, at p. 656, paras. 59–61, and p. 665, para. 80; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports, 1994*, p. 6, at pp. 34–37, paras. 66–71; *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at p. 290 (Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume).

<sup>51</sup> Обзор судебной практики других международных судов и трибуналов приводит к тем же результатам и дает большее число примеров, см. Nolte, “Second report of the ILC Study Group on treaties over time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice”.

оттенков значения этого термина. Так, например<sup>52</sup>, обстояло дело с консультативным заключением *Ядерное оружие*, в котором Международный Суд определил, что выражения «боевые яды или отравляющие вещества»,

как они понимаются в практике государств в их «обычном значении», – это виды оружия, главная или даже исключительная цель применения которых заключается в отравлении или удушении. Эта практика является ясной, и стороны этих документов не затрагивают эти виды оружия как относящиеся к ядерному оружию<sup>53</sup>.

23. С другой стороны, имеются также случаи, когда изменение последующей практики способствовало предупреждению конкретизации значения общего термина исходя из того или иного возможного значения<sup>54</sup>. Это было подтверждено, например, в деле *Права граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко*, в связи с которым Суд указал:

Общее впечатление в результате изучения соответствующих материалов заключается в том, что те, кто несет ответственность за управление таможней... использовали все имеющиеся в их распоряжении различные элементы оценки, хотя, возможно, не всегда последовательно.

С учетом этих обстоятельств Суд считает, что в статье 95 не излагается строго действующая норма по спорному вопросу. Она требует толкования, которое было бы более гибким, чем любое из толкований, соответственно оспариваемых сторонами этого дела<sup>55</sup>.

24. Разумеется, возможны ситуации, когда различные формы практики способствуют как узкому, так и широкому толкованию различных терминов одного и того же договора или одной и той же судебной процедуры. Хорошо известным примером является толкование Международным Судом в деле *Некоторые расходы Организации Объединенных Наций* терминов «расходы» (широкое толкование) и «меры» (узкое толкование) в свете последующей практики организации<sup>56</sup>.

## 2. «ТЕРМИНЫ ДОГОВОРА В ИХ КОНТЕКСТЕ»

25. Договор должен толковаться в соответствии с обычным значением, которое следует придавать «терминам договора в их контексте» (статья 31, пункт 1). Последующие соглашения и последующая практика могут также, во взаимодействии с этим конкретным средством толкования, способствовать определению более узкого или более широкого толкования

<sup>52</sup> См. также *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 815, para. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 275, at pp. 306–307, para. 67; *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 4, at p. 9.

<sup>53</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 248, para. 55.

<sup>54</sup> *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15, at p. 25.

<sup>55</sup> *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 211.

<sup>56</sup> *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962, p. 151, at pp. 158–161 (“expenses”) and pp. 164–165 (“action”).

термина договора<sup>57</sup>. Например, в консультативном заключении *Межправительственная морская консультативная организация (ИМКО)* Международный Суд должен был определить значение выражения «восемь... стран, располагающих наиболее крупными флотами» по смыслу статьи 28, пункт *a*), Конвенции о Международной морской организации (Конвенция об ИМО). Поскольку эта концепция «стран, располагающих наиболее крупными флотами» позволяла различные толкования (определение с учетом «регистрационного тоннажа» судов или судов, «находящихся в собственности граждан») и поскольку соответствующая практика организации или ее членов по смыслу самой статьи 28 *a*) отсутствует, Суд обратился к другим положениям Конвенции и постановил:

Использование критерия регистрационного тоннажа для придания силы различным положениям Конвенции... убедило Суд в том, что маловероятно, что, когда последняя статья [статья 28, пункт *a*)] разрабатывалась и инкорпорировалась в текст Конвенции, предусматривалось, что какой-либо иной критерий, помимо регистрационного тоннажа, должен определять страны, располагающие наиболее крупными флотами<sup>58</sup>.

26. Совсем недавно Камера по спорам, касающимся морского дна, Международного трибунала по морскому праву аналогичным образом использовала понятие «передовой природоохранной практики» по смыслу «Правил по сульфидам» для целей толкования ранее принятых «Правил по конкрециям»<sup>59</sup>.

## 3. «ОБЪЕКТ И ЦЕЛИ»

27. Наряду с текстом и контекстом в статье 31, пункт 1, определенное, но не первостепенное, значение в плане толкования договора придается «объекту и целям» договора<sup>60</sup>. Последующие соглашения и последующая практика также могут способствовать разъяснению объекта и целей самого договора<sup>61</sup> или увязыванию ссылок на «объект и цели» договора с другими средствами толкования.

<sup>57</sup> См., например, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988, p. 69, at p. 87, para. 40.

<sup>58</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. 150, at p. 169; см. также *ibid.*, pp. 167–169; и *obiter dictum: Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Final Award Decision of 2 July 2003, UNRIAA, vol. XXIII (Sales No. E/F.04.V.15), p. 59, at p. 99, para. 141.

<sup>59</sup> *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, p. 10, at p. 48, paras. 136–137; см. также Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’...”, p. 66.

<sup>60</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 190 and 198.

<sup>61</sup> *Ibid.*, pp. 191–194; см. также *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at p. 31, para. 53; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at p. 179, para. 109; 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; Crema, “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”, p. 21.

28. Например, в делах *Делимитация морских пространств в районе между Гренландией и Ян-Майеном*<sup>62</sup> и *Нефтяные платформы*<sup>63</sup> Международный Суд разъяснил объект и цели двусторонних договоров, сославшись на последующую практику сторон. В деле *Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией* Международный Суд постановил:

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>64</sup>.

29. Когда «объект и цели» договора, как представляется, не соответствуют конкретным целям отдельных его норм, последующая практика может способствовать смягчению возможных конфликтов<sup>65</sup>. В деле *Остров Касикили/Седуду*, например, Суд подчеркнул, что участники договора 1890 года «стремились как обеспечить для себя свободу судоходства по реке, так и как можно более точно определить свои соответствующие сферы влияния»<sup>66</sup>, и тем самым устранил возможное несоответствие, приняв во внимание определенную последующую практику в качестве дополнительного средства толкования (по смыслу статьи 32).

## В. Практика государств

30. Практика государств вне судебного или квазисудебного контекстов подтверждает, что последующие соглашения и последующая практика могут способствовать прояснению смысла договора – либо путем сужения диапазона возможных толкований, либо путем указания определенных рамок, в которых договор предоставляет государствам возможность осуществления усмотрения.

### 1. Сужение диапазона возможных толкований

31. Хотя в соответствии со статьей 5 Конвенции о международной гражданской авиации, как представляется, не требуется получения самолетом, совершающим чартерный рейс, разрешения на посадку во время движения по маршруту, сложившаяся практика государств, требующая получения такого разрешения,

<sup>62</sup> *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993*, p. 38, at pp. 50–51, para. 27.

<sup>63</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 803, at pp. 813–815, paras. 27 and 30.

<sup>64</sup> См. также *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 275, at pp. 306–307, para. 67.

<sup>65</sup> См. WTO, Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, para. 17 («у большинства договоров нет единого и цельного объекта и цели, а, скорее, есть целый ряд различных и, возможно, противоречивых объектов и целей»); Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 195.

<sup>66</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1074, para. 45.

привела к общему признанию того, что это положение толкуется как требующее получения разрешения<sup>67</sup>.

32. Содержащийся в статье 57, пункт 2 а.2), Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), термин «возможные меры предосторожности» был конкретизирован в статье 3, пункт 10, Протокола о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств (Протокол II), в которой говорится, что «возможные меры предосторожности означают такие меры предосторожности, какие являются практически применимыми или практически возможными с учетом всех существующих в данный момент обстоятельств, включая гуманитарные и военные соображения». Благодаря последующей практике это уточнение стало признаваться во многих военных руководствах в качестве общего определения «практической возможности» для целей статьи 57 Протокола I<sup>68</sup>.

33. Наконец, в статье 31, пункт 4, Венской конвенции о консульских сношениях предусматривается, что средства передвижения представительств пользуются иммунитетом от обыска, реквизиции, ареста и исполнительных действий. Хотя некоторые формы действий правоохранительных органов обычно вызывают протесты государств<sup>69</sup>, отбуксировка дипломатических автомобилей была признана допустимой на практике<sup>70</sup>. Эта практика говорит о том, что, хотя штрафные санкции в отношении дипломатических автотранспортных средств запрещены, автомобили могут быть остановлены или убраны, если они представляют непосредственную опасность или препятствие для дорожного движения и/или общественной безопасности<sup>71</sup>. В этом смысле значение термина «исполнительные действия» и, соответственно,

<sup>67</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 85; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 215.

<sup>68</sup> Военные руководства Аргентины (1989 год), Канады (2001 год) и Соединенного Королевства (2004 год) см. в Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume 2: Practice*, pp. 359–360, paras. 160–164, и обновленное военное руководство Австралии (2006 год) в Интернете ([www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule15\\_sectionc](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc)); см. также Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, p. 683, para. 2202.

<sup>69</sup> Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, pp. 160–161; Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, pp. 207–208, para. 315; см. также протест британских властей, сделанный после того, как атташе ВВС Великобритании и атташе Вооруженных сил Канады были выведены из автомобиля, принадлежащего посольству Великобритании (Marston, “United Kingdom materials on international law 1981”, p. 434).

<sup>70</sup> См., например, Australia, Department of Foreign Affairs and Trade, “Privileges and immunities of foreign representatives”, имеется по адресу <http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Pages/5-privileges-and-immunities.aspx>; Iceland, Protocol Department, Ministry of Foreign Affairs, *Diplomatic handbook*, p. 14, имеется по адресу [www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic\\_Handbook\\_March2010.pdf](http://www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf); United Kingdom, statement of the Parliamentary Under-Secretary of State, Home Office (Lord Elton) in the House of Lords (HL Deb, 12 December 1983, vol. 446 cc 3–4); United States, AJIL, vol. 2, 1994, pp. 312–313.

<sup>71</sup> Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, p. 160; Richtsteig, *Wiener Übereinkommen*

рамки защиты, предоставляемой транспортным средствам, конкретизируются последующей практикой участников.

34. Таким образом, последующие соглашения и последующая практика могут способствовать уточнению значения того или иного термина в смысле сужения диапазона возможных значений прав и обязательств по договору.

## 2. РАСШИРЕНИЕ ДИАПАЗОНА ВОЗМОЖНОГО ТОЛКОВАНИЯ ИЛИ ПОДДЕРЖКА ОПРЕДЕЛЕННОЙ ВОЗМОЖНОСТИ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ УСМОТРЕНИЯ

35. Вместе с тем такие соглашения и практика могут также указывать на широкий диапазон приемлемых толкований или на определенную возможность осуществления усмотрения, которую договор предоставляет государствам<sup>72</sup>: статья 12 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), предусматривает следующее:

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

36. Хотя употребление в английском тексте слова «shall» (должен) предполагает, что использование отличительной эмблемы для обозначения медицинского персонала и транспортных средств носит обязательный характер для государств, последующая практика свидетельствует о том, что государства располагают определенной свободой действий в этой связи<sup>73</sup>. Поскольку в последние годы вооруженные группы совершали целенаправленные нападения на медицинские автоколонны, которые были легко

узнаваемы по причине защитной эмблемы, государства в определенных ситуациях воздерживались от обозначения таких автоколонн отличительной эмблемой. Правительство Германии в ответ на парламентский запрос о его практике в Афганистане указало:

Как и другие страны, предоставляющие контингенты для МССБ, Федеральные вооруженные силы сталкивались с ситуациями, когда объектами нападений становились обозначенные медицинские транспортные средства. В ряде случаев эти медицинские подразделения и транспортные средства, четко обозначенные как таковые их защитной эмблемой, становились даже предпочтительной целью. В этой связи Федеральные вооруженные силы, наряду с силами Бельгии, Франции, Соединенного Королевства, Канады и Соединенных Штатов, совместно с МССБ приняли решение закрывать защитную эмблему на медицинских автотранспортных средствах<sup>74</sup>.

37. Такая практика государств подтверждает толкование, согласно которому статья 12 не содержит обязательства использовать защитную эмблему при любых обстоятельствах<sup>75</sup>, и тем самым предоставляет участникам определенную возможность для осуществления усмотрения.

38. Положение договора, предоставляющее государствам возможность осуществления усмотрения, может поставить вопрос о том, ограничивается ли эта возможность целью нормы. В соответствии со статьей 9 Венской конвенции о дипломатических сношениях государство пребывания может в любое время, не будучи обязано мотивировать свое решение, уведомить аккредитуемое государство, что какой-либо из членов дипломатического персонала представителя является *persona non grata*. Государства, как правило, направляют такие уведомления в случаях, когда члены персонала миссии, согласно установленным фактам или подозрениям, занимались шпионской деятельностью или совершили другие серьезные нарушения законодательства государства пребывания или вызвали значительное политическое раздражение<sup>76</sup>. Тем не менее многие государства также делают такие заявления в более повседневных ситуациях, например для обеспечения соблюдения правил дорожного движения<sup>77</sup> или в тех случаях, когда посланники причинили серьезный ущерб третьей стороне<sup>78</sup> или совершили серьезные или неоднократные нарушения

*über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, p. 70.

<sup>72</sup> Это означает не то, что могут существовать различные возможные толкования договора, а, скорее, то, что договор может предоставлять участникам возможность выбора из широкого спектра различных дозволенных актов. См. Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 30, quoting the House of Lords in *Regina v. Secretary of State for the Home Department*, ex parte *Adan*, ex parte *Subaskaran*, ex parte *Aitseguer* (*The Law Reports. Appeal Cases*, 2001, vol. 2, pp. 515–517) (Lord Steyn): «Необходимо определить автономный смысл соответствующего положения договора... Из этого следует, что, как и в случае других многосторонних договоров, Конвенции о статусе беженцев необходимо предоставить независимый смысл, вытекающий из источников, упомянутых в статьях 31 и 32 [Венской конвенции], и не копировать особенности правовой системы какого-либо из договаривающихся государств. В принципе может быть лишь одно подлинное толкование договора... На практике решение этого вопроса оставлено на усмотрение национальных судов, которые сталкиваются с существенным расхождением во мнениях по вопросу толкования. Но при этом национальные суды должны искать подлинно автономный международный смысл договора, не ограничиваясь в этом поиске понятиями своей национальной правовой культуры. И может быть лишь один подлинный смысл».

<sup>73</sup> Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, p. 1440, paras. 4742–4744; Spieker, “Medical transportation”, pp. 54–55, paras. 7–12; см. также менее строгое будущее время во французском варианте «*sera arboré*».

<sup>74</sup> Federal Parliament of Germany, “Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan”, 9 April 2010, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, p. 2 (перевод на английский язык выполнен Специальным докладчиком).

<sup>75</sup> Spieker, “Medical transportation”, p. 55, para. 12.

<sup>76</sup> См. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, pp. 77–88, с дополнительными ссылками на заявления, касающиеся шпионажа; см. также Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, pp. 483–484 para. 630; и Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, p. 30.

<sup>77</sup> См. Canada, Foreign Affairs, Trade and Development, “Revised impaired driving policy”, имеется по адресу [www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna\\_convention\\_idp-convention\\_vienne\\_yfa.aspx?lang=eng](http://www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_yfa.aspx?lang=eng); United States, Department of State, Diplomatic Note 10-181, 24 September 2010, pp. 8–9, имеется по адресу <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/149985.pdf>.

<sup>78</sup> The Netherlands, Protocol Department, Ministry of Foreign Affairs, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*, имеется по адресу [www.diplomatmagazine.nl/wp-content/uploads/protocol-guide-for-diplomatic-missions-and-consular-posts-january-2013.pdf](http://www.diplomatmagazine.nl/wp-content/uploads/protocol-guide-for-diplomatic-missions-and-consular-posts-january-2013.pdf).

закона<sup>79</sup>. Можно даже допустить, что заявления делаются без четких оснований по политическим мотивам. Другие государства, как представляется, не заявляли, что такая практика представляет собой злоупотребление полномочиями в связи с объявлением членов персонала представительства *persona non gratae* в целях, не связанных с политическими или иными более серьезными соображениями. Таким образом, такая практика свидетельствует о том, что статья 9 предоставляет весьма широкую возможность для осуществления усмотрения<sup>80</sup>.

### С. Специфика практики

39. Толковательная ценность последующей практики по отношению к другим средствам толкования в том или ином конкретном случае часто зависит от ее специфики применительно к соответствующему договору<sup>81</sup>. Это подтверждается, например, решениями Международного Суда, арбитражными решениями и докладами третейской группы и Апелляционного органа ВТО<sup>82</sup>. Поучительным в данном случае является решение трибунала МЦУИС в деле *Плама против Болгарии*:

Верно то, что договоры между одной из Договаривающихся Сторон и третьими государствами могут приниматься во внимание для цели уточнения смысла текста договора на момент его подписания. Заявитель представил весьма четкое и содержательное изложение практики Болгарии в отношении заключения инвестиционных договоров после заключения двустороннего инвестиционного договора между Болгарией и Кипром в 1987 году. В 1990-е годы после падения коммунистического режима в Болгарии страна начала заключать двусторонние инвестиционные соглашения с гораздо более либеральными положениями об урегулировании споров, включая возможность их передачи на рассмотрение МЦУИС. Однако эта практика не имеет особого отношения к данному случаю, поскольку последующие переговоры между Болгарией и Кипром указывают на то, что эти Договаривающиеся Стороны не имели намерения, чтобы положение о НБН имело значение, которое в противном случае могло бы вытекать из последующей договорной практики Болгарии. Болгария и Кипр вели переговоры о пересмотре своего двустороннего инвестиционного договора в 1998 году. Эти переговоры потерпели неудачу, но на них конкретно рассматривался вопрос о пересмотре положений, касающихся урегулирования споров... Из этих переговоров можно сделать вывод о том, что сами Договаривающиеся Стороны двустороннего

инвестиционного договора не считали, что действие положения о НБН распространяется на положения об урегулировании споров других двусторонних инвестиционных договоров<sup>83</sup>.

40. В то время как Международный Суд и арбитражные трибуналы, как правило, придают более существенное толковательное значение скорее конкретной последующей практике государств, Европейский суд по правам человека в основном ограничивается широкими и иногда приблизительными сравнительными оценками внутреннего законодательства или международной позиции, занимаемой государствами<sup>84</sup>. В этой связи следует помнить о том, что права, изложенные в договорах по правам человека, обычно не предполагают авторитетного толкования и применения государственными органами, а должны, скорее, обеспечивать правильное воплощение (при определенной свободе усмотрения) договорных обязательств в законодательство, административную практику и международные договоренности их соответствующего государства. В этой связи достаточно существенные совпадения в национальном законодательстве значительного числа государств-членов уже могут иметь значение для определения сферы применения конкретного права человека или необходимости его ограничения. Кроме того, характер некоторых прав иногда говорит в пользу принятия во внимание менее конкретной практики. Например, в деле *Ранцев против Кипра* Суд указал следующее:

Из положений этих двух [международных] соглашений ясно, что Договаривающиеся Государства... пришли к мнению, что эффективным в борьбе с торговлей людьми может быть лишь такое сочетание мер, которое затрагивает все три этих аспекта... Соответственно, обязанность наказывать торговцев людьми и привлекать их к ответственности – это лишь один из аспектов общего обязательства государств-членов по борьбе с торговлей людьми. Объем позитивных обязательств, вытекающих из статьи 4 [запрещение принудительного труда], надо рассматривать в этом более широком контексте<sup>85</sup>.

41. Аналогичным образом в деле *Чепмен против Соединенного Королевства* Суд отметил, «что среди государств-членов Совета Европы появляется тенденция признания специальных потребностей меньшинств и обязательств по защите их безопасности, самобытности и образа жизни»<sup>86</sup>, но в конечном итоге заявил, что «не убежден, что это согласие является настолько однозначным, чтобы представлять собой своеобразное руководство, касающееся модели поведения или стандарта, которые государства-члены

<sup>79</sup> France, Ministry for Europe and Foreign Affairs, Guide for foreign diplomats serving in France: immunities—“Respect for local laws and regulations”, имеется по адресу [www.diplomatie.gouv.fr/en/the-ministry-and-its-network/protocol/immunities/article/respect-for-local-laws-and-traffic-regulations](http://www.diplomatie.gouv.fr/en/the-ministry-and-its-network/protocol/immunities/article/respect-for-local-laws-and-traffic-regulations) 2005/PDGY/63552, 6 April 2005, имеется по адресу [www.mfa.gov.tr/06\\_04\\_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); United Kingdom, Foreign and Commonwealth Office, circular dated 19 April 1985 to the heads of diplomatic missions in London, reprinted in Marston, “United Kingdom materials on international law 1981”, p. 437.

<sup>80</sup> См. Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, p. 112, for an even more far-reaching case under article 9 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations.

<sup>81</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 91.

<sup>82</sup> См., например, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993*, p. 38, at pp. 55–56, para. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, decision of 14 January 2003, UNRIIAA, vol. XXV, part IV, p. 231, at p. 259, para. 74; WTO, Panel Report, *United States—Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, WT/DS350/R, adopted 19 February 2009, WTO, Appellate Body Report, *United States – Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/AB/R, adopted 21 March 2005, para. 625.

<sup>83</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, No. 1 (spring 2005), pp. 323–324, para. 195.

<sup>84</sup> См., например, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, no. 10843/84, Series A, no. 184, p. 16, para. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, no. 5856/72, Series A, no. 26, p. 15, para. 31; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, no. 10581/83, Series A no. 142, p. 20, para. 46. Это вызвало критику со стороны комментаторов: см., например, Carozza, “Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, pp. 1223–1224; Helfer, “Consensus, coherence and the European Convention on Human Rights”, p. 140.

<sup>85</sup> *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, ECHR 2010-I, p. 125, para. 285.

<sup>86</sup> *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, ECHR 2001-I, p. 72, para. 93.



рассматривают желательными в любой конкретной ситуации»<sup>87</sup>. Вышеизложенные соображения предполагают следующий проект вывода:

*«Проект вывода 7. Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования*

1. Последующие соглашения и последующая практика согласно статье 31, пункт 3, и статье 32

<sup>87</sup> *Ibid.*, para. 94.

могут способствовать прояснению смысла договора, в частности путем сужения или расширения диапазона возможных толкований или путем указания определенных рамок, в которых договор предоставляет участникам возможность осуществления усмотрения.

2. Ценность последующего соглашения или последующей практики в качестве средства толкования может, в частности, зависеть от их специфики».

### ГЛАВА III

## Форма и ценность последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 b)

42. Комиссия признала, что последующая практика по смыслу статьи 31, пункт 3 b), заключается в любом «поведении» при осуществлении договора, которое может способствовать установлению соглашения относительно толкования договора<sup>88</sup>. В зависимости от конкретного договора это включает не только внешне ориентированное поведение, такое как официальные акты, заявления и голосование на международном уровне, но и также внутренние законодательные, исполнительные и судебные акты, а также практику негосударственных субъектов, которая подпадает под сферу того, что в договоре определяется как формы его применения<sup>89</sup>. Индивидуальное поведение, которое может способствовать осуществлению последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 b), не должно отвечать каким-либо конкретным формальным критериям<sup>90</sup>. Однако это не дает ответа на вопрос о том, требует ли коллективная «последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников» какой-либо конкретной формы по смыслу статьи 31, пункт 3 b).

#### А. Разнообразие возможных форм последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 b)

43. Ясно, что последующая практика всех участников может устанавливать их соглашение относительно толкования договора. Такая практика необязательно должна являться совместным поведением<sup>91</sup>. Достаточно просто параллельного поведения. Это может, например, наблюдаться в тех случаях, когда два

государства предоставляют нефтяные концессии независимо друг от друга таким образом, что это предполагает, что тем самым они имплицитно признают определенную линию границы в морской зоне. Так, в связи с делом *Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией* Международный суд заявил, что «нефтяные концессии... могут приниматься во внимание», если они «основываются на явно выраженном или подразумеваемом соглашении между сторонами»<sup>92</sup>. Является ли фактически параллельная деятельность такого рода достаточным общим пониманием (соглашением) относительно толкования договора в конкретном случае – это отдельный вопрос (см. главу IV ниже)<sup>93</sup>.

#### В. Частотность применения и единообразие последующей практики

44. Комиссия указала, что «если отграничить концепцию последующей практики... от возможного соглашения между сторонами, то повторяемость не является необходимым элементом для определения концепции “последующей практики”... (в силу статьи 32)»<sup>94</sup>. Это не дает ответа на вопрос, требуется ли по смыслу «последующей практики» согласно статье 31, пункт 3 b)<sup>95</sup>, не разовое, а многократное применение договора в качестве возможной основы для соглашения между участниками относительно его толкования. Апелляционный орган ВТО установил довольно жесткий стандарт в этом отношении, заявив в своем принятом ранее решении по делу *Japan—Alcoholic Beverages II* следующее:

<sup>88</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 34–35, пункты 16–19) комментария к проекту вывода 4.

<sup>89</sup> См., например, проект вывода 5, там же, стр. 19; *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 3 at pp. 41–45, paras. 103–111, pp. 48–49, paras. 119–122, and p. 50, para. 126; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 228–230; Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, pp. 555–556, para. 78; Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’...”, pp. 54, 56 and 59–60.

<sup>90</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 226–227; Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’...”, p. 53.

<sup>91</sup> *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C.J. Reports 1962, p. 6, at p. 33; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at p. 1213, para. 17 (dissenting opinion of Judge Parra-Aranguren).

<sup>92</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303, at pp. 447–448, para. 304.

<sup>93</sup> *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 659, at p. 737, para. 258; при этом см. *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18, at pp. 84–85, para. 117, в связи с этим делом Суд признал концессии, предоставленные сторонами в споре, в качестве доказательства их молчаливого согласия; см. также *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 3.

<sup>94</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 37, пункт 35) комментария к проекту вывода 4.

<sup>95</sup> Там же, стр. 18, проект вывода 4, пункт 2.

Последующая практика при толковании того или иного договора была признана в качестве «согласованного, общего и последовательного» ряда актов или заявлений, что достаточно для выявления четко выраженной тенденции, подразумевающей наличие соглашения между участниками относительно его толкования<sup>96</sup>.

45. Это определение предполагает, что последующая практика по смыслу статьи 31, пункт 3 b), требует не только «акта или заявления» в отношении толкования договора, но и действий такой частотности и единообразия, которые служили бы основанием для вывода о том, что стороны неоднократно подтвердили достигнутое соглашение относительно толкования договора. Это является довольно высоким пределом, подразумевающим, что последующая практика по смыслу статьи 31, пункт 3 b), не просто означает последующую практику как средство выявления соглашения, но и требует особо широкой, установившейся и законной формы коллективной практики для установления наличия соглашения между участниками относительно толкования договора.

46. Международный Суд, с другой стороны, не сформулировал такого абстрактного определения последующей практики в качестве коллективной деятельности по смыслу статьи 31, пункт 3 b). Суд, скорее, применял это положение на гибкой основе, не устанавливая каких-либо дополнительных условий. Это относится, в частности, к его решению по показательному делу *Остров Касикили/Седуду*, в котором Суд подтвердил свое предыдущее соответствующее решение<sup>97</sup>. Другие международные суды в большинстве случаев исходили из гибкого понимания Международным Судом предела для применения статьи 31, пункт 3 b). Это относится к Трибуналу по урегулированию взаимных претензий Ирана и США<sup>98</sup> и Европейскому суду по правам человека<sup>99</sup>, в то время как Международный трибунал по морскому праву<sup>100</sup> и Европейский суд<sup>101</sup> по меньшей мере не придерживались стандарта, сформулированного Апелляционным

органом ВТО по делу *Japan—Alcoholic Beverages II*. Трибуналы МЦУИС выносили различные решения<sup>102</sup>.

47. При более пристальном рассмотрении различие между стандартом, сформулированным Апелляционным органом ВТО, и отдельными решениями трибуналов МЦУИС, с одной стороны, и подходом Международного Суда и других международных трибуналов — с другой, является более видимым, чем реальным. Как представляется, Апелляционный орган ВТО придерживается «согласованной, общей и последовательной» формулы из публикации сэра Яна Синклэра<sup>103</sup>, который сам взял за основу аналогичную формулировку на французском языке Мустафы Камиля Ясина, бывшего члена Комиссии<sup>104</sup>. Сэр Ян, однако, не делал никаких категоричных заявлений о том, что для удовлетворения требований статьи 31, пункт 3 b), последующая практика должна быть «согласованной, общей и последовательной», а скорее указывал на то, что «ценность»\* последующей практики будет, естественно, зависеть от того, насколько она является согласованной, общей и последовательной<sup>105</sup>. Это говорит о том, что формула, предусматривающая определения «согласованной, общей и последовательной», первоначально не служила основой для установления формального предела для применения статьи 31, пункт 3 b), а, скорее, указывала на те обстоятельства, в которых последующая практика по смыслу статьи 31, пункт 3 b), имела бы ту или иную ценность в качестве средства толкования в рамках процесса толкования<sup>106</sup>. И по сути дела, Апелляционный орган ВТО однажды в аналогичной

<sup>96</sup> WTO, Appellate Body Report, *Japan—Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, sect. E, p. 13.

<sup>97</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at pp. 1075–1076, paras. 47–50, and p. 1087, para. 63; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports, 1994*, p. 6, at pp. 34–37, paras. 66–71.

<sup>98</sup> *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), Interlocutory Award, *Iran—United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38 (2004–2009), p. 77, at pp. 116–126, paras. 109–133.

<sup>99</sup> *Soering v. the United Kingdom*, no. 14038/88, 7 July 1989, Series A, no. 161, p. 40, para. 103; *Loizidou v. Turkey Preliminary Objections*, no. 15318/89, 23 March 1995, Series A, no. 310, pp. 27–29, paras. 73 and 79–82; *Banković and Others v. Belgium and Others (dec.) [GC]*, no. 52207/99, ECHR 2001-XII, paras. 56 and 62.

<sup>100</sup> *The M/V “SAIGA” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Reports 1999*, pp. 61–62, at paras. 155–156.

<sup>101</sup> *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd and others, Judgment*, 5 July 1994, *European Court Reports 1994*, p. I-03087, Case-432/92, paras. 43, 46 and 50–54; *Leonce Cayrol v. Giovanni Rivoira & Figli, Judgment*, 30 November 1977, *European Court Reports 1977*, p. 2261, Case C-52/77, para. 18.

<sup>102</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. v. Argentine Republic (United States/Argentina BIT), Annulment Proceeding, Decision on the Argentine Republic’s Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award, ICSID Case No. ARB/01/3*, 7 October 2008, para. 70, имеется по адресу [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3/DC830\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3/DC830_En.pdf); *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (United States/Sri Lanka BIT), Award, ICSID Case No. ARB/00/2*, 15 March 2002, *ICSID Reports*, vol. 6, 2004, p. 317, para. 33; *National Grid plc v. Argentine Republic (United Kingdom/Argentina BIT), Decision on Jurisdiction (UNCITRAL)*, 20 June 2006, pp. 25–26, paras. 84–85; Fauchald, “The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis”, p. 345; см. также Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”, pp. 207–215.

<sup>103</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 137.

<sup>104</sup> Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, pp. 48–49; определение «общий» взято из публикации Комиссии международного права, а определения «последовательный» и «согласованный» являются условиями, выработанными Ясином в результате дополнительного анализа; см. *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 98–99 англ. текста, пункты 17–18, и стр. 221–222 англ. текста, пункт 15) комментария к проектам статей 27 и 28.

<sup>105</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 137; *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), Interlocutory Award, *Iran—United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38 (2004–2009), p. 77, at p. 118, para. 114.

<sup>106</sup> *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, UNRIAA, vol. XXI, part II, p. 53, at p. 187, para. 169; Cot, “La conduite subséquente des parties à un traité”, pp. 644–647 (“valeur probatoire”); Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, p. 46; Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, p. 556, para. 79; см. также выступления в прениях сторон в Международном Суде по делу *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, CR 2012/33, pp. 32–36, paras. 7–19 (Wood) and CR 2012/36, pp. 13–18, paras. 6–21 (Wordsworth), имеется по адресу [www.icj-cij.org/en/case/137](http://www.icj-cij.org/en/case/137).

ситуации использовал эту уточненную формулировку, когда он вынес следующее определение:

Цель толкования договора заключается в установлении *общего* намерения участников договора. Для установления этого намерения релевантной может быть предыдущая практика только *одного* из участников, но она, безусловно, имеет более ограниченную ценность по сравнению с практикой всех участников<sup>107</sup>.

48. В связи с этим предлагается, чтобы формула «согласованной, общей и последовательной» практики не устанавливала минимального предела для применимости статьи 31, пункт 3 *b*). Скорее, именно то, насколько последующая практика является «согласованной, общей и последовательной», может позволить выявить ту «усматриваемую тенденцию», подразумевающую наличие соглашения участников, которое затем «должно быть закреплено в договоре»<sup>108</sup>. Поэтому Комиссия сочла, что «ценность

<sup>107</sup> WTO, Appellate Body Report, *European Communities—Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R and WT/DS68/AB/R, adopted 22 June 1998, p. 36, para. 93.

<sup>108</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 221 англ. текста, пункт 14) комментария к проектам статей 27 и 28; это было подтверждено в *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at pp. 1075–1076, para. 49; см. также Simma,

последующей практики варьируется в зависимости от того, насколько она демонстрирует общее понимание участниками смысла терминов»<sup>109</sup>. Причина, по которой Апелляционный орган ВТО временами выносил более жесткое определение, может быть обусловлена особым характером и действием соглашений ВТО, а не тщательно взвешенным подходом к требованиям статьи 31, пункт 3 *b*), применительно к широкому кругу других договоров. Вышеизложенные соображения подразумевают следующий вывод:

*«Проект вывода 8. Формы и ценность последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 b)»*

Последующая практика по смыслу статьи 31, пункт 3 *b*), может принимать различные формы и должна отражать общее понимание участниками толкования договора. Ее ценность в качестве средства толкования зависит от того, насколько она является согласованной, общей и последовательной».

“Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, p. 46, и Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 218 and 239–241.

<sup>109</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 222 англ. текста, пункт 15) комментария к проектам статей 27 и 28; Cot, “La conduite subéquente des parties à un traité”, p. 652.

## ГЛАВА IV

### Соглашение участников относительно толкования договора

49. Элементом, разграничивающим последующие соглашения и последующую практику в качестве аутентичного средства толкования согласно статье 31, пункт 3 *a*) и *b*), и другую последующую практику в качестве дополнительного средства толкования согласно статье 32<sup>110</sup>, является «соглашение» участников относительно толкования соответствующего договора. Именно соглашение участников придает средствам толкования согласно статье 31, пункт 3<sup>111</sup>, их конкретную функцию и ценность для интерактивного процесса толкования в соответствии с общим правилом толкования статьи 31<sup>112</sup>.

#### А. Наличие и сфера соглашения

50. Противоположные позиции, излагаемые различными участниками договора, исключают наличие соглашения. Это было подтверждено, в частности, Арбитражным трибуналом в связи с делом *Внешние долги Германии*, который постановил, что сообщения

различных управляющих учреждений не позволяют говорить о наличии «подразумеваемого последующего понимания», поскольку одно из учреждений — Английский банк — изложило иную позицию<sup>113</sup>.

51. Вместе с тем отсутствие соглашения проявляется только в течение периода сохранения различных точек зрения. Необходимо четко прояснить сферу и возможности достижения любого соглашения (см. главу I выше)<sup>114</sup>. Факт, что государства осуществляют договор по-разному, сам по себе не позволяет сделать вывод о правовой релевантности этих различий. Такие различия могут отражать разногласия в отношении (одного) правильного толкования, а также общее понимание того, что договор обеспечивает

<sup>110</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 34, пункт 16) комментария к проекту вывода 4.

<sup>111</sup> См. Crawford, “A consensualist interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, p. 30: «Нет оснований полагать, что слово “соглашение” в пункте *b*) имеет смысл, отличающийся от его смысла в пункте *a*)».

<sup>112</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 22–23, пункты 12)–15) комментария к проекту вывода 1; статью 31 следует «воспринимать в целом», и в ней процесс толкования определяется как «единая комбинированная операция», «не создающая правовую иерархию норм для толкования договоров», *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 219 англ. текста, пункты 8) и 9) комментария к проектам статей 27 и 28.

<sup>113</sup> *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, Decision of 16 May 1980, UNRIAA, vol. XIX, part III, p. 67, at pp. 103–104, para. 31; см. также WTO, Appellate Body Report, *European Communities—Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R and WT/DS68/AB/R, adopted 22 June 1998, pp. 36–37, para. 95; *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, Decision of 14 February 1985, UNRIAA, vol. XIX, part IV, p. 149, at p. 175, para. 66; *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd and others*, Judgment, 5 July 1994, *European Court Reports 1994*, p. I-03087, Case C-432/92, paras. 50–51.

<sup>114</sup> *Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, pp. 40–41, para. 99.

определенные возможности для его осуществления по своему усмотрению<sup>115</sup>. Договоры, в которых находят свое отражение соображения человечности или другие общечеловеческие интересы, как, например, договоры в области прав человека или Конвенция о статусе беженцев, предположительно направлены на единообразное толкование, поскольку в них устанавливаются минимальные обязательства, а для государств не предусматривается возможности их осуществления по своему усмотрению.

52. Хотя двусмысленное поведение одного или нескольких участников, как правило, не позволяет установить наличие соглашения<sup>116</sup>, международные суды в некоторых случаях признавали факт достижения соглашения относительно толкования по смыслу статьи 31, пункт 3, несмотря на наличие определенных признаков, свидетельствующих об обратном. Так, не все элементы поведения государства, не вписывающиеся в общую картину, придают поведению этого государства такую двусмысленность, которая не позволяет установить наличие соглашения. Например, в деле *Канал Бигль* Арбитражный суд определил, что тот факт, что участники провели переговоры и что впоследствии между ними выявились разногласия в отношении толкования договора, не всегда является достаточным основанием для вынесения определения о том, что такое отсутствие соглашения имеет необратимый характер:

Таким же образом переговоры, проводимые для достижения урегулирования и заканчивающиеся неудачей, вряд ли могут иметь необратимый эффект. В лучшем случае это может временно предотвращать пробные шаги участников в поддержку их вариантов толкования договора, поскольку такие шаги предпринимались в ходе переговоров. Рассмотрение вопроса не может быть вынесено на более высокий уровень<sup>117</sup>.

В связи с тем же делом Арбитражный суд вынес следующее определение:

Собственно опубликование нескольких карт сомнительного содержания и ценности (как это уже продемонстрировал Суд) не может, даже если это отражает официальную позицию Аргентины, помешать или воспрепятствовать Чили совершить действия, которые, в свою очередь, продемонстрируют ее позицию в отношении ее прав по договору 1881 года; факт такой публикации не может также убедить Аргентину в том, что ей не следует больше реагировать на эти действия, если она считает их противоречащими договору<sup>118</sup>.

53. Аналогичным образом в связи с делом *Лоизиду против Турции* Европейский суд по правам человека вынес определение, согласно которому сфера ограничений, которые участники могут устанавливать в отношении признания компетенции Комиссии и Суда, «была подтверждена последующей практикой Договаривающихся сторон», т. е. «существованием практики, свидетельствующей о практически

общем согласии среди Договаривающихся сторон в отношении того, что статьи 25 и 46... Конвенции не позволяют устанавливать территориальные или существенные ограничения»<sup>119</sup>. Суд пояснил, что такая государственная практика имеет «единообразный и последовательный характер», несмотря на то что он одновременно признал, что оба государства, возможно, являются исключениями<sup>120</sup>. Это решение заслуживает особого упоминания, поскольку Суд, вопреки своей принятой практике изложения доводов, явно выраженным образом упомянул и применил статью 31, пункт 3 *b)*<sup>121</sup>. Это решение предполагает некоторую гибкость при толковании того, было ли между участниками достигнуто соглашение в отношении определенного толкования<sup>122</sup>.

### В. «Соглашение» по смыслу статьи 31, пункт 3, может быть неофициальным

54. Термин «соглашение» в Венской конвенции 1969 года<sup>123</sup> и его использование в обычном международном праве договоров не подразумевают какой-либо особой степени формальности<sup>124</sup>. Поэтому в Венской конвенции также не установлено каких-либо требований к форме «соглашения» согласно статье 31, пункт 3 *a)* и *b)*<sup>125</sup>. При этом Комиссия отметила, что для проведения различия между последующим соглашением, по смыслу статьи 31, пункт 3 *a)*, и последующей практикой, которая «устанавливает соглашение» участников относительно его толкования по смыслу статьи 31, пункт 3 *b)*, первое предполагает наличие «одного общего действия» сторон<sup>126</sup>. Помимо этой

<sup>119</sup> *Loizidou v. Turkey, Preliminary Objections, Series A, no. 310, p. 28, paras. 79–80.*

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 29, para. 82.

<sup>121</sup> Это дело касалось не толкования конкретного права человека, а, скорее, вопроса о том, обязано ли государство вообще соблюдать Конвенцию.

<sup>122</sup> Более ограничительная практика Органа по урегулированию споров ВТО свидетельствует о том, что различные стороны могут толковать вопросы по-разному, см. WTO, Panel Report, *United States—Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”)*, WT/DS294/R, adopted 9 May 2006, para. 7.218: «... даже если окончательно установлено, что все 76 членов, упомянутых Европейскими сообществами, применяли [определенную] практику... это лишь означает, что значительное число членов ВТО придерживались подхода, который отличался от подхода Соединенных Штатов... Мы отмечаем, что одна треть участников данного разбирательства представила доводы, оспаривающие точку зрения Европейских сообществ».

<sup>123</sup> См. статью 2, пункт 1 *a)*; статью 3; статью 24, пункт 2; статьи 39–41; статью 58; и статью 60.

<sup>124</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 31–32, пункт 5) комментария к проекту вывода 4; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p. 45; Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, p. 47.

<sup>125</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 31–32, пункт 5) комментария к проекту вывода 4; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 208–209 and 216–220; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213; Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, p. 554, para. 75.

<sup>126</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 33, пункт 10) комментария к проекту вывода 4; «одно общее действие» может также заключаться в обмене письмами, см. *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 June 1990, ILR, vol. 105, p. 1, at pp. 54–56; Fox, “Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case”, p. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 220–221.

<sup>115</sup> См. главу II выше.

<sup>116</sup> *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Decision of 14 January 2003, UNRIAA, vol. XXV, part IV, p. 231, at p. 258, para. 70; Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, p. 16.

<sup>117</sup> *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, UNRIAA, vol. XXI, part II, p. 53, at p. 188, para. 171.

<sup>118</sup> *Ibid.*

минимальной степени формальности в отношении конкретных средств толкования согласно статье 31, пункт 3 а), любое соглашение между участниками, которое можно установить, является достаточным. Никаких требований о публикации или регистрации такого соглашения в соответствии со Статьей 102 Устава Организации Объединенных Наций не установлено<sup>127</sup>.

### С. Осведомленность участников о соглашении между ними

55. Для установления соглашения согласно статье 31, пункт 3, недостаточно, чтобы позиции участников относительно толкования или применения договора совпадали; необходимо, чтобы участники также осознавали, что эти позиции имеют общий характер. Так, в связи с делом *Остров Касикили/Седуду* Международный Суд в отношении практики, требуемой в соответствии со статьей 31, пункт 3 б), вынес определение о том, что «власти полностью осознавали и признавали это в качестве подтверждения границ по Договору»<sup>128</sup>. Действительно, только знание позиции других участников в отношении толкования договора служит основанием для квалификации соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3, в качестве «аутентичного» средства толкования<sup>129</sup>. При этом, однако, возможно, что знание позиции другого участника или участников имеет конструктивный характер, особенно в случае договоров, которые осуществляются на национальном уровне при отсутствии общего надзорного механизма.

### Д. Соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3, необязательно должно иметь обязательную юридическую силу

56. Соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 а), необязательно должно иметь обязательную юридическую силу<sup>130</sup>. То же самое относится, а fortiori, к последующей практике согласно статье 31, пункт 3 б). Это подтверждается тем, что Комиссия в своих заключительных статьях о праве договоров использовала выражение «любая последующая практика,

<sup>127</sup> Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, pp. 789–790.

<sup>128</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1094, para. 74 («оккупация острова племенем масубия») and pp. 1077–1078, para. 55 («доклад Исона», который, «как представляется, так и не был доведен до сведения Германии»); Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, p. 560, para. 88.

<sup>129</sup> В этом отношении установление последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 б), может быть более жестким требованием по сравнению с тем, что требуется в соответствии с международным обычным правом; однако см. Voisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’...”, pp. 53–55.

<sup>130</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 32, пункт 6) комментарий к проекту вывода 4; это означает, что последующее соглашение согласно статье 31, пункт 3 а), необязательно имеет такой же правовой эффект, что и договор, к которому оно относится; в связи с делом *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1091, para. 68, Суд дал понять, что, по мнению одной из сторон, некоторые формы практического сотрудничества не имеют правового отношения к цели рассматриваемого вопроса о границе и поэтому она не согласна с противоположной позицией другой стороны.

устанавливающая понимание\* участников»<sup>131</sup>. На Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров выражение «понимание» было заменено выражением «соглашение» не по причинам существа, а по причинам сугубо «редакционного характера» с тем, чтобы подчеркнуть, что понимание участников означает их «общее» понимание<sup>132</sup>. Выражение «понимание» предполагает, что термин «соглашение» в статье 31, пункт 3<sup>133</sup>, не требует, чтобы участники тем самым принимали на себя или создавали какое-либо правовое обязательство, существующее в дополнение к договору или независимо от него<sup>134</sup>. Достаточно, чтобы участники, посредством последующего соглашения или последующей практики согласно статье 31, пункт 3, придали определенное значение договору<sup>135</sup> или, другими словами, приняли его некоторое «понимание»<sup>136</sup>. Последующие соглашения и последующая практика согласно статье 31, пункт 3 а) и б), даже если они сами по себе не имеют обязательной юридической силы, могут тем не менее в качестве средств толкования приводить к возникновению правовых последствий в рамках процесса толкования согласно статье 31<sup>137</sup>.

57. Это понимание термина «соглашение» в статье 31, пункт 3, было подтверждено практикой международных судов и трибуналов. Международные суды и трибуналы не требовали, чтобы «соглашение» по смыслу статьи 31, пункт 3, отражало намерение участников создать новые или отдельные обязательства, имеющие обязательную юридическую силу

<sup>131</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 222 англ. текста, пункт 15) комментарий к проектам статей 27 и 28.

<sup>132</sup> *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), 31st meeting, p. 169, para. 60; Gautier, “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”.

<sup>133</sup> Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, p. 30: “There is no reason to think that the word ‘agreement’ in para. (b) has any different meaning as compared to the meaning it has in para. (a)”; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, pp. 169–171.

<sup>134</sup> *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, UNRIAA, vol. XXI, part II, p. 53, at p. 187, para. 169; *Case concerning... the re-evaluation of the German Mark...*, Decision of 16 May 1980 (см. сноски 113 выше), para. 31; Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht...*, pp. 190–195; Kolb, “La modification d’un traité par la pratique sub-séquent des parties”, pp. 25–26; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, pp. 169–171.

<sup>135</sup> Эта терминология соответствует комментарию к руководящему положению 1.2 (Определение заявлений о толковании), содержащемуся в подготовленном Комиссией Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам (см. *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 60–61, пункты 18)–19) комментарий к руководящему положению 1.2).

<sup>136</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 222 англ. текста, пункты 15)–16) комментарий к проектам статей 27 и 28 (термин «понимание» используется в контексте как будущей статьи 31, пункт 3 а), так и будущей статьи 31, пункт 3 б)).

<sup>137</sup> *United States–United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges, Award on the First Question*, 30 November 1992, UNRIAA, vol. XXIV, p. 3, at p. 131, para. 6.7; Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, pp. 787 and 807; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, p. 173; Hafner, “Subsequent agreements and practice...”; Gautier, “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”, p. 434.

(например, говорилось о «поведении, подразумевающим наличие между участниками соглашения относительно его толкования»<sup>138</sup>, или о том, что «поведение... должно подразумевать наличие соглашения относительно толкования соответствующего положения»<sup>139</sup>, или о «практике, [которая] отражает соглашение относительно толкования»<sup>140</sup>, или о том, что «государственная практика свидетельствовала об отсутствии каких-либо подозрений у Договаривающихся сторон»<sup>141</sup>. Также меморандумы о взаимопонимании иногда признавались в качестве «потенциально важного подспорья для толкования», но не «источника независимых юридических прав и обязанностей»<sup>142</sup>. Действительно, если стороны заключают юридически обязательное соглашение о толковании договора, возникает вопрос о том, чем является данное соглашение – лишь одним из средств толкования<sup>143</sup> или же документом, имеющим преимущественную силу над договором, как, например, поправки к договорам согласно статье 39 (см. главу VI, раздел С.2, на стр. 177 ниже).

#### Е. Молчание как возможный элемент соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3

58. Хотя «соглашение» по смыслу статьи 31, пункт 3, может быть неофициальным и необязательно иметь обязательную юридическую силу, оно должно тем не менее быть идентифицируемым для «установления». Это требование сформулировано явно выраженным образом только в отношении последующей практики согласно статье 31, пункт 3 *b*), но оно также является подразумеваемым условием для «последующего соглашения» согласно статье 31, пункт 3 *a*), которое должно быть отражено в «одном общем действии»<sup>144</sup>. Поэтому простое молчание участников не может означать «последующего соглашения» по смыслу статьи 31, пункт 3 *a*).

59. С другой стороны, Комиссия признала, что «соглашение», являющееся результатом последующей

практики по смыслу статьи 31, пункт 3 *b*), может отчасти являться следствием молчания или бездействия. Когда Комиссия разъясняла причины, по которым она использовала выражение «понимание участников» в проекте статьи 27, пункт 3 *b*) (которое впоследствии стало «соглашением» в статье 31, пункт 3 *b*)), а не выражение «понимание всех участников», Комиссия заявила следующее:

Она сочла, что выражение «понимание участников» обязательно означает «участников в целом». Она опустила слово «всех» просто для того, чтобы избежать любого возможного неправильного понимания, согласно которому каждый участник должен в индивидуальном порядке осуществлять практику, тогда как то, что оно приняло эту практику, является достаточным<sup>145</sup>.

60. Таким образом, Комиссия предположила, что не все участники должны были осуществлять конкретную практику, но что такая практика могла, в случае ее «принятия» теми участниками, которые не осуществляли такую практику, позволить сформировать достаточное согласие относительно толкования договора<sup>146</sup>. Решения международных судов и трибуналов, принятые до и после работы Комиссии, подтверждают, что такое принятие может быть обеспечено вследствие молчания или бездействия.

#### 1. ПРАКТИКА МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ И ТРИБУНАЛОВ

61. Международный Суд признал возможность выражения согласия относительно толкования посредством умолчания или бездействия, заявив в *Деле, касающемся Храма Прэахвихеа* о том, что «когда ясно, что сложившиеся обстоятельства требовали принятия определенных мер реагирования в течение разумного периода времени», то следует считать, что государство, столкнувшееся с некоторым последующим поведением другого участника, «молчаливо согласилось с ним»<sup>147</sup>.

62. Дело *Храм* касалось практики, которая, возможно, подразумевала не только простое толкование договора, но и, вероятно, даже изменение договора о границе. Однако, невзирая на то, что договор может быть изменен вследствие последующей практики участников (см. главу VI ниже), общее предложение Суда относительно роли умолчания в целях установления соглашения относительно толкования договора в силу последующей практики было подтверждено последующими решениями<sup>148</sup>, а также в целом

<sup>138</sup> WTO, Appellate Body Report, *Japan—Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, sect. E, p. 13.

<sup>139</sup> WTO, Panel Reports, *European Communities and its Member States—Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, WT/DS375/R, WT/DS376/R and WT/DS377/R, adopted 21 September 2010, para. 7.558.

<sup>140</sup> *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), Interlocutory Award, *Iran—United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38 (2004–2009), p. 77, at p. 119, para. 116.

<sup>141</sup> *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII, para. 62.

<sup>142</sup> *United States—United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (см. сноску 137 выше), p. 131, para. 6.7; см. также *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, Decision of 24 May 2005, UNRIAA, vol. XXVII, part II, p. 35, at p. 98, para. 157.

<sup>143</sup> Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, pp. 31–33; см., например, *United States—United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (см. сноску 137 выше), p. 131, para. 6.8.

<sup>144</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 33, пункт 10) комментария к проекту вывода 4.

<sup>145</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 222 англ. текста, пункт 15) комментария к проектам статей 27 и 28.

<sup>146</sup> WTO, Appellate Body Report, *European Communities—Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adopted 27 September 2005, p. 101, para. 259.

<sup>147</sup> *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C.J. Reports 1962, p. 6, at p. 23.

<sup>148</sup> См. также *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 815, para. 30; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392, at p. 410, para. 39; *Prosecutor v. Furundžija*, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, Judgment, 10 December 1998, IT-95-17/1, para. 179; *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, ECHR 2010-I, p. 125, para. 285; с осторожностью: WTO, Appellate Body Report, *European Communities—Customs*

юристами-теоретиками<sup>149</sup>. «Обстоятельства», которые «потребуется принятия определенных мер реагирования», включают особые условия, в которых государства-участники взаимодействуют друг с другом в связи с договором<sup>150</sup>.

63. Возможное значение молчания для установления соглашения относительно толкования было разъяснено арбитражным судом в связи с делом *Канал Бигль*<sup>151</sup>. В этом деле Суд рассматривал утверждение Аргентины о том, что юрисдикционные акты Чили в отношении некоторых островов не могут считаться релевантными последующим поведением, поскольку Аргентина не отреагировала на эти акты. Вместе с тем Суд вынес следующее определение:

В положениях Венской конвенции не указываются возможные способы проявления соглашения. В контексте настоящего дела юрисдикционные акты не были направлены на установление источника права собственности независимо от условий договора; к тому же нельзя считать, что они противоречат этим положениям в том виде, как их понимает Чили. Имеющиеся данные подтверждают точку зрения о том, что они имели публичный характер и были хорошо известны Аргентине и что они могли основываться только на положениях Договора. При таких обстоятельствах молчание Аргентины позволяет сделать вывод о том, что эти акты имели своей целью подтвердить толкование смысла Договора независимо от самих юрисдикционных актов<sup>152</sup>.

64. Смысл молчания также зависит от правовой ситуации, к которой относится последующая практика другого участника, и соответствующего выраженного требования. Так, в деле *Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией* Суд вынес следующее определение:

Некоторые из этих видов деятельности – организация здравоохранения и образования, правоохранительная деятельность и отправление правосудия – можно, как правило, рассматривать в качестве суверенных актов. При этом Суд отмечает, что поскольку у Камеруна ранее имелось право собственности в этой области, то соответствующая правовая задача заключается в определении того, можно ли в данном случае говорить о доказанном молчаливом согласии Камеруна на передачу своего права собственности Нигерии<sup>153</sup>.

*Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R and WT/DS286/AB/R, adopted 27 September 2005, p. 105, para. 272; см. также в ограниченном смысле *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation, Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2, 1984, Award No. 30-16-3, p. 141, at p. 144; *Case concerning... the re-evaluation of the German Mark...*, Decision of 16 May 1980 (см. сноску 113 выше), para. 31.

<sup>149</sup> Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, pp. 134–141; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p. 49; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 236; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 431, para. 22; Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, pp. 557–558 and 559, paras. 83 and 86.

<sup>150</sup> Например, при работе в рамках международной организации, см. *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment of 5 December 2011, I.C.J. Reports 2011, p. 644, at pp. 675–676, paras. 99–101; Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, p. 136.

<sup>151</sup> *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, UNRIAA, vol. XXI, part II, p. 53.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 187, para. 169 (a).

<sup>153</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303, at p. 353, para. 67.

65. Это постановление предполагает, что в случаях, касающихся договоров об установлении делимитированной границы, сложившиеся условия потребуют принятия мер реагирования только в весьма исключительных обстоятельствах. В таких ситуациях, как представляется, существует обоснованная презумпция в отношении того, что молчание не означает признания практики<sup>154</sup>. Фактически был задан вопрос о том, является ли релевантным определение Международного Суда по делу *Храм Прэахвихеа*, согласно которому конкретные обстоятельства этого дела не требуют мер реагирования со стороны Таиланда<sup>155</sup>. Однако этот аспект не ставит под сомнение общий стандарт, установленный Судом в отношении релевантности молчания.

## 2. СООБРАЖЕНИЯ ОБЩЕГО ХАРАКТЕРА

66. Хотя правильное применение общего правового стандарта о релевантности молчания для

<sup>154</sup> *Ibid.*, at p. 351, para. 64: «Суд, однако, отмечает, что теперь, когда он вынес свои определения о том, что граница в озере Чад была делимитирована... это означает, что любые действия Нигерии, по сути, должны квалифицироваться с точки зрения их правовых последствий как действия *contra legem*»; *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 554, at pp. 586–587, para. 63: «Однако сразу же следует в общем смысле описать ту правовую связь, которая существует между такими актами и правами собственности, на которых основывается применение принципа *uti possidetis*. Для этой цели следует провести следующее различие[:]:... [в] тех случаях, когда акт не соответствует закону, то есть территория, являющаяся объектом спора, фактически находится под управлением государства, иного, чем государство, обладающее правом собственности, предпочтение должно отдаваться обладателю этого права. Если деятельность не соответствует любому праву собственности, то это всегда следует принимать во внимание. И наконец, имеются случаи, когда в праве собственности не оговорено территориальное пространство, на которое оно распространяется. При этом деятельность может играть существенно важную роль в демонстрации того, каким образом право собственности толкуется на практике»; *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, Decision of 31 July 1989, UNRIAA, vol. XX, part II, p. 119, at p. 137, para. 70 (a) (dissenting opinion of Mr. Mohammed Bedjaoui): «При этом я не могу согласиться с особым мнением судьи Аго по делу *Continental Shelf 1982* года между Тунисом и Ливией, который счел, что постановления, принятые правительством Италии 16 апреля 1919 года в Триполитании и Киренаике, *делимитировали* морскую границу между Тунисом и Ливией просто потому, что Тунис не высказал возражений. В тех случаях, когда вопрос касается границы (морской или сухопутной) и границы, которая официально признана в качестве таковой, требования обязательно должны быть более жесткими в силу политического значения процесса. Во всяком случае, установление границы должно быть результатом соглашения и не основываться на хрупком элементе отсутствия возражений со стороны одного из участников».

<sup>155</sup> См. *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C.J. Reports 1962, p. 6, at p. 128 (dissenting opinion of Sir Percy Spender): «При определении того, какие выводы можно или следует сделать из молчания Таиланда или отсутствия протестов в стране, необходимо, по моему мнению, обратиться к тому периоду времени, когда произошли соответствующие события, району мира, в котором они имели место, общим условиям, существовавшим в Азии в этот период, политической и прочей деятельности западных стран в Азии в то время и тому факту, что из двух соответствующих государств одно было азиатским, а другое – европейским. По моему мнению, было бы несправедливо применять по отношению к поведению Сиам в этот период объективные стандарты, сопоставимые со стандартами, которые в разумном плане можно было бы применять сегодня или в то время по отношению к высокоразвитым европейским государствам»; см. также Chan, “Acquiescence/estoppel in international boundaries: *Temple of Preah Vihear* revisited”, p. 439; Kelly, “The *Temple Case* in historical perspective”, p. 471.

установления соглашения относительно толкования зависит в значительной степени от обстоятельств конкретного дела, некоторые общие критерии можно вывести из решений международных судов и трибуналов. Они показывают, что признание в результате молчания или бездействия, создающее необходимое общее понимание, обеспечивается непросто, даже за пределами сферы договоров об установлении границы.

67. Последующая практика одного участника, которая по-прежнему не известна другому участнику, не может служить основой для общего понимания вследствие молчания этого другого участника (см. раздел С выше). Вопрос, однако, заключается в том, при каких обстоятельствах можно ожидать, что другое государство примет во внимание и отреагирует на поведение, о котором оно не было уведомлено, но о котором ему тем не менее каким-то образом известно, в частности потому, что оно действует в общественной сфере. Например, внутренние парламентские документы и протоколы являются, как правило, открытыми, однако в большинстве случаев они не препровождаются другим участникам договора. Международные суды и трибуналы неохотно соглашались признавать в качестве последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 b), парламентские протоколы или судебные решения, на которые другие участники договора должны реагировать, даже если такие протоколы или судебные решения были доведены до их сведения по другим каналам, в том числе через их собственную дипломатическую службу<sup>156</sup>.

68. Даже в тех случаях, когда участник своим поведением выражает определенную позицию по отношению к другому участнику (или участникам) относительно толкования договора, это не всегда требует принятия мер реагирования со стороны другого участника или участников. В связи с делом *Остров Касикили/Седуду* Международный Суд постановил, что государство, не отреагировавшее на выводы совместной комиссии экспертов, которой участники поручили определить конкретную фактическую ситуацию в отношении оспариваемого вопроса, не обеспечило таким образом основание для вывода о том, что в отношении спора было достигнуто соглашение<sup>157</sup>. Это объясняется тем, что стороны в этом конкретном деле рассматривали работу экспертов как просто подготовительный шаг к отдельному решению, которое должно было быть выработано впоследствии на политическом уровне. На более общем уровне Апелляционный орган ВТО вынес определение о том, что

в конкретных ситуациях «отсутствие реакции» со стороны какого-либо участника договора или его молчание могут, с учетом сопутствующих обстоятельств, восприниматься как признание практики другими участниками договора. Такие ситуации могут наблюдаться тогда, когда участник, который не осуществлял

<sup>156</sup> *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 625, at pp. 650–651, para. 48; WTO, Appellate Body Report, *European Communities—Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts* (см. сноску 148 выше), pp. 129–130, para. 334 («простой доступ к опубликованному решению не может быть равнозначен признанию»).

<sup>157</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at pp. 1089–1091, paras. 65–68.

практику, узнает или информируется о практике других участников (например, посредством уведомления или в связи с участием в форуме, на котором она обсуждается), но не реагирует на нее<sup>158</sup>.

69. Этот стандарт с его акцентом на «уведомление или... участие в форуме» полезен в качестве общего руководящего принципа. Однако условия для релевантности молчания могут варьироваться в зависимости от различных договоров<sup>159</sup>. Европейский суд по правам человека, в частности, часто использует последующую практику при вынесении определений, касающихся «консенсуса», «широкого большинства», «значительного большинства», «общепризнанных правил» или «особой тенденции»<sup>160</sup>, и не стремится поставить такую практику под условие наличия соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3 b). Это может пояснить причины, по которым Европейский суд по правам человека, в отличие от Международного Суда, практически никогда открыто не рассматривал роль молчания или молчаливого согласия некоторых государств-участников в целях определения релевантности определенной практики для вопроса о толковании.

70. Возможное правовое значение молчания в связи с последующей практикой какого-либо участника договора не ограничивается содействием возможному достижению основополагающего общего соглашения, но может также играть определенную роль для применения правил, не основывающихся на согласии, таких как препятствие или исковая давность<sup>161</sup>.

#### **Г. Последующая практика как показатель наличия соглашения о временном неприменении договора или просто о практической договоренности**

71. Общая последующая практика необязательно указывает на наличие между участниками соглашения о толковании договора, но может также означать наличие между ними соглашения о временном неприменении договора или о каком-либо практическом механизме (*modus vivendi*). Эту точку зрения подтверждают следующие примеры. В статье 7 Женевской конвенции от 22 августа 1864 года об улучшении участи раненых в действующих армиях предусматривается: «Для госпиталей и походных лазаретов... будет принят особый, для всех одинаковый, флаг. ...Он будет белый с изображением красного креста». Во время русско-турецкой войны 1876–1878 годов Османская империя заявила, что в будущем она будет

<sup>158</sup> WTO, Appellate Body Report, *European Communities—Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts* (см. сноску 148 выше), pp. 105–106, para. 272.

<sup>159</sup> Договоры о создании международных организаций будут рассматриваться более конкретно на более позднем этапе работы над этой темой.

<sup>160</sup> *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, ECHR 2010-I, p. 125, para. 285; *Jorgic v. Germany*, no. 74613/01, ECHR 2007-III, p. 288, para. 69; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, ECHR 2008-V, p. 418, para. 52; *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*, 30 June 1993, no. 16130/90, Series A, no. 264, p. 15, para. 35; *A. v. the United Kingdom*, no. 35373/97, ECHR 2002-X, p. 144, para. 83; *Mazurek v. France*, no. 34406/97, ECHR 2000-II, pp. 38–39, para. 52.

<sup>161</sup> *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962, p. 151, at pp. 190–192 (separate opinion of Sir Percy Spender).



использовать красный полумесяц на белом поле для обозначения своих походных лазаретов, уважая по-прежнему знак красного креста, обеспечивающий защиту госпиталей противника, и что отличительный знак Конвенции «до сих пор не позволял Турции пользоваться своими правами, гарантированными Конвенцией, поскольку оскорблял чувства солдат-мусульман»<sup>162</sup>. Такое заявление послужило причиной для переписки между Османской империей, Швейцарией (в качестве депозитария) и другими государствами-участниками, в результате которой знак красного полумесяца был принят только временно до конца уже имевшего место конфликта<sup>163</sup>. На Гаагских мирных конференциях 1899 и 1907 годов и в ходе Женевской конференции по пересмотру Конвенции 1906 года Османская империя, Персия и Сиам безуспешно добивались включения в Конвенцию красного полумесяца, красного льва, солнца и красного пламени<sup>164</sup>. Вместе с тем Османская империя и Персия, по крайней мере, добились признания оговорок, которые были ими сформулированы с этой целью в 1906 году<sup>165</sup>. И только в связи с пересмотром Женевских конвенций в 1929 году после того, как Турция, Персия и Египет заявили, что использование других эмблем стало свершившимся фактом и что эти эмблемы использовались на практике, не вызывая никаких возражений<sup>166</sup>, красный полумесяц, красный лев и солнце были наконец признаны в качестве особого знака в статье 19, пункт 2, Женевской конвенции 1929 года об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях. Однако это признание – сначала в результате признания оговорок Османской империи и Персии в 1906 году и затем в статье 19, пункт 2, Женевской конвенции 1929 года – не означает, что участники согласились с тем, что Женевская конвенция от 22 августа 1864 года об улучшении участи раненых в действующих армиях была изменена до 1906 года вследствие последующей практики, которая не вызывала возражений. До 1906 года, скорее, считалось, что практика, применявшаяся Османской империей и Персией, не охватывается Конвенцией 1864 года, но она признавалась в качестве временной и исключительной меры, в связи с чем общее обязательство по договору осталось неизменным.

72. Участники могут также впоследствии договориться, явно выраженным образом или в рамках своего поведения, о том, чтобы оставить вопрос о правильном толковании договора открытым и создать практический механизм (*modus vivendi*), в отношении которого могут высказать возражения судебные или квазисудебные инстанции или другие

<sup>162</sup> *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, No. 29, January 1877, pp. 35–37, цитируется в Bugnion, *Red Cross, Red Crescent, Red Crystal*, p. 9, footnote 16.

<sup>163</sup> *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, No. 31, July 1877, p. 89, cited in Bugnion, *Red Cross, Red Crescent, Red Crystal*, p. 9, footnote 17. См. также Bugnion, “The emblem of the Red Cross: a brief history”.

<sup>164</sup> Bugnion, *Red Cross, Red Crescent, Red Crystal*, p. 11.

<sup>165</sup> В их число вошел Египет в результате присоединения к Конвенции в 1923 году (см. *ibid.*, p. 12).

<sup>166</sup> *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1929*, pp. 248–49, цитируется в Bugnion, *Towards a Comprehensive Solution to the Question of the Emblem*, p. 13, footnote 21.

государства-участники<sup>167</sup>. Одним из примеров такого практического механизма является Меморандум о договоренности между Министерством транспорта Соединенных Штатов Америки и Министерством связи и транспорта Мексиканских Соединенных Штатов о международных трансграничных перевозках от 6 июля 2011 года<sup>168</sup>. В Меморандуме о договоренности не говорится о третьем участнике Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА) – Канаде – и указывается, что «он не наносит ущерба правам и обязанностям Соединенных Штатов Америки и Мексики по НАФТА»<sup>169</sup>. Эти обстоятельства подразумевают, что Меморандум о договоренности представляет собой не соглашение о толковании НАФТА по смыслу статьи 31, пункт 3 а) или б), а, скорее, практическую договоренность, в отношении которой могут высказать возражения другие участники или судебные или квазисудебные инстанции.

### Г. Изменение или прекращение действия соглашения о толковании согласно статье 31, пункт 3 а) или б)

73. После заключения соглашения между участниками согласно статье 31, пункт 3 а) и б), его действие в конечном итоге может завершиться. Одна возможность заключается в том, что участники заменяют его другим соглашением о толковании договора с иной сферой действия и содержанием. В этом случае новое соглашение заменяет собой предыдущее соглашение в качестве аутентичного средства толкования начиная с даты его вступления в силу, по крайней мере на определенный период времени в будущем<sup>170</sup>.

74. Также возможны случаи, когда между участниками возникают разногласия относительно толкования договора после достижения ими последующего соглашения относительно такого толкования. Однако такие разногласия, как правило, не приводят к замене первоначального последующего соглашения, поскольку принцип добросовестности не позволяет участнику просто дезавуировать законные ожидания, возникшие в связи с общим толкованием<sup>171</sup>. С другой стороны, четко выраженное дезавуирование одним участником ранее согласованной последующей практики «значительно снижает значимость практики после этой

<sup>167</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at pp. 234–235, para. 40; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at pp. 65–66, paras. 138–140; Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, p. 32.

<sup>168</sup> Crook, “Contemporary practice of the United States”, pp. 809–812; см. также Mexico, *Diario Oficial de la Federación* (7 July 2011), “Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América”.

<sup>169</sup> Статья 2, пункт 1; см. также Crook, “Contemporary practice of the United States”, p. 811.

<sup>170</sup> Hafner, “Subsequent agreements and practice...”, p. 118; это, по мнению Ясина (“L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p. 47), означает, что действие толковательной силы соглашения согласно статье 31, пункт 3, необязательно начинается с даты вступления договора в силу.

<sup>171</sup> Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht...*, p. 151.

даты», не умаляя при этом значения предыдущей общей практики<sup>172</sup>. Фактическое соглашение участников во время толкования договора, естественно, имеет самое большое значение по смыслу статьи 31, пункт 3<sup>173</sup>.

75. Излагаемые выше соображения позволяют сделать следующий вывод:

*«Проект вывода 9. Соглашение участников относительно толкования договора»*

1. Соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 а) и б), необязательно заключать в какой-либо конкретной форме, и оно необязательно должно иметь обязательную юридическую силу.

<sup>172</sup> *Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 56, para. 142.

<sup>173</sup> Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht...*, pp. 152–153.

2. Для заключения соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3 б), необходимо общее понимание в отношении толкования договора, о котором известно участникам. Количество участников, которые могут активно осуществлять последующую практику для установления соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3 б), может быть различным. Молчание одного или нескольких участников в тех случаях, когда обстоятельства требуют определенной реакции, означает принятие последующей практики.

3. Общее последующее соглашение или практика необязательно свидетельствуют о наличии соглашения между участниками относительно толкования договора, но могут, с другой стороны, указывать на наличие соглашения о временном неприменении договора или создании практического механизма (*modus vivendi*)».

## ГЛАВА V

### Решения, принятые в рамках конференций государств-участников

76. Государства используют конференции государств-участников<sup>174</sup> в качестве одной из форм деятельности для постоянного процесса обзора и осуществления многосторонних договоров<sup>175</sup>.

#### А. Формы конференций государств-участников

77. Вопрос о правовом характере конференций государств-участников является предметом определенных дебатов. По мнению некоторых, конференция государств-участников, «по сути дела, является не более чем дипломатической конференцией государств»<sup>176</sup>. По мнению других обозревателей, они являются автономными, институциональными механизмами<sup>177</sup>. Во всяком случае можно сказать, что конференции государств-участников отражают различные степени институционализации. На одной стороне спектра находятся конференции, являющиеся органами международных организаций (например, Организации по запрещению химического оружия, ВТО и ИКАО), в которых государства-участники

действуют в своем качестве членов этих органов<sup>178</sup>. Такие конференции государств-участников не относятся к сфере настоящего доклада, который не затрагивает последующую практику международных организаций<sup>179</sup>. На другом конце спектра находятся конференции государств-участников, созываемые в соответствии с договорами, которыми предусматривается более или менее периодическое проведение совещаний государств-участников для рассмотрения их действия. Такие конференции по рассмотрению действия служат основой для сотрудничества между государствами-участниками и последующего поведения в отношении договора. Они могут также иметь конкретные задачи в том, что касается внесения поправок и/или адаптации договоров. К примерам этого относятся механизм конференций по рассмотрению действия Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении<sup>180</sup>, Конференция по рассмотрению действия, проводимая в соответствии с положениями Договора о нераспространении ядерного оружия<sup>181</sup>, и

<sup>174</sup> К другим обозначениям относятся совещания участников или ассамблеи государств-участников.

<sup>175</sup> См. Röben, “Conference (meeting) of States parties”, p. 605; Churchill and Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law”, p. 623; Brunnée, “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, p. 1; Wiersema, “The new international law-makers? Conferences of the parties to multilateral environmental agreements”, p. 231; Boisson de Chazournes, “Environmental treaties in time”, p. 293.

<sup>176</sup> Boyle, “Saving the world? Implementation and enforcement of international environmental law through international institutions”, p. 235.

<sup>177</sup> Churchill and Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements...”, p. 623; Sands and Klein, *Bowett’s Law of International Institutions*, p. 115. Термин «институциональный механизм» используется в Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака (стр. 295, часть VIII: Организационные меры и финансовые ресурсы).

<sup>178</sup> Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении; Марракешское соглашение о создании Всемирной торговой организации; и Конвенция о международной гражданской авиации.

<sup>179</sup> Вопрос о международных организациях будет рассматриваться в другом докладе.

<sup>180</sup> В соответствии со статьей XII этого механизма конференция государств-участников Конвенции созывается «для рассмотрения того, как действует Конвенция, чтобы иметь уверенность в том, что цели, изложенные в преамбуле, и положения Конвенции... осуществляются. При таком рассмотрении должны быть приняты во внимание все новые научно-технические достижения, имеющие отношение к Конвенции».

<sup>181</sup> В пункте 3 статьи VIII предусматривается, что через пять лет после его вступления в силу или, если будет принято соответствующее решение, через каждые последующие пять лет созывается конференция «для рассмотрения того, как действует настоящий Договор, чтобы иметь уверенность в том, что цели, изложенные в

конференции государств-участников, созываемые в соответствии с международными договорами в области охраны окружающей среды<sup>182</sup>. Хотя для последних характерна более высокая степень институционализации по сравнению с периодическими конференциями по рассмотрению действия, проводимыми в соответствии с Конвенцией по биологическому оружию и Договором о нераспространении, они не являются ни международными организациями, ни их органами.

78. В целях настоящего доклада нет необходимости рассматривать доктринальные вопросы, касающиеся классификации конференций государств-участников. В последующем изложении конференция государств-участников означает совещание государств-участников, проводимое в соответствии с договором для рассмотрения действия или осуществления договора. Это не включает совещания, на которых государства-участники выступают в качестве членов органа международной организации. Вместе с тем будет упомянуто недавнее решение Международного Суда по делу *Китобойный промысел в Антарктике*<sup>183</sup>, касающееся пограничного случая – Международной китобойной комиссии, учрежденной на основании Международной конвенции по регулированию китобойного промысла<sup>184</sup>.

#### В. Виды актов, принимаемых в рамках конференций государств-участников

79. На конференциях государств-участников принимаются различные акты, правовой характер и последствия которых зависят прежде всего от соответствующего договора. В целях настоящего доклада наиболее важное различие касается мер, которые конференция государств-участников может принимать «для рассмотрения осуществления договора» и применения процедур внесения поправок<sup>185</sup>.

преамбуле, и положения Договора осуществляются». С помощью таких решений государства-участники постатейно рассматривают действие Договора и выработывают выводы и рекомендации относительно последующих действий.

<sup>182</sup> К примерам относятся Конференция участников Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, Конференция сторон, действующая в качестве Совещания сторон Киотского протокола к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, и Конференция договаривающихся сторон Конвенции о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местообитаний водоплавающих птиц.

<sup>183</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226.

<sup>184</sup> Конвенция зачастую квалифицируется как документ об учреждении международной организации, однако это не совсем так, и она наделяет Международную китобойную комиссию чертами, соответствующими настоящему определению конференции государств-участников.

<sup>185</sup> Конвенция о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местообитаний водоплавающих птиц, статья 6, пункт 1 (функции по рассмотрению действия), и статья 10 bis (поправки); Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата, статья 7, пункт 2 (полномочия в отношении рассмотрения действия), и статья 15 (поправки); Киотский протокол к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, статья 13, пункт 4 (полномочия Конференции сторон, действующей в качестве Совещания сторон Киотского протокола, в отношении рассмотрения действия), и статья 20 (процедуры внесения поправок); Конвенция о международной торговле видами дикой фауны

80. Полномочия конференции государств-участников по рассмотрению действия могут быть оговорены в общих или специальных положениях. Статья 7, пункт 2, Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата является типичным положением общего характера:

Конференция Сторон, являющаяся высшим органом настоящей Конвенции, регулярно рассматривает вопрос об осуществлении Конвенции и любых связанных с ней правовых документов, которые могут быть приняты Конференцией Сторон, и выносит, в пределах своих полномочий, решения, необходимые для содействия эффективному осуществлению Конвенции.

81. Такое общее полномочие на рассмотрение действия побудило, например, механизм проведения конференций по рассмотрению действия Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении принять «дополнительные соглашения», касающиеся толкования положений Конвенции<sup>186</sup>. Эти соглашения были одобрены государствами-участниками в рамках конференций по рассмотрению действия на основе консенсуса, и они «затронули все статьи договора для решения конкретных вопросов по мере их возникновения»<sup>187</sup>. Группа имплементационной поддержки Конвенции по биологическому оружию<sup>188</sup> определяет «дополнительное соглашение» как соглашение, которое:

a) интерпретирует, определяет или развивает смысл или объем положения Конвенции; или

b) дает инструкции, ориентиры или рекомендации о том, как следует осуществлять положение<sup>189</sup>.

82. Конкретные полномочия в отношении рассмотрения некоторых положений содержатся в различных договорах и иногда содержат ссылки на «руководящие принципы», которые должны быть разработаны и предложены конференцией государств-участников<sup>190</sup>,

и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, статья XI (рассмотрение действия Конференцией сторон) и статья XVII (процедуры внесения поправок); Договор о нераспространении ядерного оружия; Рамочная конвенция ВОЗ по борьбе против табака, статья 23, пункт 5 (полномочия в отношении рассмотрения действия), статья 28 (поправки) и статья 33 (протоколы).

<sup>186</sup> См. Millett, “The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century”, p. 42.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>188</sup> «Группа имплементационной поддержки» была создана Конференцией государств-участников для оказания Конференции административной поддержки и усиления мер укрепления доверия среди государств-участников (см. Заключительный документ шестой Конференции государств – участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении по рассмотрению действия Конвенции (BWC/CONF.VI/6), стр. 27–28).

<sup>189</sup> См. справочно-информационный документ, представленный Группой имплементационной поддержки, подготовленный для седьмой Конференции государств – участников Конвенции по рассмотрению действия Конвенции и озаглавленный «Дополнительные понимания и соглашения, достигнутые предыдущими обзорными конференциями в отношении каждой статьи Конвенции» (BWC/CONF.VII/INF.5) (обновлен с учетом пониманий и соглашений, достигнутых на Конференции, Женева, 2012 год), раздел I (Введение), пункт 1.

<sup>190</sup> Это особенно относится к статьям 7 и 9 Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака.

а иногда также и положения о том, что конференция государств-участников определит «условия» и «правила»<sup>191</sup>.

83. Существует два типа процедур для внесения поправок: официальная процедура (в большинстве случаев поправки должны быть ратифицированы государствами-участниками в соответствии с их конституционными процедурами), а также процедура молчаливого принятия<sup>192</sup> и «отсутствия возражений»<sup>193</sup>. Официальные процедуры внесения поправок, как правило, применяются в отношении главного текста договоров, тогда как процедуры молчаливого принятия обычно применяются по отношению к приложениям и добавлениям, содержащим перечни веществ, видов или другие элементы, которые необходимо обновлять на регулярной основе. В соответствии с процедурой молчаливого принятия, которую иногда называют также «процедурой молчаливого согласия»<sup>194</sup>, поправки вступают в силу для всех сторон, если они утверждаются квалифицированным большинством (обычно две трети) и если против них не высказали возражения одна или несколько сторон в течение определенного периода времени. Если в течение определенного периода времени высказывается явно выраженное возражение, поправка не вступает в силу для одной или нескольких сторон, высказавших возражение (механизм неучастия).

### С. Последующие соглашения и последующая практика по смыслу статьи 31, пункт 3, могут определяться по итогам работы конференций государств-участников

84. Как правило, конференции по рассмотрению действия осуществляют надзор за функционированием соответствующих договоров в целях обеспечения достижения их цели. Поэтому решения или декларации, принятые в их рамках, играют важную роль в плане адаптации договоров к фактическим событиям или их толкования таким образом, который стороны согласовали в качестве правильного на тот или иной конкретный момент времени. Такие решения и заявления также могут представлять собой или отражать последующие соглашения согласно статье 31, пункт 3 а), посредством которых толкуется основной договор. Так, Сектор Международной морской организации (ИМО) по правовым вопросам по просьбе руководящих органов вынес заключение в связи с решением относительно «интерпретирующей резолюции»:

<sup>191</sup> Поучительным примером в этом отношении является статья 17 Киотского протокола к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, касающаяся торговли выбросами. Использование слова «правила» в этом положении вызвало споры в отношении правового характера деятельности Конференции сторон и того, имеет ли такая деятельность обязательную силу или нет. См. Churchill and Ulfstein, "Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements...", p. 639; Brunnée, "Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements", pp. 110–115.

<sup>192</sup> См. веб-сайт ИМО: [www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Home.aspx](http://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Home.aspx).

<sup>193</sup> См. Brunnée, "Treaty amendments", pp. 354–360.

<sup>194</sup> *Ibid.*

Согласно подпункту а) пункта 3 статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года... последующие соглашения между участниками учитываются при толковании договора. В этой статье не указывается конкретная форма соглашения, содержащего такое толкование. Как представляется, это указывает на то, что если цель толкования является ясной, то оно может принимать различные формы, в том числе форму резолюции, принятой на совещании участников, или даже решения, зафиксированного в кратких отчетах совещания сторон<sup>195</sup>.

85. Ученые также толковали такие решения как решения, воплощающие в себе последующие соглашения относительно применения и толкования положений Договора о нераспространении ядерного оружия<sup>196</sup>, и отмечали, что:

Такие заявления не имеют юридически обязательной силы как таковые, однако они могут иметь юридическую значимость, особенно в качестве одного из источников авторитетных толкований договора<sup>197</sup>.

В аналогичном ключе в отношении Международной конвенции по регулированию китобойного промысла Международный Суд постановил следующее:

В статье VI Конвенции говорится, что «Комиссия может время от времени делать рекомендации одному или всем Договаривающимся Правительствам по любому вопросу, касающемуся китов или китобойного промысла или целей и задач настоящей Конвенции». Однако, когда они принимаются консенсусом или единогласно, они могут быть релевантными для толкования Конвенции или Приложения к ней<sup>198</sup>.

86. Следующие примеры являются свидетельствами в поддержку предположения о том, что решения конференций участников могут воплощать в себе последующие соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3 а).

#### 1. Рамочная Конвенция ВОЗ по борьбе против ТАБАКА

87. Главная функция Конференции сторон Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака заключается в рассмотрении хода осуществления Конвенции и содействии ее эффективному осуществлению<sup>199</sup>. В этом договоре предусматривается, что государства-участники по своему усмотрению могут впоследствии согласовывать руководящие принципы для разъяснения того или иного правила. Это всегда подразумевает толкование договора. Что касается толкований, которые содержатся в руководящих принципах Конференции Сторон, то как таковые они являются «предложениями» и не имеют юридически обязательной силы. Однако они могут также отражать согласованное толкование. Соответственно, Юриконсульт ВОЗ признал (хотя и в чересчур пространной формулировке) следующее:

<sup>195</sup> Пункт 4 повестки дня (Удобрение океана), представленный Секретариатом документ о процедурных требованиях, касающихся решения относительно интерпретирующей резолюции: заключение Сектора ИМО по правовым вопросам (document LC 33/J/6, para. 3).

<sup>196</sup> Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, p. 83; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pp. 213–214.

<sup>197</sup> Carnahan, "Treaty review conferences", p. 229.

<sup>198</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226, at p. 248, para. 46.

<sup>199</sup> Статья 5, пункт 4; статьи 7 и 8; и статья 23, пункт 5.

Решения Конференции Сторон в качестве высшего органа в составе всех Сторон РКБТ, без всякого сомнения, представляют собой «последующее соглашение между сторонами относительно толкования договора», как об этом говорится в статье 31 Венской конвенции<sup>200</sup>.

88. Например, руководящий принцип об осуществлении статьи 14 Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака свидетельствует о том, что Конференция сторон впоследствии конкретно определила значение и сферу охвата нормы и истолковала значение ее терминов. Статья 14, пункт 1, гласит следующее:

Каждая Сторона разрабатывает и распространяет надлежащие, всесторонние и комплексные руководящие принципы, основанные на научных данных и наилучшей практике, с учетом национальных обстоятельств и приоритетов и принимает эффективные меры для содействия прекращению употребления табака и обеспечения адекватного лечения табачной зависимости.

89. В руководящем принципе об осуществлении статьи 14, принятом на четвертой сессии Конференции сторон (2010 год), разъясняется, в частности, что табачная зависимость/аддикция «означает»

совокупность поведенческих, когнитивных и физиологических явлений, которые формируются после неоднократного употребления табака и обычно включают сильное желание употреблять табак, затруднения с контролем за его употреблением, постоянство в употреблении табака, несмотря на вредные последствия, более высокую приоритетность употребления табака, чем других видов деятельности и обязательств, возрастную переносимость и иногда физическое состояние абстиненции<sup>201</sup>.

90. Это определение взято из Международной статистической классификации болезней ВОЗ<sup>202</sup> и свидетельствует о том, что государства – участники Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака одобрили определение этой всемирной организации по вопросам здоровья в качестве толкования статьи 14.

2. Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении

91. Конференция по рассмотрению действия Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении,

<sup>200</sup> См.: Конференция сторон Рамочной конвенции Всемирной организации здравоохранения по борьбе против табака, Межправительственный орган по переговорам в отношении Протокола о незаконной торговле табачными изделиями, «Пересмотренный текст Председателя в отношении протокола о незаконной торговле табачными изделиями и общие прения: юридическая консультация по вопросу о сфере действия протокола», записка Юрисконсульта ВОЗ о сфере действия протокола о незаконной торговле табачными изделиями (WHO, document FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, annex, para. 8). Это было также признано в доктрине, см. Halabi, “The World Health Organization’s Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties”, pp. 14–16.

<sup>201</sup> “Guidelines for implementation of article 14 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control”, в *WHO Framework Convention on Tobacco Control, Guidelines for Implementation—Article 5.3, Article 8, Articles 9 and 10, Article 11, Article 12, Article 13, Article 14* (Geneva, WHO, 2013), p. 118.

<sup>202</sup> *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*, 10th Revision (ICD-10) (Geneva, WHO, 2007).

выполняя свои общие обзорные функции, регулярно достигает «дополнительных пониманий и соглашений», связанных с положениями этой конвенции. Через посредство этих пониманий, а также принятия руководящих принципов относительно их имплементации государства-участники толкуют положения Конвенции, определяя, конкретизируя или иным образом развивая значение или сферу охвата положений. Поэтому «дополнительные понимания и соглашения» могут представлять собой последующие соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3 а). Наглядным является следующий пример: статья I, пункт 1, Конвенции по биологическому оружию предусматривает, что государства-участники обязуются никогда, ни при каких обстоятельствах не разрабатывать, не производить, не накапливать, не приобретать каким-либо иным образом и не сохранять

микробиологические или другие биологические агенты или токсины, каково бы ни было их происхождение или метод производства, таких видов и в таких количествах, которые не имеют назначения для профилактических, защитных или других мирных целей.

На третьей Конференции по рассмотрению действия Конвенции в 1991 году государства-участники конкретно указали на то, что запреты, установленные в настоящем положении, касаются «микробиологических и других биологических агентов или токсинов, которые вредны для растений и животных, а также для человека»<sup>203</sup>.

### 3. МОНРЕАЛЬСКИЙ ПРОТОКОЛ ПО ВЕЩЕСТВАМ, РАЗРУШАЮЩИМ ОЗОНОВЫЙ СЛОЙ

92. Пекинская поправка к статье 4 Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой, стала поводом для дискуссии относительно ее толкования. Конференция сторон признала, что «значение термина “государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола” может быть по-разному истолковано применительно к гидрохлорфторуглеродам сторонами Пекинской поправки». Затем было принято решение, что «в контексте практики применения статьи 4, пункт 9, Протокола установлен консенсус относительно единообразного толкования термина “государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола”, который будет применяться к сторонам Пекинской поправки для целей торговли гидрохлорфторуглеродами согласно статье 4 Протокола»<sup>204</sup>.

<sup>203</sup> Итоговая декларация третьей Конференции участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении по рассмотрению действия Конвенции (BWC/CONF.III/23, часть II), статья I, второй пункт.

<sup>204</sup> Подробную информацию см. в решении XV/3 об обязательстве сторон Пекинской поправки в отношении гидрохлорфторуглеродов в соответствии со статьей 4 Монреальского протокола (Доклад пятнадцатого Совещания Сторон Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой, UNEP/OzL.Pro.15/9, раздел XVIII.A):

«1. [...]»

а) используемый в пункте 9 статьи 4 термин “государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола” не применяется к государствам, действующим в рамках пункта 1 статьи 5 Протокола,

#### 4. КОНВЕНЦИЯ ПО ПРЕДОТВРАЩЕНИЮ ЗАГРЯЗНЕНИЯ МОРЯ СБРОСАМИ ОТХОДОВ И ДРУГИХ МАТЕРИАЛОВ

93. В то время как акты, являющиеся результатом процедуры молчаливого признания (поправка), как таковые не представляют собой последующие соглашения сторон по смыслу статьи 31, пункт 3 а), они могут, помимо своего главного действия согласно договору, при определенных обстоятельствах подразумевать наличие такого последующего соглашения. Один из примеров касается некоторых решений Конференции сторон Конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов. На своем шестнадцатом заседании в 1993 году Консультативное совещание Договаривающихся сторон приняло три поправки к приложению I посредством применения действующей процедуры молчаливого согласия<sup>205</sup>. Как таковые эти поправки не были последующими соглашениями. Однако они также подразумевают широко распространенное толкование самого основного договора<sup>206</sup>. Действительно, эта поправка содержит ссылку на резолюцию и использует в качестве основы резолюцию, принятую на Консультативном совещании, которое было проведено тремя годами ранее и на котором было достигнуто соглашение сторон о том, что «Лондонская конвенция о сбросах является надлежащей структурой для решения вопроса об удалении

(продолжение сноски 204)

до 1 января 2016 года, когда в соответствии с Копенгагенской и Пекинской поправками вступят в силу меры регулирования производства и потребления гидрохлорфторуглеродов для государств, действующих в рамках пункта 1 статьи 5 Протокола;

b) термин “государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола” охватывает все другие государства и региональные организации экономической интеграции, которые не согласились быть связанными положениями Копенгагенской и Пекинской поправок;

c) признавая, однако, практические трудности – с точки зрения сроков, – связанные с принятием упомянутого выше толкования термина “государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола”, пункт 1 b) будет применяться за исключением тех случаев, если такое государство к 31 марта 2004 года:

i) уведомит секретариат о том, что оно намеревается как можно скорее ратифицировать Пекинскую поправку, присоединиться к ней или принять этот документ;

ii) подтвердит, что оно полностью соблюдает положения статей 2, 2А–2G и статьи 4 Протокола с изменениями, внесенными на основе Копенгагенской поправки; и

iii) представит секретариату данные по подпунктам i) и ii), подлежащие обновлению 31 марта 2005 года,

и в этом случае такое государство не будет подпадать под определение термина “государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола” до завершения семнадцатого Совещания Сторон».

<sup>205</sup> Шестнадцатое консультативное совещание договаривающихся сторон, резолюции LC.49 (16), LC.50 (16) и LC.51 (16). Во-первых, было решено дополнить положения о постепенном запрещении сброса промышленных отходов к 31 декабря 1995 года. Во-вторых, было запрещено сжигать на море промышленные отходы и необработанный осадок сточной жидкости. И наконец, было принято решение заменить пункт 6 приложения I о запрещении сброса радиоактивных отходов или других радиоактивных веществ (см. IMO, “Dumping at sea: the evolution of the Convention on the prevention of marine pollution by dumping of wastes and other matter (LC), 1972”).

<sup>206</sup> Утверждалось даже, что эти поправки к приложению I к Конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов «сильно изменяют Конвенцию» (Churchill and Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements...”, p. 638).

низкорadioактивных отходов в находящихся под морским дном хранилищах, доступных со стороны моря»<sup>207</sup>. Отмечалось, что эта резолюция «реально расширяет сферу охвата определения понятия “сброс” по Конвенции посредством констатации того, что этот термин охватывает удаление отходов на морское дно или под него со стороны моря, а не с сухопутной территории посредством прокладки туннелей»<sup>208</sup>. Таким образом, эта поправка подтверждает, что интерпретирующая резолюция содержалась в последующем соглашении относительно толкования договора.

#### 5. ВЫВОД

94. Эти примеры свидетельствуют о том, что решения конференций государств-участников могут при определенных обстоятельствах воплощать последующие соглашения посредством статьи 31, пункт 3 а), и a fortiori последующую практику по смыслу статей 31, пункт 3 b), и 32. Однако такие решения автоматически не представляют собой последующее соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 а), поскольку это всегда необходимо конкретно устанавливать. Так обстоит дело в случае, когда участники намереваются, чтобы их соглашение имело не юридическую, а лишь политическую значимость (см. главу I выше). Такое намерение, в частности, можно установить, анализируя конкретность и четкость выбранных терминов с учетом текста решения Конференции государств-участников в целом, его объекта и цели, а также способа его реализации.

95. Кроме того, нельзя просто говорить о том, что из-за того, что договор не наделяет конференцию государств-участников компетенцией принимать имеющие обязательную силу решения, все решения конференции государств-участников в любом случае не имеют значения с юридической точки зрения и представляют собой лишь политические обязательства<sup>209</sup>. Может быть верно, что сами по себе решения конференции государств-участников часто не преследуют цель заключения последующего соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3 а), либо поскольку они предназначались для того, чтобы быть констатацией толкования договора в первую очередь, либо поскольку они имеют юридические последствия только в сочетании с общей обязанностью сотрудничать согласно договору, в результате чего стороны «обязаны должным образом учитывать» такое решение<sup>210</sup>. Однако такая общая оценка может оправдывать только презумпцию против общей квалификации (принятых консенсусом) решений конференции государств-участников в качестве подразумевающих наличие последующих соглашений по смыслу статьи 31, пункт 3 а). Однако, если стороны в достаточной степени четко указали на то, что решения конференции государств-участников отражают их согласие относительно толкования договора, такая презумпция была бы опровергнута.

<sup>207</sup> IMO, resolution LDC.41 (13), para. 1, *International Organizations and the Law of the Sea, Documentary Yearbook 1990*, p. 332.

<sup>208</sup> Churchill and Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements...”, p. 641.

<sup>209</sup> См. *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226, at p. 248, para. 46.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 257, para. 83.

Обстоит ли дело таким образом, в конечном счете зависит от обстоятельств каждого конкретного случая. Другим показателем может служить то, применяют ли государства-участники единообразно или без возражений договор так, как он интерпретирован решением конференции государств-участников. С другой стороны, несогласующаяся практика после принятия решения конференции государств-участников может служить доказательством того, что государства не предполагают, что решение будет являться последующим соглашением по смыслу статьи 31, пункт 3 а)<sup>211</sup>. Однако решения конференции государств-участников, которые не подпадают под категорию последующих соглашений по смыслу статьи 31, пункт 3 а), или последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 б), могут тем не менее применяться в качестве дополнительных средств толкования согласно статье 32<sup>212</sup>.

#### Д. Форма и процедура

96. Акты, которые принимаются конференциями государств-участников, могут принимать различные формы и названия, и они могут стать результатом применения различных процедур. С тем чтобы быть признанными в качестве последующих соглашений по смыслу статьи 31, пункт 3 а), решения конференции сторон участников должны отражать «соглашение» относительно толкования договора в виде «одного общего действия»<sup>213</sup>. Вопрос заключается в том, свидетельствует ли форма или процедура принятия акта конференцией государств-участников о наличии соглашения по существу относительно толкования договора.

97. Если решение конференции государств-участников основано на единогласном голосовании, в котором участвовали все стороны, оно может совершенно определенно отражать «последующее соглашение» по смыслу статьи 31, пункт 3 а), при условии, что это соглашение «относительно толкования договора», и только в том случае, если конкретное положение договора не предусматривает иного или же одна из сторон в явно выраженной форме не заявляет о противном. Вместе с тем решения конференции государств-участников в отношении связанных с рассмотрением действий, как правило, принимаются консенсусом. Эта практика вытекает из правил процедуры, которые обычно требуют, чтобы государства-участники предпринимали все усилия для достижения консенсуса по вопросам существа. Один из ранних примеров можно найти в правилах процедуры Конференции по рассмотрению действия Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их

уничтожении (BWC/CONF.I/2). Согласно правилу 28, пункт 2:

Поскольку задача Конференции по рассмотрению действия Конвенции заключается в рассмотрении действия Конвенции с целью установления выполненных целей преамбулы и положений Конвенции и, таким образом, в укреплении его эффективности, то следует предпринять все усилия для достижения согласия по существенным вопросам на основе консенсуса. По таким вопросам не следует проводить голосования до тех пор, пока не будут исчерпаны все возможности для достижения консенсуса.

98. Эта формула лишь с незначительными изменениями стала стандартной применительно к процедурам принятия конференциями государств-участников решений по вопросам существа.

#### 1. КОНСЕНСУС И СОГЛАШЕНИЕ ПО ВОПРОСАМ СУЩЕСТВА

99. Вопрос о том, может ли решение конференции государств-участников, принятое консенсусом, воплощать последующее соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 а), был, хоть и в косвенной форме, поставлен перед Сектором ИМО по правовым вопросам в 2011 году Межсессионной рабочей группой по удобрению океанов, которая согласилась рекомендовать, чтобы «к Отделу ИМО по правовым вопросам и внешним сношениям была обращена просьба проконсультировать руководящие органы в октябре 2011 года относительно процедурных требований, связанных с решением относительно интерпретирующей резолюции, и, в частности, о том, необходим ли для принятия такого решения консенсус»<sup>214</sup>.

100. В ответ на эту просьбу Сектор ИМО по правовым вопросам, подтвердив, что та или иная резолюция, принятая конференцией государств-участников, может, в принципе, представлять собой последующее соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 а)<sup>215</sup>, сообщил руководящим органам о том, что, даже если конференция примет решение на основе консенсуса, это не будет означать, что решение будет иметь обязательную силу для всех сторон. Указав на то, что некоторые решения национальных судов, которые не признают интерпретирующие решения, принятые конференциями государств-участников согласно соответствующим договорным режимам, в качестве обязательных, Сектор ИМО по правовым вопросам «высказал предположение о том, что способ принятия интерпретирующей резолюции является стопроцентно надежным и что если он будет использоваться, то было бы целесообразным одновременно принять соответствующие поправки к ЛК [Лондонской конвенции] и ЛП [Лондонскому протоколу]»<sup>216</sup>.

101. Заключение Сектора ИМО по правовым вопросам, хотя и основывается на ошибочной посылке о том, что «последующее соглашение» по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года является или должно являться обязательным «в качестве договора или поправки к нему»<sup>217</sup>, в конечном счете предусма-

<sup>211</sup> См. главу IV, раздел G выше.

<sup>212</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, separate opinion of Judge ad hoc Charlesworth, para. 4: «Я отмечаю, что резолюции, принятые голосованием в МКК, имеют определенную значимость, хотя они не согласуются с положениями пункта 3 статьи 31 Венской конвенции».

<sup>213</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 33, пункт 10) комментария к проекту вывода 4.

<sup>214</sup> IMO, document LC 33/4, p. 7, para. 4.15.2.

<sup>215</sup> *Ibid.*, document LC 33/J/6, para. 3.

<sup>216</sup> *Ibid.*, para. 15.

<sup>217</sup> *Ibid.*, para. 8.

тривает правильный вывод, согласно которому последующее соглашение не всегда имеет обязательную силу<sup>218</sup>. Эта позиция согласуется с позицией Комиссии, согласно которой последующее соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 *a*), является лишь одним из нескольких различных средств толкования, которые должны учитываться в процессе толкования<sup>219</sup>. Таким образом, эти интерпретирующие резолюции конференции государств-участников, которые принимаются консенсусом, даже в том случае, если они как таковые не имеют обязательной силы, тем не менее могут быть последующими соглашениями по смыслу статьи 31, пункт 3 *a*), или последующей практикой по смыслу статьи 31, пункт 3 *b*), если существуют достаточные доказательства того, что в этом заключалось намерение сторон<sup>220</sup>. Этот вывод согласуется с тем фактом, что некоторые национальные суды не рассматривали некоторые интерпретирующие резолюции, которые были приняты в рамках соответствующих режимов, в качестве обязательных<sup>221</sup>. Единственное, что требуется, — чтобы суды при толковании рассматриваемого договорного положения должным образом учитывали интерпретирующую резолюцию, которую они не признают в качестве обязательной<sup>222</sup>.

102. Из этого следует, что вопрос о том, должна ли «интерпретирующая резолюция» приниматься консенсусом, является дезориентирующим. Принятие консенсусом является необходимым, но не достаточным условием наличия соглашения согласно статье 31, пункт 3 *b*). Обычно правила процедуры соответствующей конференции государств-участников не содержат каких-либо указаний на возможные правовые последствия резолюции в качестве последующего соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3 *a*), или последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 *b*). В таких правилах процедуры определяется лишь порядок принятия конференцией государств-участников своих решений, а не их возможные побочные правовые последствия в качестве последующего соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3. Хотя как таковые последующие соглашения согласно статье 31, пункт 3 *a*), не имеют юридической силы, Венская конвенция 1969 года наделяет их юридической силой по статье 31, что является обоснованным лишь в том случае, если соглашение между сторонами касается существа вопроса и конкретно имеет место в тот или иной момент времени. Международный Суд подтвердил, что различие между формой коллективного решения и соглашением по существу является актуальным в таком контексте<sup>223</sup>.

<sup>218</sup> См. главу IV, раздел D, выше.

<sup>219</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 24–25, пункт 4) комментарий к проекту вывода 2.

<sup>220</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, separate opinion of Judge Greenwood, para. 6, and separate opinion of Judge *ad hoc* Charlesworth, para. 4.

<sup>221</sup> Что касается ссылок, то см. IMO, document LC 33/J/6, paras. 8–13.

<sup>222</sup> См. сноску 219 выше.

<sup>223</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 226, at p. 257, para. 83.

103. С другой стороны, консенсус не является концепцией, которая обязательно указывает на наличие определенного соглашения по существу. Согласно документу *Comments on some Procedural Questions* («Комментарии по некоторым процедурным вопросам»), подготовленному Управлением по правовым вопросам Секретариата Организации Объединенных Наций в соответствии с резолюцией 60/286 Генеральной Ассамблеи<sup>224</sup>:

Консенсус в общем понимается как процесс принятия решений, состоящий в выработке решения без каких-либо возражений и голосования. Однако он не всегда может отражать «единодушие» во мнениях по вопросу существа. Он используется для описания практики, в соответствии с которой были предприняты все усилия для достижения общего согласия и ни одна из делегаций в явно выраженной форме не возразила против фиксируемого консенсуса<sup>225</sup>.

## 2. КОНСЕНСУС И ВОЗРАЖЕНИЯ

104. Поскольку решение, принятое в рамках конференции государств-участников, с тем чтобы составлять последующее соглашение согласно статье 31, пункт 3 *a*), должно отражать соглашение между сторонами относительно вопроса толкования существа того или иного договорного положения, некоторые решения, несмотря на то, что было объявлено, что они были приняты консенсусом, не могут представлять собой последующее соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 *a*). Это справедливо, в частности, применительно к таким решениям, которые были приняты при наличии возражения со стороны одного или нескольких государств. Показательным является следующий пример.

105. На своем шестом совещании в 2002 году Конференция сторон Конвенции о биологическом разнообразии занималась разработкой руководящих принципов по предотвращению, интродукции и смягчению последствий, связанных с чужеродными видами, представляющими угрозу для экосистем, мест обитания или видов<sup>226</sup>. После того как несколько попыток по достижению соглашения успехом не увенчались, Председатель Конференции сторон предложила принять решение и зафиксировать оговорки, которые сформулировала Австралия, в заключительном докладе совещания. Представитель Австралии подтвердил, что руководящие принципы не могут быть приняты и что «поэтому его официальное возражение остается в силе»<sup>227</sup>. Председатель объявила прения закрытыми и «согласно установленной практике» приняла решение без голосования, разъясняющее, что возражения несогласных государств должны

<sup>224</sup> См. резолюцию 60/286 Генеральной Ассамблеи от 8 сентября 2006 года об активизации работы Генеральной Ассамблеи, в которой содержится просьба к Секретариату Организации Объединенных Наций «довести до сведения широкой общественности прецеденты и имевшую место практику в отношении правил и практики межправительственных органов Организации» (пункт 24).

<sup>225</sup> См. «Consensus in UN practice: general», документ, подготовленный Секретариатом, имеется по адресу [http://legal.un.org/ola/media/GA\\_RoP/GA\\_RoP\\_EN.pdf](http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf).

<sup>226</sup> Доклад о работе шестого совещания Конференции сторон Конвенции о биологическом разнообразии, (UNEP/CBD/COP/6/20), стр. 268, приложение I, решение VI/23.

<sup>227</sup> Там же, стр. 70, пункт 313.



быть отражены в заключительном докладе совещания. После принятия Австралия подтвердила свое мнение, согласно которому консенсус представляет собой принятие без формального возражения, и выразила серьезную озабоченность относительно легитимности принятия проекта решения. В конечном счете Австралия обратилась с просьбой о том, что «если Председатель примет решение о том, что текст должен быть утвержден, то Австралия желает, чтобы в доклад было включено подробное заявление о том, что Австралия не согласна с некоторыми конкретными элементами руководящих принципов»<sup>228</sup>. Помимо того, что это заявление было включено в заключительный доклад совещания, один представитель сформулировал официальное возражение во время процесса, ведущего к принятию настоящего решения, и подчеркнул, что «он считает, что принятие Конференцией Сторон предложения или текста не может носить законного характера при наличии официальных возражений»<sup>229</sup>. Несколько других представителей также сформулировали оговорки относительно процедуры, приведшей к принятию этого решения.

106. В этой ситуации Исполнительный секретарь Конвенции о биологическом разнообразии сформулировал ходатайство о том, чтобы Юрисконсульт Организации Объединенных Наций подготовил юридическое заключение<sup>230</sup>, и последний ответил, что любая из сторон может «дистанцироваться от существа или текста документа, указать, что присоединение к консенсусу не означает признания существа или текста либо частей документа, и/или изложить любые другие ограничения касательно позиции своего правительства в отношении существа или текста документа... [однако] что по определению... в случае наличия формального возражения консенсус отсутствует»<sup>231</sup>. Он добавил, что с учетом явного возражения Австралии Председатель Конференции сторон не должна была объявлять о том, что решение было принято консенсусом, и что, сделав это, «она определенно действовала вопреки установившейся практике»<sup>232</sup>. Однако он пришел к выводу о том, что, несмотря на серьезные процессуальные отклонения, «после того как Председатель объявила о том, что решение принято, представитель Австралии формально не высказал возражений в отношении принятия и не пытался аннулировать само решение»<sup>233</sup>. По мнению Юрисконсульта Организации Объединенных Наций, занятая в период после принятия Австралией позиция представляет собой оговорку относительно процедуры, а не формальное возражение в отношении решения<sup>234</sup>. Впоследствии на восьмом совещании Конференции договаривающихся сторон Конвенции о водно-болотных угодьях, имеющих международное

значение, главным образом в качестве местообитаний водоплавающих птиц, в ноябре 2002 года Австралия воспользовалась случаем, для того чтобы выступить с официальным заявлением, и заявила, что она не согласна с заключением Юрисконсульта Организации Объединенных Наций и не признает, что решение было легитимно принято на шестом совещании Конференции сторон Конвенции о биологическом разнообразии<sup>235</sup>.

107. В связи с этим решением на основе Конвенции о биологическом разнообразии, а также аналогичным решением, принятым Конференцией сторон, действующей в качестве Совещания сторон Киотского протокола к Рамочной конвенции об изменении климата, на ее сессии, состоявшейся в Канкуне (Мексика) 29 ноября – 10 декабря 2010 года (несмотря на возражение Многонационального Государства Боливия)<sup>236</sup>, возникает важный вопрос о том, что такое «консенсус»<sup>237</sup>. Однако этот вопрос следует отличать от вопроса о том, при каких обстоятельствах стороны договора достигают соглашения относительно существенных вопросов толкования договора по смыслу статьи 31, пункт 3 а) и b).

#### **Е. Решения, которые не принимались в присутствии всех сторон договора**

108. Решения конференции государств-участников не всегда принимаются всеми участниками того или иного договора. Хотя все стороны, как правило, имеют возможность согласно договору участвовать в конференции государств-участников, некоторые могут решить не присутствовать на совещании. В таких случаях может возникнуть вопрос о том, может ли решение конференции государств-участников, которое стало бы последующим соглашением по смыслу статьи 31, пункт 3 а), если бы все стороны приняли его, также рассматриваться как таковое, в том случае если одна или несколько сторон не участвовали в этой конференции.

109. Было бы сложным предположить, что сторона договора согласилась, в силу своего согласия быть связанной положениями договора, признать решения, которые были приняты впоследствии в отсутствие

<sup>228</sup> Conference report of the 8th meeting of the Conference of the Contracting Parties to the Convention on wetlands of international importance especially as waterfowl habitat, Valencia, Spain, 18–26 November 2002, p. 17, para. 91, имеется по адресу [www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/cop8\\_report\\_english.pdf](http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/cop8_report_english.pdf).

<sup>229</sup> См. Доклад Конференции сторон, действующей в качестве Совещания сторон Киотского протокола, о работе ее шестой сессии, состоявшейся в Канкуне 29 ноября – 10 декабря 2010 года (FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1), решение 1/CMP.6 о Канкунских договоренностях: результаты работы пятнадцатой сессии Специальной рабочей группы по дальнейшим обязательствам для сторон, включенных в приложение I, согласно Киотскому протоколу; и решение 2/CMP.6 о Канкунских договоренностях: землепользование, изменения в землепользовании и лесное хозяйство, принятые Конференцией сторон, действующей в качестве Совещания сторон Киотского протокола; и ход работы Конференции сторон, действующей в качестве Совещания сторон Киотского протокола (FCCC/KP/CMP/2010/12), стр. 11–12, пункт 29.

<sup>230</sup> См. Nolte, “Third report of the ILC Study Group on Treaties over Time: subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings”, pp. 372–377.

<sup>228</sup> Там же, стр. 71, пункт 321.

<sup>229</sup> Там же, пункт 318.

<sup>230</sup> С текстом можно ознакомиться в секретариате Конвенции о биологическом разнообразии, document SCBD/SEL/DBO/30219 (6 June 2002).

<sup>231</sup> С текстом можно ознакомиться в секретариате Конвенции о биологическом разнообразии, document UNEP/SCBD/30219R (17 June 2002), p. 1.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>233</sup> *Ibid.*

<sup>234</sup> *Ibid.*

других государств-участников в рамках соответствующей конференции государств-участников. Поэтому не принимавшие участия государства должны иметь возможность впоследствии выразить свое несогласие с решением, принятым на конференции государств-участников. Вместе с тем принцип добросовестности и обязанность сотрудничать в рамках договора говорят в пользу наличия обязанности не принимавших участия государств выражать свои возможные возражения как можно скорее с учетом складывающихся обстоятельств, поскольку в противном случае будет презюмироваться их согласие в форме молчания (молчаливого признания).

110. Сохраняется носящий более доктринальный характер вопрос о том, должно ли решение конференции государств-участников, с которым не принимавшие в ней участие государства впоследствии согласились в силу молчания, толковаться как последующее соглашение согласно статье 31, пункт 3 *a*), или как последующая практика согласно статье 31, пункт 3 *b*). Тот факт, что Комиссия провела различие между обеими формами последующего поведения, установив требование о том, что последующее соглашение согласно статье 31, пункт 3 *a*), должно представлять собой «общее действие»<sup>238</sup>, на первый взгляд представляется как ведущий к выводу о том, что такое соглашение не основывается на таком «общем действии». Однако существует также возможность рассматривать такое решение конференции государств-участников в качестве неоконченного «общего действия», которое завершается посредством имплицитного признания неучаствовавшими государствами в течение разумного периода времени.

<sup>238</sup> См. сноску 213 выше.

Как представляется, последнее является более обоснованным с учетом центральной роли коллективного действия и конструктивного характера признания со стороны не принимавших участия государств.

111. Вышеизложенные соображения дают основания для следующего вывода:

*«Проект вывода 10. Решения, принятые в рамках конференции государств-участников»*

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

2. Юридическое воздействие решения, принятого в рамках конференции государств-участников, в первую очередь зависит от договора и применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств, такое решение может воплощать в себе последующее соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 *a*), или приводить к формированию последующей практики согласно статье 31, пункт 3 *b*), или статье 32.

3. Решение, принятое в рамках конференции государств-участников, образует последующее соглашение или последующую практику согласно статье 31, пункт 3, в той степени, в которой оно отражает соглашение по существу между сторонами относительно толкования договора, независимо от формы и процедуры принятия решения».

## ГЛАВА VI

### Возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики

112. Согласно статье 31, пункт 3, при «толковании» договора учитываются последующие соглашения и последующая практика. Это порождает вопрос о возможностях, а значит, и пределах для использования последующих соглашений и последующей практики в качестве средств толкования, в том числе по отношению к другим правовым последствиям, которые последующие соглашения и последующая практика могут иметь в соответствии с правом международных договоров.

#### А. Конкретные процедуры толкования и статья 31, пункт 3 *a*) и *b*)

113. Толкование с помощью последующих соглашений и последующей практики может предусматриваться самим договором. Некоторые договоры содержат специальные клаузулы, касающиеся толкования договоров их участниками или договорными

органами. Например, в статье IX, пункт 2, Марракешского соглашения о создании Всемирной торговой организации предусматривается, что «Конференция министров и Генеральный совет имеют исключительное право принимать решения о толковании настоящего Соглашения и многосторонних торговых соглашений», причем такого рода решение «принимается большинством в три четверти членов». Однако в деле *European Communities—Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts* Апелляционный орган не признал наличия отношений *lex specialis* между статьей IX, пункт 2, и средством толкования, предусмотренным в статье 31, пункт 3, Венской конвенции 1969 года:

Мы не усматриваем причин считать, что прямо устанавливаемое Соглашением ВТО предписание о том, что для утверждения членами ВТО толкований ее положений требуется большинство в три четверти голосов, а не единогласное решение, будет ущемлять возможность обращения к последующей практике как к

инструменту толкования договоров на основании статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции<sup>239</sup>.

114. Другие суды и трибуналы приходили к тому же заключению относительно сопоставимых клаузул в других договорах<sup>240</sup>. Комментаторами делался вывод, что конкретные толковательные клаузулы, как правило, не призваны исключить обращение к средствам толкования, предусмотренным в статье 31, пункт 3 a) и b)<sup>241</sup>.

### В. Отношения между толкованием и изменением

115. В деле *Спор относительно судоходных и смежных прав* Международный Суд высказал мнение, что «последующая практика участников по смыслу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции может приводить к отходу от первоначального намерения по молчаливому согласию»<sup>242</sup>. Не совсем понятно, хотел ли Суд признать этим, что последующая практика по смыслу статьи 31, пункт 3 b), может приводить и к изменению договора, или же он просто сформулировал аргумент, касающийся толкования международных договоров. Второй вариант возможен потому, что «первоначальное» намерение участников необязательно является определяющим для целей толкования договора. Так, в проекте вывода 3, принятом ею в предварительном порядке, Комиссия признала, что последующие соглашения и последующая практика, как и другие средства толкования, «могут помочь определить, заключалась ли предполагаемое намерение участников при заключении договора в том, чтобы придать какому-либо из используемых терминов значение, которое способно меняться с течением времени»<sup>243</sup>. Следовательно, возможности для «толкования» необязательно определяются непреложным «первоначальным намерением»: скорее, они должны определяться с учетом более широкого круга факторов, включая определенные события более позднего времени.

<sup>239</sup> WTO, Appellate Body Report, *European Communities—Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R and WT/DS286/AB/R, adopted 27 September 2005, p. 107, para. 273.

<sup>240</sup> *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, UNRIAA, vol. XXI, part II, p. 53, at p. 187, para. 169, and p. 188, para. 173; *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven, Final Award on Jurisdiction and Merits, 9 August 2005 (<https://2009-2017.state.gov/documents/organization/51052.pdf>), part II, chap. H, p. 11, para. 23.

<sup>241</sup> Hafner, “Subsequent agreements and practice...”, p. 120; Pan, “Authoritative interpretation of agreements: developing more responsive international administrative regimes”, pp. 519–525.

<sup>242</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 242, para. 64; см. также *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Decision of 14 January 2003, UNRIAA, vol. XXV, part IV, p. 231, at p. 256, para. 62; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p. 51; Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, pp. 134–141; Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, p. 132.

<sup>243</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 18, проект вывода 3; и там же, стр. 26–30, пункты 1)–18) комментария к проекту вывода 3.

116. С практической точки зрения несколько неоднозначное высказывание Международного Суда порождает следующие органично связанные вопросы о том, насколько крупным может быть вклад последующих соглашений и последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3, в «толкование» и могут ли последующие соглашения и последующая практика приводить к изменению договора. Оба эти вопроса относятся к рассматриваемой теме, поскольку они остаются «в рамках права международных договоров» и поскольку предметом «основного внимания» в работе над этой темой является «юридическое значение последующих соглашений и последующей практики для толкования... как это пояснено в первоначальном предложении по данной теме»<sup>244</sup>. В самом деле, грань, отделяющую толкование договора от его изменения, на практике зачастую «установить трудно, а то и невозможно»<sup>245</sup>.

### С. Изменение договора в силу последующих соглашений или последующей практики

117. При рассмотрении взаимосвязанных вопросов о том, каков возможный объем использования последующих соглашений и последующей практики в качестве средства толкования и способны ли облегченные в эту форму шаги приводить также к изменению договора, необходимо проводить разграничение. Вопрос о том, может ли договор быть изменен последующей практикой участников, стал предметом дебатов на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров, и по этому вопросу обстоятельно высказывались судебные и иные инстанции; по поводу же вопроса о возможном изменении договора последующим соглашением возникают несколько иные, но тесно связанные с этим моменты.

<sup>244</sup> В рекомендациях, вынесенных ею Комиссии в 2012 году по поводу изменения работы над темой, Исследовательская группа по теме «Договоры сквозь призму времени» отметила необходимость «понимать, что работа по теме будет оставаться в рамках права международных договоров. Основное внимание будет уделено юридическому значению последующих соглашений и последующей практики для толкования (статья 31 Венской конвенции 1969 года), как это пояснено в первоначальном предложении по данной теме» (*Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 90, пункт 238); на своем 3136-м заседании 31 мая 2012 года Комиссия постановила изменить формат работы по данной теме, как это было предложено Исследовательской группой (там же, стр. 97, пункт 269).

<sup>245</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 243; Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 90; Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, p. 46; Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht...*, pp. 42–43; Sorel and Boré Eveno, “Article 31—Convention of 1969”, pp. 825–826, para. 42; Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, pp. 555–556, para. 76; данный аргумент остается верным, невзирая на то, что эти два процесса могут в теории расцениваться как «юридически совершенно разные», см. the dissenting opinion of Judge Parra-Aranguren in *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at pp. 1212–1213, para. 16; аналогичным образом Hafner, “Subsequent agreements and practice...”, p. 114; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, p. 168.

## 1. ИЗМЕНЕНИЕ ДОГОВОРА В СИЛУ ПОСЛЕДУЮЩЕЙ ПРАКТИКИ

118. В своих проектах статей о праве международных договоров Комиссия предлагала включить в Венскую конвенцию 1969 года положение, которое прямо признавало бы возможность изменения договоров последующей практикой. Проект статьи 38 гласил:

### *Изменение договоров в силу последующей практики*

Договор может быть изменен в силу последующей практики применения договора, устанавливающей согласие участников в отношении изменения его постановлений<sup>246</sup>.

119. Этот проект статьи породил на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров острые дебаты<sup>247</sup>. Большинство государств выступило с возражениями. По мнению некоторых, изменение договора будет, как правило, требовать следования официальной процедуре внесения поправок<sup>248</sup>. Кроме того, прозвучала озабоченность по поводу того, что если признать возможность неформального изменения, то стабильность договоров и договорных отношений может оказаться под угрозой, и что предлагаемый проект статьи может привести к злоупотреблениям и ослабить принцип *acta sunt servanda*<sup>249</sup>. Говорилось также о том, что неформальное изменение договоров в силу последующей практики способно привести к проблемам в сфере отечественного конституционного права<sup>250</sup>. Некоторые государства высказали сомнение в реальной необходимости этого проекта статьи в условиях, когда необходимые аспекты уже охвачены проектом статьи, посвященным последующей практике как средству толкования (ставшим позднее статьей 31, пункт 3 *b*)), и указали, что в любом случае различие между толкованием и изменением провести трудно<sup>251</sup>. Наконец, прозвучала озабоченность по поводу возможности внесения изменений без необходимого согласия всех участников договора<sup>252</sup> или их внесения мелкими чиновниками безо всякого контроля со стороны компетентных государственных органов<sup>253</sup>.

120. Другие государства выражали мнение, что международное право не так формализовано, как внутригосударственное<sup>254</sup>. Говорилось о том, что неформальное изменение договоров в силу последующей

практики уже признавалось судебными органами<sup>255</sup> и что такое изменение никогда не создавало проблем в отечественном конституционном контексте<sup>256</sup>. Некоторые проблемы, возникавшие на практике, нельзя решить путем толкования. Прозвучал и такой аргумент: если все участники согласны применять договор в такой форме, которая отходит от его первоначального смысла, говорить о нарушении принципа *acta sunt servanda* не приходится<sup>257</sup>. Несколько делегаций отозвалось о проекте статьи 38 как об уже существующей норме или принципе международного права<sup>258</sup>.

121. Специальный докладчик сэр Хамфри Уолдок, действовавший на Конференции в качестве эксперта-консультанта, выразил, в частности, удивление по поводу того, что некоторые делегации сочли статью 38, видимо, своего рода нарушением принципа *acta sunt servanda*, тогда как эта статья имеет добросовестное правовое основание. Он также высказался относительно озабоченности насчет того, что статья 38 может стать разрешением на видоизменение договоров в нарушение внутреннего права. По его мнению, до сих пор «подобное модифицированное применение договоров ни разу не порожило каких-либо конституционных проблем. Видоизменения обычно не затрагивают главную основу договора и не вызывают каких-либо возражений со стороны парламентов»<sup>259</sup>.

122. На голосование была поставлена поправка, предусматривающая изъятие проекта статьи 38, и эта поправка была принята 53 голосами против 15 при 26 воздержавшихся. После Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров появились труды, в которых обсуждается вопрос о том, означает ли отклонение проекта статьи 38 на Конференции, что возможность изменения договора в силу последующей практики участников тем самым исключается. Авторы этих трудов в большинстве своем приходили к выводу, что участвовавшие в переговорах государства попросту не захотели разбирать этот вопрос в Конвенции и что обычное право международных договоров говорит, как правило, в пользу возможности изменения договоров в силу последующей практики, устанавливающей согласие участников на этот счет<sup>260</sup>.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 214, para. 51 (Аргентина).

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 214, para. 57 (сэр Хамфри Уолдок).

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 214, para. 51 (Аргентина); см. также *ibid.*, p. 213, para. 49 (Камбоджа).

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 212, para. 33 (Австрия); *ibid.*, p. 214, para. 51 (Аргентина). См. также *ibid.*, p. 211, para. 22 (Италия): «юридический факт, который существовал всегда»; и p. 213, para. 48 (Израиль).

<sup>259</sup> *Ibid.*, pp. 214–215, paras. 55–58 (сэр Хамфри Уолдок).

<sup>260</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 243–245; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, pp. 51–52; Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, p. 134; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 432, para. 23; Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, pp. 555–556, para. 76 (с ним согласен еще один автор: Odendahl, “Article 39—General rule regarding the amendment of treaties”, p. 702, paras. 10–11); Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, pp. 62–67; Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 2006—part three”, p. 65; Shaw, *International Law*, p. 934; Buga, “Subsequent practice and treaty modification”,

<sup>246</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 236 англ. текста.

<sup>247</sup> Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, pp. 56–61.

<sup>248</sup> *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), 37th meeting, p. 208, para. 63 (Франция).

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 210, para. 75 (Чили); *ibid.*, 38th meeting, p. 212, para. 35 (Уругвай).

<sup>250</sup> *Ibid.*, 37th meeting, p. 208, para. 58 (Япония); *ibid.*, p. 208, para. 63 (Франция); *ibid.*, p. 209, para. 68 (Испания); *ibid.*, 38th meeting, p. 211, para. 21 (Колумбия).

<sup>251</sup> *Ibid.*, 37th meeting, pp. 207–208, para. 57 (Финляндия).

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 210, para. 73 (Испания).

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 209, para. 68 (Испания); *ibid.*, 38th meeting, pp. 210–211, para. 6 (Соединенные Штаты Америки).

<sup>254</sup> *Ibid.*, 38th meeting, p. 211, para. 9 (Ирак); *ibid.*, para. 22 (Италия).

123. Чтобы правильно оценить этот вопрос сегодня, необходимо в первую очередь определить, получала ли после принятия Венской конвенции 1969 года возможность изменения договора в силу последующей практики признание со стороны международных судов и в практике государств.

а) *Международный Суд*

124. Если не считать вышеупомянутого высказывания по делу *Спор относительно судоходных и смежных прав*<sup>261</sup>, Международный Суд, видимо, не выразил открытого признания того, что та или иная последующая практика привела к изменению договора. Однако его высказывания по некоторым другим делам воспринимались как фактически означающие такое признание. К ним относится, в частности, консультативное заключение *Юридические последствия для государств, вызываемые продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка) вопреки резолюции 276 (1970) Совета Безопасности*, в котором Суд счел, что Статья 27, пункт 3, Устава Организации Объединенных Наций, согласно которой для принятия решений Совета Безопасности не по процедурным вопросам требуется «совпадение» голосов его постоянных членов, не является «препятствием для принятия резолюций» в условиях, когда один или несколько из таких членов воздерживаются. По мнению Суда, «работа Совета Безопасности на протяжении длительного периода в избытке свидетельствует о том, что в постановлениях, выносимых Председателем Совета, и позициях, занимаемых его членами, в частности постоянными, практика, при которой один из постоянных членов добровольно воздерживается, последовательно и единообразно истолковывалась» как процедура, которая «в общем признана членами Организации Объединенных Наций» и указывает на «общую практику Организации»<sup>262</sup>. А в консультативном заключении *Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории* Суд счел, что ситуация, при которой «со временем... стала все более активно проявляться тенденция, когда Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности параллельно рассматривают один и тот же вопрос, касающийся поддержания международного мира и безопасности... не противоречит пункту 1 Статьи 12 Устава»<sup>263</sup>.

footnote 65 with further references. Выражается, в частности, несогласие с этой точкой зрения (подчеркивается торжественность заключения договора в противоположность неформальности, присущей практике): Murphy, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties", pp. 89–90; критические замечания встречаются также у следующего автора: Hafner, "Subsequent agreements and practice...", pp. 115–117 (проводится различие между взглядами судебных учреждений и государств, а также подчеркивается важность положений о внесении поправок в этом контексте).

<sup>261</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 242, para. 64.

<sup>262</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at p. 22, para. 22.

<sup>263</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at pp. 149–150, paras. 27–28.

125. Суд пришел к этому выводу, хотя Статья 12, пункт 1, Устава Организации Объединенных Наций гласит, что, «когда Совет Безопасности выполняет возложенные на него настоящим Уставом функции по отношению к какому-либо спору или ситуации, Генеральная Ассамблея не может делать какие-либо рекомендации, касающиеся данного спора или ситуации». В порядке объяснения того, почему эта тенденция, которая «со временем... стала все более активно проявляться», не противоречит Статье 12, пункт 1, Устава, Суд привел единственный довод: это «общепринятая практика Генеральной Ассамблеи в ее развитии»<sup>264</sup>.

126. В этих консультативных заключениях Международный Суд признавал, что последующая практика оказывает важное и даже решающее влияние на определение смысла договора, но при этом не доходил до прямого признания того, что такая практика фактически привела к изменению договора<sup>265</sup>. Еще одна причина, по которой значимость этих случаев может быть ограниченной, состоит в том, что они касаются договоров об учреждении международной организации. В статье 5 Венской конвенции 1969 года (там говорится, в частности, о «правилах организации») дается указание на то, что такие договоры могут обладать особым характером. В статье 2, пункт 1 j), Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями говорится даже об «установившейся практике организации» как о специфической для международных организаций форме последующей практики. Поэтому представлялось бы нецелесообразным выводить общую норму права международных договоров исключительно из прецедентов, касающихся вполне конкретного типа договоров, для которого последующая практика может играть специфическую роль. По этой же причине вопросы последующей практики и последующих соглашений применительно к международным организациям будут предметом более позднего доклада<sup>266</sup>.

127. Другие дела, в которых Международный Суд поднимал вопрос о возможном изменяющем эффекте последующей практики участников, касаются в основном договоров о границах. В деле *Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией* Суд заявил:

Поэтому поведение Камеруна на этой территории имеет значение только для вопроса о том, согласился ли он с изменением договорно-правового титула (юридически такую возможность полностью исключить нельзя)<sup>267</sup>.

128. Наиболее известным случаем, когда Международный Суд, возможно, обнаружил такое согласие, является дело *Храм Прэахвихеа*, в котором он сделал решительный упор на том, что одна сторона

<sup>264</sup> *Ibid.*, para. 28.

<sup>265</sup> Thirlway, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 2006—part three", p. 64.

<sup>266</sup> См. *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 90, пункт 238; и *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 20–21, пункт 42.

<sup>267</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303, at p. 353, para. 68.

(Франция) выдвинула явные притязания на суверенитет, которые, по мнению Суда, требовали от другой стороны (Таиланд) реакции<sup>268</sup>. Однако это решение было вынесено до принятия Венской конвенции 1969 года и, таким образом, по крайней мере косвенно учитывалось государствами в их прениях на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров<sup>269</sup>. В этом решении Суд также не дошел до прямого признания того, что произошло изменение договора в силу последующей практики: он оставил открытым вопрос о том, совпала ли линия на французской карте с линией водораздела, которая была согласована в первоначальном договоре о границе между двумя государствами; при этом часто считается, что такого совпадения не было<sup>270</sup>.

129. В заключение следует сказать, что, хотя Международный Суд затрагивал возможность изменения договора в силу последующей практики участников, до сих пор он не шел на открытое признание того, что в том или ином конкретном случае такой эффект действительно достигнут. Вместо этого Суд находил такие формулировки, при которых сохраняется возможность считать, что он просто пришел либо к особенно широкому толкованию, либо к очень конкретному толкованию, которое трудно согласовать с обычным пониманием текста договора, но которое совпадает с установленной практикой участников.

#### b) Арбитражные трибуналы

130. С другой стороны, арбитражные трибуналы время от времени подтверждали, что последующая практика участников может приводить к изменению ясно сформулированных положений договора, и действовали исходя из того, что такая позиция представлялась им нормой. Арбитражный трибунал, разбиравший дело *Решение, касающееся делимитации границы между Эритреей и Эфиопией*, пришел к выводу, что граница в том ее виде, который следует из текста договора, на самом деле оказалась на некоторых участках измененной в силу последующей практики сторон<sup>271</sup>. Изменение в силу последующей практики

<sup>268</sup> *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C.J. Reports 1962*, p. 6, at p. 23: «не подлежит сомнению, что признание в силу поведения состоялось весьма отчетливым образом... обстоятельства были явно таковы, что требовалась какая-то реакция»; и *ibid.*, p. 30: «вряд ли можно представить себе более явное выдвижение притязаний со стороны Французского Индокитая», и следовательно, оно «требовало реакции».

<sup>269</sup> Kohen, “*Uti possidetis, prescription et pratique subséquente à un traité dans l’affaire de l’Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice*”, p. 272.

<sup>270</sup> *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (см. сноску 268 выше), p. 26: «этот факт (если он соответствует истине) должен был быть не менее очевиден в 1908 году». По мнению судьи Парры-Арангурена, дело *Temple* продемонстрировало, что «влияние последующей практики в этом случае выразилось в изменении договора», *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at pp. 1212–1213, para. 16 (dissenting opinion of Judge Parra-Aranguren); Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, footnote 113.

<sup>271</sup> *Decision Regarding Delimitation of the Border between Eritrea and Ethiopia*, 13 April 2002, UNRIAA, vol. XXV, p. 83, at pp. 110–111, paras. 3.6–3.10; см. также *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel*, 29 September 1988, UNRIAA, vol. XX, p. 1, at pp. 56–57, paras. 209–210, разбиравший

было признано и в деле *Толкование Соглашения о воздушно-транспортном обслуживании между Соединенными Штатами Америки и Францией*: разбиравший его арбитражный трибунал заключил, что Соглашение о воздушно-транспортном обслуживании между Соединенными Штатами Америки и Францией было фактически изменено последующей практикой американских авиакомпаний, которые стали выполнять рейсы в определенные пункты назначения, не охватывавшиеся первоначальным соглашением. Арбитражный трибунал констатировал:

На самом деле эту линию поведения можно воспринимать не только как средство, полезное для толкования договора, но и как нечто большее, а именно как возможный источник последующего изменения, порождаемого определенными действиями или проявлениями определенного отношения, которые имеют касательство к юридическому положению сторон и тем правам, на которые каждая из них может обоснованно притязать<sup>272</sup>.

131. Вместе с тем один из комментаторов охарактеризовал вывод, сформулированный по делу *Решение, касающееся делимитации границы между Эритреей и Эфиопией*, как «изолированное исключение»<sup>273</sup> (по крайней мере в контексте установления границ), а арбитражное решение по делу *Толкование Соглашения о воздушно-транспортном обслуживании между Соединенными Штатами Америки и Францией* было вынесено до Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров и стало на Конференции объектом критических замечаний<sup>274</sup>.

#### c) Всемирная торговая организация

132. Апелляционный орган ВТО дал ясно понять, что не станет признавать такого толкования, которое повлечет изменение договорного обязательства, поскольку тогда уже не будет идти речь о «применении» существующего договорного положения<sup>275</sup>. Вместе с тем настойчивость Апелляционного органа в том, что последующие соглашения или последующая практика не могут вести к изменению применимых положений в рамках относящихся к ВТО соглашений, следует воспринимать с учетом конкретного положения из статьи 3, пункт 2, Договоренности о правилах

это дело арбитражный трибунал в порядке попутного замечания указал, что «при обнаружении возможного расхождения демаркированная линия границы будет превалировать над Соглашением».

<sup>272</sup> *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France*, 22 December 1963, UNRIAA, vol. XVI, p. 5, at pp. 62–63.

<sup>273</sup> Kohen, “Keeping subsequent agreements and practice in their right limits”, p. 42. Однако эта оценка встретила возражения у одного автора: см. Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, p. 20, он сослался на решение Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и США и на арбитражное разбирательство по делу *Taba*.

<sup>274</sup> *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), p. 208, para. 58 (Japan); Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 89.

<sup>275</sup> WTO, Appellate Body Reports, *European Communities—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Second Recourse to Article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU and Corr.1 and WT/DS27/AB/RW/USA and Corr.1*, adopted 11 and 22 December 2008, pp. 130–132, paras. 391–393.

и процедурах, регулирующих разрешение споров, согласно которому «рекомендации и решения [Органа по урегулированию споров] не могут увеличить или уменьшить права и обязательства, предусмотренные охваченными соглашениями»<sup>276</sup>.

d) *Европейский суд по правам человека*

133. Бывали случаи, когда Европейский суд по правам человека признавал последующую практику участников в качестве возможного источника для изменения Европейской конвенции по правам человека. В деле *Ас-Саадун и Муфди против Соединенного Королевства* шла речь о том, допустима ли передача лица государством, участвующим в Конвенции, не участвующему в ней государству, в котором этому лицу угрожает вынесение смертного приговора. По ходу рассмотрения дела оказался затронут вопрос о том, должна ли статья 3 Конвенции, которая запрещает подвергать человека «бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию», толковаться как запрещающая подобный шаг. При этом такая трактовка статьи 3 казалась несовместимой со статьей 2 Конвенции, которая защищает право на жизнь, запрещая умышленное лишение жизни «иначе как во исполнение смертного приговора, вынесенного судом за совершение преступления». В деле *Ас-Саадун и Муфди* Суд напомнил, что в 1989 году в своем решении по делу *Солинг против Соединенного Королевства* он в порядке попутного замечания уже признал, что

установившаяся в государствах-членах практика может вести к видоизменению Конвенции. По этому делу Суд признал, что последующая практика в национальной уголовно-правовой политике, принявшая форму обобщенной отмены смертной казни, может восприниматься как устанавливающая согласие договаривающихся государств на отмену исключения, предусмотренного в § 1 статьи 2, а значит, и на устранение текстуального ограничения на возможность эволютивного толкования статьи 3<sup>277</sup>.

134. Применяя те же доводы, Суд пришел по делу *Ас-Саадун и Муфди* к следующему заключению:

К настоящему времени все государства-члены, за исключением двух, подписали Протокол № 13, и все из подписавших его государств, за исключением трех, ратифицировали его. Эти цифры, а также последовательная практика государств, проявляющаяся в соблюдении моратория на смертную казнь, служат сильным признаком того, что статья 2 подверглась видоизменению, выражающемуся в запрещении смертной казни при любых обстоятельствах. Исходя из этого, Суд не считает, что формулировка второго предложения § 1 статьи 2 продолжает препятствовать ему в том, чтобы толковать присутствующую в статье 3 фразу «бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание» как включающую смертную казнь<sup>278</sup>.

135. Суд констатировал нарушение статьи 3 Конвенции, выразившееся в том, что государство, участвующее в Конвенции, осуществило во время войны

<sup>276</sup> Имеется по адресу [www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dsu\\_e.htm#3](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm#3).

<sup>277</sup> *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, 2 March 2010, no. 61498/08, ECHR 2010-II, pp. 123–124, para. 119, со ссылкой на *Öcalan v. Turkey* [GC], 12 May 2005, no. 46221/99, ECHR 2005-IV.

<sup>278</sup> *Ibid.*, pp. 125–126, para. 120; см. *Soering v. the United Kingdom*, no. 14038/88, 7 July 1989, Series A, no. 161, pp. 40–41, paras. 102–104. Malkani, “The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty”, p. 523.

передачу лица не участвующему в ней государству, в котором этому лицу угрожала реальная опасность подвергнуться смертной казни. Суд вполне ясно изложил свои доводы, однако признание им факта изменения статьи 2 Конвенции в силу практики государств может быть истолковано как попутное замечание, если учесть, что вынесенное решение опирается исключительно на статью 3. Вместе с тем такое умозаключение означает искусственное разделение двух неразрывно связанных между собой положений.

e) *Другие международные суды и трибуналы*

136. Представляется, что другие международные суды и трибуналы, такие как Международный трибунал по морскому праву, Межамериканский суд по правам человека, Международный уголовный суд и международные уголовные трибуналы, а также Европейский суд, либо не разбирали данный вопрос, либо не признавали, что последующая практика участников договора способна привести к его изменению<sup>279</sup>.

f) *Практика государств, не связанная с судебными разбирательствами*

137. Есть определенное количество случаев, когда участвующие в договоре государства следуют практике, которую они, судя по всему, считают по существу изменяющей этот договор, при отсутствии каких-либо высказываний по этому вопросу со стороны международных судов или трибуналов<sup>280</sup>. Представляется, что к таким случаям относится, например, трактовка термина «мигрирующий вид» согласно Конвенции по сохранению мигрирующих видов диких животных: в настоящее время эта концепция истолковывается как охватывающая виды, которые стали или становятся немигрирующими из-за изменения климата<sup>281</sup>. Вместе с тем такие случаи с трудом поддаются четкому определению<sup>282</sup>, причем особенно трудно выяснить, подразумевает ли та или иная конкретная практика появление среди участников понимания или согласия относительно того, что исходный договор подвергся тем самым изменению. В этой связи высказывалось такое мнение: «Вполне резонно постулировать, например, что государства весьма неохотно разрешают улаживающим споры инстанциям ссылаться на последующее поведение для изменения договорных отношений, но при этом достаточно охотно идут на то, чтобы самим ратифицировать договор как измененный, опираясь на взаимные договоренности»<sup>283</sup>.

<sup>279</sup> См. Nolte, “Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice”, pp. 268–275 and 282–301.

<sup>280</sup> Nolte, “Third report of the ILC Study Group on Treaties over Time: subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings”, pp. 353–356.

<sup>281</sup> Trouwborst, “Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on migratory species and its daughter instruments to climate change”, pp. 286–288; Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, footnote 115.

<sup>282</sup> См. в общем плане по вопросу о сложностях с однозначным определением практики государств: Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 72.

<sup>283</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 83.

## g) Оценка

138. Прецеденты из практики международных судов и трибуналов дают смешанную картину. Если некоторые из них не разбирали вопрос о том, способна ли последующая практика участников договора приводить к его изменению, то Международный Суд вроде бы признал такую возможность – но в общем виде, без явного приложения этого признания к какому-то конкретному делу. Представляется также, что Суд предпочитает доносить идею о том, что рассматриваемая им последующая практика участников договора остается в пределах допустимого толкования этого договора. С другой стороны, Апелляционный орган ВТО отвергал возможность изменения относящихся к ВТО соглашений в силу последующей практики участников, тогда как Европейский суд по правам человека признал эту возможность и основал на ней свое решение как минимум по одному делу<sup>284</sup>.

139. Эта ситуация позволяет сделать следующие выводы: пример ВТО показывает, что договор может не допускать, чтобы последующая практика его участников приводила к его изменению. При этом данный вопрос регламентируется в первую очередь самим договором. Пример Европейского суда по правам человека тоже подкрепляет ту точку зрения, что определяющим является в первую очередь сам договор и что бывают случаи, когда этот договор может допускать, чтобы преимущественную силу получал не его текст, а общие стандарты, проявляющиеся в национальных законодательствах или в исполнительной практике. Таким образом, многое зависит в конечном счете от самого договора или его положений<sup>285</sup>.

140. Однако наличие договорных норм, регулирующих данный вопрос (например, статья 3, пункт 2, Договоренности ВТО о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, или признанное понимание договора по примеру того, что произошло в случае Европейской конвенции по правам человека), является исключением. Ситуация осложняется такими договорами, в которых отсутствуют сопоставимые указания, ориентирующие в том или другом направлении. Из судебной практики Международного Суда не вырисовывается какой-то четкой остаточной нормы, которая регулировала бы такие случаи. Можно, однако, сделать вывод, что, хотя Суд и установил, что возможность изменения договора в силу последующей практики участников «юридически... полностью исключить нельзя»<sup>286</sup>, он счел, что обращения к такому изменению следует, насколько возможно, избегать. Таким образом, Суд готов признавать случаи, когда обычное значение терминов договора толкуется весьма расширительно, а возможно, и случаи придания этим терминам специальных значений.

<sup>284</sup> *Al-Saadon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, ECHR 2010-II.

<sup>285</sup> Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, footnotes 126–132.

<sup>286</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303, at p. 353, para. 68.

141. Этот вывод, делаемый из судебной практики Международного Суда, созвучен некоторым общим соображениям, которые высказывались во время дебатов по поводу проекта статьи 38 Венской конвенции 1969 года. Представляется, что сегодня мнение о том, что предусмотренные в договоре процедуры внесения поправок не должны обходиться неформальными путями, приобрело больше веса по сравнению с не менее верным общим наблюдением, согласно которому международное право зачастую не так заформализовано, как национальное<sup>287</sup>. Следует также отметить, что от высказывавшейся рядом государств на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров озабоченности по поводу того, что возможность изменения договора в силу последующей практики может породить трудности для внутригосударственного конституционного права, уже нельзя просто отмахнуться<sup>288</sup>. И наконец, хотя верно, что изменение договора в силу последующей практики всех участников формально не ставит под сомнение принцип *pacta sunt servanda*, столь же верно и то, что ситуация, когда неформальное средство признания соглашения в качестве последующей практики будет запросто признаваться как способное изменить договорных отношений<sup>289</sup>. Стоит также подчеркнуть, что даже сэр Хамфри Уолдок в своем выступлении на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров сузил возможный объем изменения в силу последующей практики участников, заявив, что при этом не должна затрагиваться «главная основа договора»<sup>290</sup>.

142. Таким образом, хотя в международной судебной практике имеются признаки, свидетельствующие о том, что при отсутствии в договоре указаний об ином согласованная последующая практика участников может приводить к определенным ограниченным изменениям в договоре, фактическое возникновение такого эффекта не должно презюмироваться. Вместо этого государствам и судам следует всячески

<sup>287</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 89; Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, p. 47; Hafner, “Subsequent agreements and practice...”, pp. 115–117; Alvarez, “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”, p. 130.

<sup>288</sup> См. *NATO Strategic Concept Case*, German Federal Constitutional Court, Judgment of the Second Senate of 22 November 2001, Application 2 BvE 6/99, paras. 19–21 (сокращенный вариант решения на английском языке имеется по адресу [www.bundesql2aZverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122\\_2bve000699en.html](http://www.bundesql2aZverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html)); Kadelbach, “Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level”, pp. 145–148; Alvarez, “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”, p. 130; Wuerth, “Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions”, pp. 154–159; и Ruiz Fabri, “Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy”, pp. 165–166.

<sup>289</sup> См., например, Kohen, “*Utī possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l’affaire de l’Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice”, p. 274 (в частности, в отношении договоров о границе).

<sup>290</sup> *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), 38th meeting, pp. 214–215, para. 57 (сэр Хамфри Уолдок).



стараться воспринимать согласованную последующую практику участников договора как попытку определенным образом его истолковать. Такие толковательные усилия могут приобретать довольно разные формы, поскольку статья 31 Венской конвенции 1969 года, не отдавая предпочтения какому-то одному из предусматриваемых ею средств толкования, предписывает толкователю учитывать все средства толкования, подходящие к обстоятельствам<sup>291</sup>.

## 2. Последующие соглашения

143. Согласно статье 39 Венской конвенции 1969 года, «договор может быть изменен по соглашению между участниками». В свою очередь, в статье 31, пункт 3 а), говорится о последующих соглашениях «между участниками относительно толкования договора и применения его положений», а вопрос об изменении договора вроде бы не затрагивается. Апелляционный орган ВТО заключил:

Термин «применение» в подпункте а) пункта 3 статьи 31 относится к ситуации, когда в соглашении уточняется, как должны «применяться» существующие нормы или действующие обязательства; этот термин не означает создания новых или расширения существующих обязательств, которые подлежат временному ограничению<sup>292</sup>.

144. Статья 31, пункт 3 а), и статья 39, если их воспринимать в совокупности, показывают, что соглашения, которых участники достигают после того, как договор заключен, могут этот договор толковать и изменять<sup>293</sup>. Соглашение, о котором идет речь в статье 39, необязательно должно облекаться в ту же форму, что и договор, в который оно вносит поправки (если только это не предусмотрено в самом договоре<sup>294</sup>). Как и соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 а), соглашение по смыслу статьи 39 может быть облечено в более неофициальную форму, а также сведено к изменению или приостановке действия обязательств по договору применительно к одному или нескольким случаям его применения<sup>295</sup>. По делу *Целлюлозные заводы на реке Уругвай* Международный Суд заключил:

<sup>291</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 18, проект вывода 1, пункт 5, и сопровождающий его комментарий (там же, стр. 19 и далее, особенно стр. 22–23, пункты 12)–15); Hafner, “Subsequent agreements and practice...”, p. 117; некоторые авторы поддерживают точку зрения, согласно которой возможный диапазон того, что можно отнести к «толкованию», шире в случае последующего соглашения или последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3, чем в случае толкования другими толкователями, включая случай эволютивного толкования судами или трибуналами, например Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 243; Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, pp. 555–556, para. 76.

<sup>292</sup> WTO, Appellate Body Reports, *European Communities—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Second Recourse to Article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU and Corr.1 and WT/DS27/AB/RW/USA and Corr.1*, adopted 11 and 22 December, respectively, p. 131, para. 391.

<sup>293</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 88.

<sup>294</sup> Согласно статье 39, второе предложение.

<sup>295</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 107, with reference to Sir Humphrey Waldock, *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), 37th meeting, p. 207, paras. 49–52; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on*

Независимо от его конкретного обозначения и независимо от того, в каком документе оно могло быть зафиксировано (протоколы [Исполнительной комиссии по реке Уругвай]), это «понимание» имеет для сторон обязательную силу постольку, поскольку они с ним согласились, и должно добросовестно ими соблюдаться. Право отступать от закрепленных Статутом 1975 года процедур в отношении какого-то конкретного проекта они получают на основе соответствующего двустороннего соглашения<sup>296</sup>.

145. Отсутствие разных формальных требований к соглашению по смыслу статьи 39 и к соглашению по смыслу статьи 31, пункт 3 а), — одна из причин, по которой некоторые авторы считают, что соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 а), тоже может влечь за собой изменение договора<sup>297</sup>. Как бы то ни было, может оказаться необходимым определить, является ли (и если да, то в какой степени) целью соглашения изменение (по смыслу статьи 39) или толкование (по смыслу статьи 31, пункт 3 а)) договора<sup>298</sup>, и в частности определить, можно ли установить такое различие по формальным критериям или же оно зависит исключительно от предполагаемых намерений участников. Из международной судебной практики и практики государств вырисовывается неоднозначная картина:

### а) Международный Суд

146. В деле *Целлюлозные заводы на реке Уругвай* Международный Суд столкнулся с утверждением о том, что стороны отказались от предусмотренной договором процедуры применительно к конкретному случаю, в котором шла речь о споре по поводу строительства некоторых целлюлозных заводов, и решили действовать в этом вопросе на основе «понимания», достигнутого между министрами иностранных дел Аргентины и Уругвая. Суд указал следующее:

Суд заключает, что «понимание» от 2 марта 2004 года влекло бы за собой освобождение Уругвая от его обязательств по статье 7 Статута 1975 года (если цель «понимания» состояла в этом) только в том случае, если бы Уругвай выполнил условия этого «понимания». По мнению Суда, этого не произошло. Поэтому «понимание» нельзя рассматривать как приведшее к освобождению Уругвая от соблюдения процессуальных обязательств, предусмотренных Статутом 1975 года<sup>299</sup>.

147. Хотя Суд признал, что «понимание» могло бы привести к «освобождению Уругвая от соблюдения процессуальных обязательств» по договору, он не дошел до признания того, что оно повлекло бы за собой изменение обязательств по договору. Это

*the Law of Treaties*, pp. 513–515, paras. 7, 9 and 11; Odendahl, “Article 39—General rule regarding the amendment of treaties”, p. 706, at para. 16.

<sup>296</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at p. 62, para. 128; далее Суд пришел к выводу, что в рассматриваемом случае эти условия выполнены не были, at pp. 62–66, paras. 128–142.

<sup>297</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pp. 223–224, с примерами.

<sup>298</sup> В судебной практике иногда нет необходимости определять, является ли следствием соглашения толкование договора или его изменение: см. *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports, 1994, p. 6, at p. 29, para. 60: «по мнению Суда, для целей настоящего решения нет никаких причин классифицировать это либо как подтверждение Декларации, либо как ее изменение».

<sup>299</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at p. 63, para. 131.

говорит о том, что неформальные соглашения, которые предположительно ведут к отступлению от договорных обязательств, подлежат узкому толкованию. Таким образом, наличие согласия на изменение договора не исключается, но и не презюмируется<sup>300</sup>.

b) *Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США*

148. Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США признал (правда, лишь в порядке попутного замечания), что последующее соглашение сторон может привести к изменению Алжирских договоренностей:

Тем не менее, если бы обе стороны, которые образовали Трибунал, т. е. Иран и Соединенные Штаты, согласились передать дело Трибуналу, то это, вероятно, можно было бы считать достаточным для признания подсудности такого дела Трибуналу, поскольку при этом появлялось бы международное соглашение, изменяющее Алжирские декларации применительно к этому конкретному делу. Но вопрос здесь заключается не в этом<sup>301</sup>.

149. Это высказывание позволяет предположить, что вывод о том, идет ли речь лишь о толковании договора с помощью соглашения или же о его изменении им, может быть сделан на основании его заявленного эффекта.

c) *Пояснение Комиссии по свободной торговле 2001 года: соглашение о толковании или об изменении?*

150. Согласно статье 1131, пункт 2, НАФТА, (межправительственная) Комиссия по свободной торговле может утверждать толкование того или иного из положений НАФТА, становящееся обязательным для трибунала, образуемого на основании главы 11<sup>302</sup>. Комиссия прибегла к этой возможности, обнародовав 31 июля 2001 года пояснение о толковании статьи 1105, пункт 1, НАФТА<sup>303</sup>. В этом пояснении, в частности, уточнялось, что термин «международное право» применительно к минимально требуемым стандартам обращения следует понимать как относящийся к «обычному международному праву» и что «справедливый и равный подход», а также «полная надежность и защищенность» не требуют режима, выходящего за рамки этого обычно-правового стандарта<sup>304</sup>. Это пояснение по-разному истолковывалось

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 66, para. 140; Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, p. 32.

<sup>301</sup> *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, No. ITL 83B1FT (Counterclaim), Interlocutory Award, *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38 (2004–2009), p. 77, at p. 126, para. 132.

<sup>302</sup> Brower, “Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA article 1105”, pp. 349–350.

<sup>303</sup> «Каждая сторона предоставляет инвестициям инвесторов другой стороны режим, согласующийся с международным правом, включая справедливый и равный подход и полную надежность и защищенность».

<sup>304</sup> North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions of the NAFTA Free Trade Commission, см. текст по адресу [www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/)

разными коллегиями, создававшимися на основании главы 11, в частности применительно к вопросу о том, как к нему относиться: как к аутентичному толкованию по смыслу статьи 1131, пункт 2, НАФТА, как к последующему соглашению по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции 1969 года, как к поправке (недопустимой) или как к неофициальному изменению (возможно, допустимому)<sup>305</sup>. Особую значимость имеют следующие решения.

151. Третейская группа по делу *ADF Group Inc. v. United States*, оценивая, является ли это пояснение толкованием или же поправкой, исходила из того, что само пояснение претендовало на статус толкования:

В этой связи мы отмечаем, что толкование КСТ [Комиссия по свободной торговле] от 31 июля 2001 года прямо претендует на то, чтобы считаться толкованием нескольких положений НАФТА (включая пункт 1 статьи 1105), а не «поправкой» или чем-либо еще... Поэтому нет необходимости выяснять различие между «толкованием» пункта 1 статьи 1105 и внесением в него «поправки». Однако независимо от того, претендует ли документ, представленный на рассмотрение трибунала, образованного на основании главы 11, на статус вносящего поправку соглашения, в отношении которого стороны выполнили соответствующие внутренние конституционные процедуры, необходимые для вступления этого соглашения в силу, или же на статус толкования, осуществленного КСТ в соответствии с пунктом 2 статьи 1131, мы имеем дело с ситуацией, когда к Трибуналу обращаются сами стороны, причем все из них. Вряд ли можно придумать более аутентичный и авторитетный источник для выяснения того, что стороны намеревались отразить в том или ином положении НАФТА<sup>306</sup>.

152. Третейская группа по делу *Methanex v. United States* истолковала это пояснение как последующее соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 а):

Что касается статьи 1105, то существующая трактовка излагается в толковании КСТ от 31 июля 2001 года. Оставляя в стороне вопрос о влиянии пункта 2 статьи 1131 НАФТА, нужно сказать, что толкование КСТ должно рассматриваться также в свете подпункта а) пункта 3 статьи 31 Венской конвенции, поскольку речь идет о последующем соглашении между сторонами НАФТА относительно толкования статьи 1105 НАФТА... Отсюда следует, что при любом толковании статьи 1105 нужно выяснить обычное значение этого положения в соответствии с пунктом 1 статьи 31 Венской конвенции, а также учесть толкование от 31 июля 2001 года согласно подпункту а) пункта 3 статьи 31 Венской конвенции<sup>307</sup>.

153. Третейская группа также разобрала вопрос о том, имело ли это пояснение толковательный характер или же оно подразумевало поправку к НАФТА:

CH11understanding\_e.asp; см. также Brower, “Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, pp. 351–354.

<sup>305</sup> См., например, Brower, “Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, pp. 354–356 and 363; Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”, pp. 180–181 and 216.

<sup>306</sup> *ADF Group Inc. v. United States of America* (Case No. ARB(AF)/00/1), ICSID Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven, 9 January 2003, pp. 84–85, para. 177 (<https://2001-2009.state.gov/documents/organization/16586.pdf>).

<sup>307</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven, Final Award on Jurisdiction and Merits, 9 August 2005 (<https://2001-2009.state.gov/documents/organization/51052.pdf>), part II, chap. H, p. 11, para. 23.

Даже если предположить, что толкование КСТ представляло собой далеко идущее содержательное изменение (по мнению Трибунала, в вопросе, связанном с рассматриваемым делом, ситуация обстоит не так), «Метанекс» не ссылается ни на какие авторитетные источники в своем аргументе о том, что далеко идущие изменения к договору должны оформляться только в виде официальной поправки, а не в виде того или иного соглашения между всеми сторонами.

Статья 39 Венской конвенции о праве международных договоров гласит лишь, что «договор может быть изменен по соглашению между участниками». Требование о каком-то конкретном способе внесения поправки отсутствует, и многие договоры предусматривают внесение в них поправок по соглашению, не требующему повторной ратификации. Не приходится говорить и о том, что положение такого уровня, как статья 1131, несовместимо с правилами международного толкования. Подпункт *a)* пункта 3 статьи 31 Венской конвенции предусматривает: «3. Наряду с контекстом учитываются: *a)* любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений»<sup>308</sup>.

154. Третейская группа по делу *Pope and Talbot v. Canada*, отметив явное предпочтение тому, чтобы считать это пояснение поправкой, тем не менее решила исходить из того, что действия Комиссии представляли собой «толкование»<sup>309</sup>.

155. Несмотря на различия в их оценках того, как относиться к упомянутому пояснению, разные трибуналы не выявили никаких формальных критериев, по которым последующее соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 *a)*, можно было бы отличить от соглашения об изменении договора (по смыслу статьи 39 либо иного характера). Вместо этого они предпочли, насколько это было возможно, квалифицировать соглашение сторон, о котором конкретно шла речь, в качестве соглашения о толковании договора, а не в качестве поправки или изменения, и тем самым приняли то, чего предположительно желали достичь стороны.

*d) Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву*

156. Примеры из практики показывают, что иногда участвующие в договоре государства стремятся принятием последующего соглашения добиться того, что выглядит по сути изменением этого договора, не прибегая при этом к имеющейся процедуре внесения поправок или не доводя эту процедуру до ее успешного завершения.

157. Совещание государств – участников Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву постановило перенести первые выборы судей Международного трибунала по морскому праву с 16 мая 1995 года (крайний срок, допускавшийся статьей 4, пункт 3, приложения VI к Конвенции) на

1 августа 1996 года<sup>310</sup>. Сходное решение было принято Совецанием и в отношении первых выборов в Комиссию по границам континентального шельфа<sup>311</sup>. Оба эти решения были приняты консенсусом. Принятие и первого, и второго происходило не по линии процедур внесения поправок, предусмотренных статьями 312–316 Конвенции<sup>312</sup>, и не сопровождалось дебатированием их правомерности. Каждое из них можно рассматривать как решение не применять Конвенцию в отдельно взятом случае (при этом договорное обязательство не затрагивается, а просто оставляется неисполненным). Однако, учитывая необходимость заручиться надежной правовой основой для проведения выборов, правдоподобнее будет предположить, что намерение участников Конвенции состояло в ее изменении применительно к отдельно взятому случаю для того, чтобы добиться искомого эффекта.

158. Статья 4 приложения II к Конвенции предусматривает возможность установления внешних границ континентального шельфа за пределами 200 морских миль в соответствии со статьей 76 Конвенции и требует, чтобы запрашивающее государство представило «Комиссии конкретные данные о такой границе наряду с дополнительными научно-техническими данными в возможно кратчайшие сроки, но в любом случае в течение десяти лет со времени вступления в силу для этого государства настоящей Конвенции». Когда государства стали требовать продления разрешаемых сроков<sup>313</sup>, Совецание государств-участников постановило, что в отношении государств, для которых Конвенция вступила в силу до 13 мая 1999 года, десятилетний срок будет считаться начавшимся 13 мая 1999 года<sup>314</sup>. В подготовленном Секретариатом информационном документе было сформулировано несколько способов достижения этой цели, но предпочтение было отдано заключению государствами-участниками последующего соглашения относительно формального процесса внесения поправок в соответствии со статьями 312 или 313 Конвенции либо имплементационного соглашения<sup>315</sup>. На Совецании

<sup>310</sup> См. доклад первого Совещания государств – участников Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, состоявшегося 21 и 22 ноября 1994 года в Нью-Йорке (SPLOS/3), стр. 5–6, пункт 16 *a)*.

<sup>311</sup> Хотя из статьи 2, пункт 2, приложения II к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву вытекало, что крайний срок для принятия решения – это 16 мая 1996 года, на третьем Совещании государств-участников принятие этого решения было отложено до 13 марта 1997 года (см. SPLOS/5, стр. 5, пункт 20).

<sup>312</sup> Treves, “The General Assembly and the meeting of the States parties in the implementation of the LOS Convention”, pp. 68–70.

<sup>313</sup> См. SPLOS/60, стр. 12, пункт 61.

<sup>314</sup> См. SPLOS/73, стр. 14, пункт 81; и решение в отношении даты начала десятилетнего срока представления в Комиссию по границам континентального шельфа данных, предусмотренных в статье 4 приложения II к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (SPLOS/72, стр. 1).

<sup>315</sup> См. подготовленный Секретариатом информационный документ «Вопросы в отношении статьи 4 Приложения II к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву» (SPLOS/64), стр. 8–9; см. также SPLOS/73, стр. 14–15.

<sup>308</sup> *Ibid.*, part IV, chap. C, pp. 9–10, paras. 20–21.

<sup>309</sup> *Pope and Talbot Inc. v. Government of Canada (Award in Respect of Damages)*, UNCITRAL Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven, 31 May 2002, pp. 22–23, paras. 46–47 (<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>).

государств-участников большинство назвало этот вопрос процедурным и относящимся поэтому к компетенции Совещания государств – участников Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву<sup>316</sup>. Государства-участники договорились принять решение консенсусом и считать, что в данном случае нет необходимости прибегать к статьям 312–314 Конвенции. Учитывая четкость положений статьи 76 Конвенции, данное решение Совещания государств-участников, даже если рассматривать его как процедурное, сложно воспринимать как не изменяющее этих положений<sup>317</sup>. В то же время очевидно, что государства-участники не хотели в открытую это признавать.

е) *Монреальский протокол*

159. Еще одним примером того, что разграничение между соглашением о толковании договора и соглашением о его изменении провести трудно, является решение Совещания сторон Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой, посредством которого было принято несколько поправок к этому документу<sup>318</sup>. В соответствии со статьей 9, пункт 5, Венской конвенции об охране озонового слоя поправки к Протоколу должны вступать «в силу для тех Сторон, которые приняли их, на девяностый день после получения Депозитарием уведомления об их ратификации, одобрении или принятии... по меньшей мере двумя третями Сторон данного протокола, если только в этом протоколе не предусмотрено иное». Монреальский протокол предусматривает специальную «процедуру корректировок»<sup>319</sup>, которую, как упоминалось выше, следует отличать от поправок к Протоколу, на которые распространяется статья 9, пункт 5, Венской конвенции об охране озонового слоя.

160. На втором Совещании сторон Монреальского протокола, состоявшемся 27–29 июня 1990 года в Лондоне, было принято «решение II/2», предусматривающее внесение в Протокол нескольких поправок. Эти поправки и порядок их вступления в силу изложены в приложении II к заключительному докладу Совещания сторон<sup>320</sup>. Статья 2 приложения II гласит:

Настоящая поправка вступает в силу 1 января 1992 года при условии сдачи на хранение не менее двадцати документов о ратификации, принятии или одобрении поправок государствами или региональными организациями по экономической интеграции, являющимися Сторонами Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой. Если к этой дате указанное

условие не будет соблюдено, поправки вступают в силу на девяностый день с момента выполнения этого условия<sup>321</sup>.

161. Данное решение Совещания сторон представляет собой последующее соглашение сторон, которое, можно сказать, не ограничивается толкованием процедуры внесения поправок, устанавливаемой венско-монреальским договорным режимом, а изменяет эту процедуру. Принятое в 1990 году решение получило подтверждение в последующей практике сторон: раз за разом принимались решения, предусматривающие ту же процедуру вступления поправок в силу<sup>322</sup>.

f) *Последующие соглашения и процедуры внесения поправок*

162. Есть случаи, когда участники договора, иницируя официальную процедуру внесения поправок, достигают в то же время более неформального последующего соглашения об изменении положений договора, которое они начинают соблюдать еще до завершения ими этой официальной процедуры. В таких случаях возможно возникновение вопроса о том, можно ли считать, что до тех пор, пока формальная процедура внесения поправок не завершится, договорные обязательства достоверно оговорены в последующем соглашении. Одним из примеров такой практики стала Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением. Учитывая просьбу, которая была высказана Группой 77 государств в 1994 году на первом совещании Конференции сторон, на втором ее совещании было принято консенсусное решение запретить трансграничные перевозки опасных отходов из стран ОЭСР в государства, не являющиеся членами ОЭСР<sup>323</sup>. Вместе с тем в ходе прений на втором совещании Конференции сторон некоторые государства поднимали вопрос о том, не следует ли оформить это решение в рамках официальной процедуры внесения поправок, предусмотренной в статье 17 Базельской конвенции<sup>324</sup>. Критика со стороны некоторых государств-участников продолжалась, будучи озвучиваемая, в частности, на отечественном уровне<sup>325</sup>. В 1995 году на своем третьем совещании Конференция сторон постановила начать процесс внесения в Базельскую конвенцию официальной поправки, предусматривающей запрет на трансграничную перевозку

<sup>321</sup> Там же, стр. 41.

<sup>322</sup> Список поправок к Монреальскому протоколу см. по адресу: United Nations Environment Programme (UNEP), Ozone Secretariat (<https://ozone.unep.org/treaties/montreal-protocol/amendments>).

<sup>323</sup> См. доклад второго совещания Конференции сторон Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением, Женева, 21–25 марта 1994 года (UNEP/CHW.2/30, стр. 24, решение II/12).

<sup>324</sup> См. решение III/1, принятое третьим совещанием Конференции сторон Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением, Женева, 18–22 сентября 1995 года (UNEP/CHW.3/35, стр. 1); см. также Handl, “International ‘lawmaking’ by conferences of the parties and other politically mandated bodies”, p. 132.

<sup>325</sup> Например, в Австралии члены парламента беспокоились насчет «утраты парламентского суверенитета». См. Handl (предыдущая сноска), footnote 23.

<sup>316</sup> См. SPLOS/73, стр. 14–15, пункт 79.

<sup>317</sup> См., например, German Federal Foreign Office, International Law Division, “International Law Commission topic ‘Treaties over Time’” (14 February 2011), p. 7.

<sup>318</sup> См., например, Brunnée, “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, p. 31; Churchill and Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements...”, p. 641.

<sup>319</sup> См. Brunnée, “Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements”, pp. 109–110.

<sup>320</sup> Доклад второго Совещания сторон Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой, Лондон, 27–29 июня 1990 года (UNEP/OzL.Pro.2/3), стр. 12, пункт 40.

опасных отходов из стран ОЭСР в страны, не являющиеся членами ОЭСР. В том порядке, который предусмотрен статьей 17 Конвенции, эта поправка до сих пор не вступила в силу. Во время прений на третьем совещании Конференции сторон несколькими государствами было выражено мнение о том, что решение урегулировать этот вопрос через официальную процедуру внесения поправок не лишает обязательной силы решение, ранее принятое Конференцией сторон, тогда как другие прямо отвергали эту точку зрения<sup>326</sup>.

g) *Различия между последующими соглашениями*

163. Приведенные выше примеры из практики судебных учреждений и государств говорят о том, что зачастую весьма трудно провести различие между соглашениями, которые заключаются участниками на основании конкретного договорного положения, признающего обязательную силу за последующими соглашениями, простыми последующими соглашениями, которые предусмотрены статьей 31, пункт 3 а), но обязательной силы как таковые не имеют, и, наконец, соглашениями об изменении договора, которые предусмотрены статьей 39. Представляется, что помимо критериев, которые могут быть предусмотрены в самом применимом договоре, нет каких-то официальных критериев, признаваемых в качестве дифференцирующих эти различные формы последующих соглашений. Вместе с тем ясно, что государства и международные суды, как правило, готовы признавать за государствами-участниками широкую свободу действий при толковании договора с помощью последующего соглашения. Эта свобода действий может заключаться в предельном растяжении обычного значения терминов договора и даже выходе за пределы такого значения. Признание столь широкой свободы действий при толковании договора сопровождается тем, что государства и суды с неохотой идут на признание того, что соглашение ведет фактически к изменению договора<sup>327</sup>. Пример с Базельской конвенцией необязательно нужно трактовать как постфактумное признание сторонами того, что принятое Конференцией сторон решение требуется оформить в виде официальной поправки: его можно рассматривать и как попытку избежать взаимных разногласий и прибегнуть к «безопасному» курсу действий, даже если сугубой необходимости в этом не было. Вместе с тем представляется, что задействование официальной процедуры внесения поправок логично считать признаком того, что стороны считают такую процедуру юридически обязательной.

<sup>326</sup> См. доклад третьего совещания Конференции сторон Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением, Женева, 18–22 сентября 1995 года (UNEP/CHW.3/34); см. также Handl, “International ‘lawmaking’...” (сноска 324 выше).

<sup>327</sup> Возможно, в дипломатических контекстах, отличных от судебного-процессуальных, государства склонны более открыто признавать, что появление определенного рода соглашений или общепринятой практики равнозначно изменению договора (см. Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 83).

164. Презумпция того, что последующее соглашение, которое не удовлетворяет процедурным требованиям положения о внесении поправок, присутствующего в договоре, следует толковать в узком смысле как не предполагающее изменения этого договора, выглядит еще более жесткой в тех случаях, когда заключение последующего соглашения затрагивает объект и цель договора, т. е. его существенный элемент<sup>328</sup>. Одним из этих существенных элементов может являться порождение договором неких индивидуальных прав<sup>329</sup>. Вместе с тем если последующее соглашение составлено достаточно четко, то оно может даже способствовать изменению существенного элемента договора<sup>330</sup>.

### 3. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

165. Прецеденты из практики международных судов и трибуналов, а также примеры из практики государств подтверждают, что если в теории изменение договора (или внесение в него поправок) в силу последующего соглашения или согласованной последующей практики можно отграничить от его толкования, то на практике, как довольно осторожно выразилась Комиссия, «грань между толкованием договора и внесением в него поправки в силу последующей практики может быть размытой»<sup>331</sup>. Международный Суд не обсуждал критериев, позволяющих отличить толкование от изменения посредством последующего соглашения или согласованной последующей практики. Представляется, что наиболее разумный подход состоит в признании того, что грань между толкованием и изменением нельзя определить с помощью абстрактных критериев и что выводиться она должна в первую очередь из самого договора, характера договорного положения, о котором конкретно идет речь, а также правового контекста, в котором действует этот договор, и конкретных обстоятельств дела. При этом

<sup>328</sup> См. руководящее положение 3.1.5 составленного Комиссией Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 30); Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 214.

<sup>329</sup> См. Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 26 по вопросам, касающимся постоянного характера обязательств по Международному пакту о гражданских и политических правах (доклад Комитета по правам человека, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 40 (A/53/40)*, приложение VII), пункт 4 (правда, там разбирается вопрос о праве денонсировать Международный пакт о гражданских и политических правах); см. доклад Исследовательской группы Комиссии международного права по фрагментации международного права, документ A/CN.4/L.682 и Corr.1 и Add.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 108 (правда, там разбирается вопрос о *lex specialis*); Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, footnotes 152–155.

<sup>330</sup> См., например, Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, p. 46; Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, p. 31 (рассматриваются соглашения о приватизации международных организаций спутниковой связи, достигнутые не по линии обычных процедур внесения поправок); Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”.

<sup>331</sup> *Ежегодник... 1964 год*, том II, стр. 60 англ. текста, пункт (25) комментария к проекту статьи 71.

важное соображение состоит в том, до какой степени возможно эволютивное толкование соответствующего договорного положения. Например, в деле *Спор относительно судоходных и смежных прав*<sup>332</sup> Международный Суд смог оставить открытым вопрос о том, оказался ли термин «*comercio*» измененным последующей практикой сторон, поскольку он установил возможность эволютивного толкования этого термина.

166. Вышеизложенные соображения подводят к следующему выводу:

<sup>332</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at pp. 242–243, paras. 64–66.

*«Проект вывода II. Возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики»*

1. Возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики как аутентичных средств толкования, предусмотренных статьей 31, пункт 3, могут быть широкими.

2. Презюмируется, что посредством последующего соглашения или последующей практики участники договора намереваются подвергнуть договор толкованию, а не изменению. Возможность изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной».

## ГЛАВА VII

### Будущая программа работы

167. В соответствии с первоначальным планом работы<sup>333</sup> в третьем докладе, который будет представлен на шестьдесят седьмой сессии в 2015 году, будет рассматриваться вопрос о последующих соглашениях и последующей практике применительно к учредительным договорам международных организаций. Возможно, в этом докладе будут также рассмотрены

<sup>333</sup> См. *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 90, пункт 238.

практика договорных органов, роль национальных судов и другие вопросы, которые членам Комиссии или государствам хотелось бы видеть разобранными в рамках данной темы. В зависимости от достигнутого прогресса на шестьдесят восьмой сессии в 2016 году может быть представлен заключительный доклад, в котором будут, возможно, рассмотрены оставшиеся вопросы. На том этапе Комиссия сможет провести обзор проектов выводов в целом на предмет их окончательного принятия.

## ПРИЛОЖЕНИЕ

## Предлагаемые проекты выводов

*Проект вывода 6. Установление последующих соглашений и последующей практики*

Установление последующих соглашений и последующей практики согласно статье 31, пункт 3, и статье 32 требует тщательного рассмотрения, в частности вопроса о том, занимают ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора или же они руководствуются другими соображениями.

*Проект вывода 7. Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования*

1. Последующие соглашения и последующая практика согласно статье 31, пункт 3, и статье 32 могут способствовать прояснению смысла договора, в частности путем сужения или расширения диапазона возможных толкований или путем указания определенных рамок, в которых договор предоставляет участникам возможность осуществления усмотрения.
2. Ценность последующего соглашения или последующей практики в качестве средства толкования может, в частности, зависеть от их специфики.

*Проект вывода 8. Формы и ценность последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 b)*

Последующая практика по смыслу статьи 31, пункт 3 b), может принимать различные формы и должна отражать общее понимание участниками толкования договора. Ее ценность в качестве средства толкования зависит от того, насколько она является согласованной, общей и последовательной.

*Проект вывода 9. Соглашение участников относительно толкования договора*

1. Соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 a) и b), необязательно заключать в какой-либо конкретной форме, и оно необязательно должно иметь обязательную юридическую силу.
2. Для заключения соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3 b), необходимо общее понимание в отношении толкования договора, о котором известно участникам. Количество участников, которые могут активно осуществлять последующую практику для установления соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3 b), может быть различным. Молчание одного или нескольких участников в тех случаях, когда обстоятельства

требуют определенной реакции, означает принятие последующей практики.

3. Общее последующее соглашение или практика необязательно свидетельствуют о наличии соглашения между участниками относительно толкования договора, но могут, с другой стороны, указывать на наличие соглашения о временном неприменении договора или создании практического механизма (*modus vivendi*).

*Проект вывода 10. Решения, принятые в рамках конференции государств-участников*

1. Конференция государств-участников, согласно настоящим проектам выводов, является совещанием государств-участников согласно договору для цели рассмотрения действия или имплементации договора, за исключением тех случаев, когда они действуют в качестве членов органа международной организации.
2. Юридическое воздействие решения, принятого в рамках конференции государств-участников, в первую очередь зависит от договора и применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств, такое решение может воплощать в себе последующее соглашение по смыслу статьи 31, пункт 3 a), или приводить к формированию последующей практики согласно статье 31, пункт 3 b), или статье 32.
3. Решение, принятое в рамках конференции государств-участников, образует последующее соглашение или последующую практику согласно статье 31, пункт 3, в той степени, в которой оно отражает соглашение по существу между сторонами относительно толкования договора, независимо от формы и процедуры принятия решения.

*Проект вывода 11. Возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики*

1. Возможности для толкования с помощью последующих соглашений и последующей практики как аутентичных средств толкования, предусмотренных статьей 31, пункт 3, могут быть широкими.
2. Презюмируется, что посредством последующего соглашения или последующей практики участники договора намереваются подвергнуть договор толкованию, а не изменению. Возможность изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной.





# ВРЕМЕННОЕ ПРИМЕНЕНИЕ ДОГОВОРОВ

[Пункт 8 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/675

## Второй доклад по вопросу о временном применении договоров\*, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Хуаном Мануэлем Гомесом Робледо

[Подлинный текст на испанском языке]  
[9 июня 2014 года]

### СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе.....	185
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....	186
	<i>Пункты</i>
ВВЕДЕНИЕ.....	1–8 187
<i>Глава</i>	
I. АНАЛИЗ МНЕНИЙ, ВЫСКАЗАННЫХ ГОСУДАРСТВАМИ-ЧЛЕНАМИ.....	9–22 188
II. ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ВРЕМЕННОГО ПРИМЕНЕНИЯ.....	23–85 189
A. Возникновение обязательств .....	32–43 190
B. Права.....	44–52 192
C. Обязательства.....	53–68 193
D. Прекращение действия обязательств.....	69–85 194
III. ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ НАРУШЕНИЯ ВРЕМЕННО ПРИМЕНЯЕМОГО ДОГОВОРА .....	86–95 196
IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	96–98 197

### Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

	<i>Источник</i>
Протокол о временном применении Генерального соглашения по тарифам и торговле (Женева, 30 октября 1947 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 55, No. 814, p. 308.
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. См. также текст на русском языке: <i>Бюллетень международных договоров</i> , М., Юридическая литература, 2001, № 3, стр. 29.
Договор о функционировании Европейского союза (Рим, 25 марта 1957 года)	Сводный текст, <i>Official Journal of the European Union</i> , No. C 326/47, 26 October 2012.

\* Специальный докладчик хотел бы выразить глубокую признательность г-ну Пабло Арроче за его неоценимый вклад в подготовку настоящего доклада.

## Источник

Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года)	United Nations, <i>Treaty Series</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.
Соглашение о международной организации спутниковой связи «ИНТЕЛСАТ» (Вашингтон, округ Колумбия, 20 августа 1971 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1220, No. 19677, p. 21. См. также текст на русском языке: <i>Бюллетень международных договоров</i> , М., Юридическая литература, 1993, № 5, стр. 2.
Соглашение о международной энергетической программе (Париж, 18 ноября 1974 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1040, No. 15664, p. 271.
Международное соглашение по сахару 1977 года (Женева, 7 октября 1977 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1064, No. 16200, p. 376.
Международное соглашение по молочным продуктам Генерального соглашения по тарифам и торговле (Женева, 12 апреля 1979 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1186, No. 814, p. 54.
Международная конвенция электросвязи (Найроби, 6 ноября 1982 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1531, No. 26559, p. 194.
Конвенция об оперативном оповещении о ядерной аварии (Вена, 26 сентября 1986 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1439, No. 24404, p. 305.
Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении (Париж, 13 января 1993 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1974, No. 33757, p. 142.
Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года (Нью-Йорк, 28 июля 1994 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1836, No. 31364, p. 88.
Договор к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2080, No. 36116, p. 416.
Международное соглашение по натуральному каучуку 1994 года (Женева, 17 февраля 1995 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1964, No. 33546, p. 165.
Соглашение об осуществлении положений Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими (Нью-Йорк, 4 августа 1995 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2167, No. 37924, p. 174.
Документ, согласованный государствами – участниками Договора об обычных вооруженных силах в Европе [от 19 ноября 1990 года] (Вена, 31 мая 1996 года)	<i>Ibid.</i> , No. A-44001 (номер тома еще не присвоен). Имеется на веб-сайте: <a href="https://treaties.un.org">https://treaties.un.org</a> .
Конвенция об оказании продовольственной помощи 1999 года (Лондон, 13 апреля 1999 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2073, No. 32022, p. 173.
Соглашение о временном применении Соглашения о создании Международной организации ИТЭР по термоядерной энергии для совместной реализации проекта ИТЭР (Париж, 21 ноября 2006 года)	<i>Official Journal of the European Union</i> , L 358, 16 December 2006, p. 81.
Конвенция о продовольственном содействии (Лондон, 25 апреля 2012 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2884, No. 50320, p. 3. См. также текст на русском языке: <i>Бюллетень международных договоров</i> , М., Юридическая литература, 2015, № 8, стр. 11.
Договор о торговле оружием (Нью-Йорк, 2 апреля 2013 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , No. 52373 (номер тома еще не присвоен). Имеется на веб-сайте: <a href="https://treaties.un.org">https://treaties.un.org</a> .

## Работы, цитируемые в настоящем докладе

ASCENSIO, Hervé

“1969 Vienna Convention. Article 70: Consequences of the termination of a treaty”, в Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1585–1609.

AUST, Anthony

*Modern Treaty Law and Practice*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

GESLIN, Albane

*La mise en application provisoire des traités*. Paris, Pedone, 2005.

- GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios  
*Derecho de los Tratados*. Mexico City, Editorial Porrúa, 2010.
- KLAUS, Ulrich  
“The Yukos case under the Energy Charter Treaty and the provisional application of international treaties”, *Policy Papers on Transnational Economic Law*, No. 11. Halle, Martin-Luther-University, 2005.
- LEFEBER, René  
“Treaties, provisional application”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1–5.
- MATHY, Denise  
“1969 Vienna Convention. Article 25: provisional application”, в Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 639–654.
- MICHIE, Andrew  
“The provisional application of treaties in South African law and practice”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 30 (2005), pp. 1–32.
- QUAST MERTSCH, Anneliese  
*Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.
- REUTER, Paul  
*Introduction to the Law of Treaties*. London, Kegan Paul International, 1995.
- ROGOFF, Martin A., and Barbara E. GAUDITZ  
“The provisional application of international agreements”, *Maine Law Review*, vol. 39, No. 1 (1987), pp. 29–81.
- SIMMA, Bruno and Christian J. TAMS  
“1969 Vienna Convention. Article 60: termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach”, в Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1351–1378.
- VIGNES, Daniel  
“Une notion ambiguë: l’application à titre provisoire des traités”, *Annuaire français de droit international*, vol. 18 (1972), pp. 181–199.

## Введение

1. В первом докладе по вопросу о временном применении договоров<sup>1</sup>, представленном на рассмотрение Комиссии международного права в июне 2013 года, Специальный докладчик провел предварительный общий анализ с целью выделить возможные области исследования для будущих докладов.

2. В частности, Специальный докладчик коснулся предыстории вопроса и терминологии, относящейся к данному правовому понятию, а также проанализировал цели и целесообразность временного применения договоров. Он также приступил к рассмотрению правового режима временного применения, сосредоточившись на трех главных аспектах: источнике обязательств, формах волеизъявления и формах прекращения режима, возникающего в силу временного применения.

3. Кроме того, он отметил, что правовые последствия как с точки зрения национального законодательства, так и с точки зрения международного права будут рассмотрены в последующих докладах.

4. Цель настоящего второго доклада заключается в подробном анализе правовых последствий временного применения договоров, как это было отмечено в пункте 37 первого доклада.

5. Вопрос о правовых последствиях временного применения неоднократно поднимался как членами Комиссии, так и государствами, участвовавшими в обсуждении данной темы, в качестве приоритетного вопроса для дальнейшего рассмотрения темы,

поскольку речь идет о последствиях этой концепции договорного права с точки зрения международных прав и обязательств, приобретаемых одним или несколькими государствами, решившими к ней прибегнуть.

6. Для этого Специальный докладчик примет во внимание замечания государств, высказанные ими в ходе соответствующих обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи на ее шестьдесят восьмой очередной сессии, а также информацию о практике государств, предоставленную на данный момент по просьбе Комиссии, с которой она обратилась к государствам-членам в докладе о работе ее шестьдесят пятой сессии<sup>2</sup>, принятом к сведению Генеральной Ассамблеей в пункте 1 ее резолюции 68/112 от 16 декабря 2013 года.

7. Хотя Комиссия уже получила ряд докладов о практике государств, Специальный докладчик считает благоразумным и необходимым собрать больше информации на этот счет, чтобы иметь возможность изложить Комиссии более структурированную концепцию и представить окончательные выводы относительно практики государств.

8. Разумеется, при подготовке настоящего доклада имеющиеся на данный момент доклады по этому вопросу были приняты во внимание, и Специальный докладчик хотел бы выразить признательность представившим их государствам. Тем не менее возможные выводы о практике государств будут сделаны позднее.

<sup>1</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/664.

<sup>2</sup> Там же, том II (часть вторая), стр. 16, пункт 27.

## ГЛАВА I

**Анализ мнений, высказанных государствами-членами**

9. В ходе обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи на ее шестьдесят восьмой очередной сессии значительное число делегаций в своих выступлениях коснулись вопроса о временном применении договоров и упомянули, в частности, первый доклад Специального докладчика.

10. Специальный докладчик хотел бы выразить искреннюю признательность всем делегациям за их ценный вклад в дискуссию, замечания и предоставленные материалы, которые были должным образом учтены при рассмотрении данного вопроса в рамках настоящего доклада.

11. В своих выступлениях государства-члены определили важные области исследования по вопросу о временном применении договоров. Например, некоторые государства предложили Специальному докладчику сосредоточиться в его исследовании на формах выражения государствами согласия на временное применение договора. Другие предложили проанализировать вопрос о том, существует ли возможность «временного присоединения», и если да, то приравнивается ли временное применение договора к его вступлению в силу. Помимо того, было предложено изучить вопрос о временном учреждении вспомогательных органов, создание которых вытекает из самого договора, а также о временном применении договоров международными организациями. Эти и другие темы упоминаются в резюме обсуждений, подготовленном Секретариатом<sup>3</sup>.

12. В ходе вышеупомянутых выступлений поднимались также вопросы, связанные с правовыми последствиями, например: имеет ли временное применение, которое начинается с момента подписания, иные последствия, нежели применение, которое начинается с момента ратификации, и распространяется ли понятие временного применения на весь договор или только на определенные его положения.

13. В итоге Специальный докладчик смог установить, что главной областью общего интереса для значительного большинства делегаций являются правовые последствия временного применения договоров.

14. В свою очередь, проанализировав информацию, представленную государствами на сегодняшний день, мы можем сделать однозначный вывод о том, что временное применение договора порождает правовые отношения, а значит, имеет правовые последствия. Возражений на этот счет не наблюдается. Напротив, из всех представленных Специальному докладчику замечаний и заданных ему вопросов следует, что временное применение имеет правовые последствия помимо предусматриваемого статьей 18 Венской

конвенции о праве международных договоров обязательства не лишать договор его объекта или цели (далее «Венская конвенция 1969 года»).

15. Кроме того, Специальный докладчик выражает признательность членам Комиссии и государствам-членам, высказавшим мнение о том, что Комиссия не должна ни поощрять временное применение договоров, ни препятствовать ему своей работой, а давать руководящие указания для его лучшего понимания, и он разделяет это мнение. В сущности, временное применение договора должно пониматься как временная мера, носящая в определенной степени паллиативный характер, и никогда – как способ избежать ратификации договора и его вступления в силу согласно предусмотренным в нем требованиям.

16. Что же касается практики государств, информация о которой была передана Специальному докладчику, то он хотел бы высказать два соображения на этот счет.

17. Во-первых, в ходе выступлений в Шестом комитете государства явно старались подчеркнуть, что временное применение договора зависит также от норм внутреннего права и особых обстоятельств в каждом конкретном случае. То есть государства особо отметили, что решение о временном применении договора, включая форму выражения согласия, принимается в соответствии с нормами внутреннего права, регламентирующими реализацию такой возможности. В этой связи некоторые государства предложили провести сравнительный анализ норм внутреннего права с целью разобраться в том, как этот механизм функционирует во внутригосударственном праве.

18. Хотя Специальный докладчик понимает озабоченность государств по поводу соблюдения норм их внутреннего права, перед ним не стоит задачи провести сравнительное исследование на эту тему. Для этого ему потребовалось бы значительно больше времени, чем то, которым он располагает, и, кроме того, имеются обоснованные сомнения в полезности такого исследования для Генеральной Ассамблеи. С точки зрения международного права, высказанной Постоянной палатой Международного Суда, «внутригосударственное право является лишь фактом, который выражает волю и отражает деятельность государств»<sup>4</sup>. Более того, участники обсуждений в Комиссии с самого начала рассмотрения данной темы отмечали, что анализ внутреннего права не имеет отношения к целям исследования по вопросу о временном применении договоров.

19. Специальный докладчик согласен с замечаниями некоторых членов Комиссии о том, что у Комиссии нет необходимости изучать национальное законодательство, на которое опираются государства при принятии

<sup>3</sup> Тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят восьмой сессии (A/CN.4/666).

<sup>4</sup> *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7, at p. 19.*

решения о временном применении договора. Поэтому анализ вопроса о временном применении договоров будет сосредоточен на его правовых последствиях с точки зрения международного права. При этом, разумеется, мы будем учитывать, что решение о временном применении может быть принято в нарушение особо важной нормы внутреннего права, касающейся компетенции заключать договоры, как это предусмотрено пунктом 1 статьи 46 Венской конвенции 1969 года, на что также указывали некоторые члены Комиссии.

20. Во-вторых, к моменту завершения подготовки настоящего доклада доклады о национальной практике в области временного применения договоров Комиссии направили только 10 государств: Ботсвана, Германия, Мексика, Микронезия (Федеративные Штаты), Норвегия, Российская Федерация, Соединенное Королевство Великобритании и Северной

Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Чешская Республика и Швейцария. Специальный докладчик весьма признателен за представленные доклады, которые значительно способствуют обсуждениям, проходящим в Генеральной Ассамблее, и служат ценным источником информации о позициях этих государств.

21. Примечательно, что доклад о своей практике Комиссии представило одно из государств, не являющихся участниками Венской конвенции 1969 года, а именно Микронезия (Федеративные Штаты). По мнению Специального докладчика, это свидетельствует об интересе к рассматриваемой Комиссией теме.

22. Как уже говорилось, прежде чем представить выводы по итогам своего анализа, Специальный докладчик намерен собрать больше информации о практике государств.

## ГЛАВА II

### Правовые последствия временного применения

23. Еще в 1966 году Специальный докладчик Фицморис в контексте работы по праву договоров заявил Комиссии о том, что временное применение положений договора, несомненно, имеет правовые последствия и фактически означает вступление этих положений в силу<sup>5</sup>. В меморандуме, подготовленном Секретариатом в 2013 году и упомянутом в первом докладе Специального докладчика, отмечается общая позиция Комиссии, которая заключается в том, что временное применение договора ведет к возникновению обязательства исполнять договор, пусть даже на временной основе<sup>6</sup>.

24. С учетом содержащегося в первом докладе анализа данного вопроса, а также замечаний государств мы можем исходить из той предпосылки, что временное применение договоров порождает юридические последствия, но не должно толковаться как упрощенная форма вступления договора или некоторых его положений в силу. В первом докладе мы уже имели возможность пояснить, что вступление в силу происходит в соответствии с другим правовым режимом<sup>7</sup>.

25. Тем не менее некоторые государства, в частности Ботсвана и Норвегия, заявили, что процедура, которая применяется, чтобы разрешить временное применение, будет такой же, как и процедура ратификации договора и его вступления в силу, из чего следует вполне однозначный вывод. Швейцария, например, тоже считает, что «временное применение» и «временное вступление в силу» не являются двумя различными правовыми понятиями и поэтому с точки зрения правовых последствий они равносильны. Эта

страна также предполагает, что в случае временного применения в равной мере применим и режим оговорок. В свою очередь, Соединенные Штаты Америки отмечают, что, по мнению одного из членов Комитета по иностранным делам Сената, временно применяемый договор имеет такой же правовой статус, как и любой другой договор Соединенных Штатов, заключенный президентом, и что на национальном уровне временно применяемые договоры действуют в полную силу, до тех пор пока принимается решение об их ратификации.

26. Такие последствия могут иметь место как на уровне государства, так и на международном уровне. Это зависит как от самого договора, так и от конкретных временно применяемых положений. Здесь также имеет значение предмет договора. Например, договоры по правам человека или об освобождении от таможенных пошлин будут иметь последствия преимущественно на уровне государств<sup>8</sup>.

27. Даже если принять во внимание предложение некоторых правоведов о том, чтобы рассматривать временное применение как применение не основного договора, а параллельного соглашения<sup>9</sup>, возникающего в силу самого временного применения, это не повлияет на вывод о том, что такое временное применение влечет за собой правовые последствия.

28. Как мы уже отмечали и как напомним некоторые государства-члены, возможность временного применения договора имеется не только у государств-участников, но и у международных организаций<sup>10</sup> при том условии, что такой договор может быть подписан и ратифицирован этими субъектами международного права.

<sup>5</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, пункт 1) комментарии к статье 22 «Временное вступление в силу» англ. текста («Однако, вне всякого сомнения, эти положения имеют юридическую силу и приводят к временному вступлению договора в силу»).

<sup>6</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/658, стр. 123, пункт 66.

<sup>7</sup> Там же, документ A/CN.4/664, стр. 103–105, пункты 7–24.

<sup>8</sup> Gutiérrez Baylón, *Derecho de los Tratados*, p. 74.

<sup>9</sup> Vignes, «Une notion ambiguë: l'application à titre provisoire des traités», p. 192.

<sup>10</sup> Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, p. 68.

29. Кроме того, как явствует из дела *Kardassopoulos*<sup>11</sup> или дела *Юкос*<sup>12</sup>, в которых предметом арбитражного разбирательства были толкование и сфера применения статьи 45 Договора к Энергетической хартии, касающейся временного применения этого документа, данная процедура имеет правовые последствия, выражающиеся в возникновении прав и обязанностей, регулируемых международным правом. В указанных случаях арбитражный суд рассматривал порядок временного применения Договора, но не ставил под сомнение юридическую силу самой процедуры временного применения. Иными словами, вопрос состоял в сфере действия не международного публичного права, а конституционного права одной из сторон судебного процесса<sup>13</sup>.

30. При этом не следует забывать, что последствия договоров «связаны в первую очередь с авторами документа: они возникают по их воле и ничем не отличаются от этой воли»<sup>14</sup>. В своих работах Специальный докладчик по вопросу о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров г-н Георг Нольте подчеркивает, что всегда необходимо расшифровывать волю сторон<sup>15</sup>.

31. В заключение Специальный докладчик хотел бы привлечь внимание к научным исследованиям по вопросу о юридически обязательном характере обязательств, возникающих в связи с временным применением договоров, Аннелизе Кваст Мерч, чьи работы по этой теме представляют большую ценность для понимания особенностей и сферы действия правовых последствий временного применения договоров<sup>16</sup>.

#### А. Возникновение обязательств

32. Затронув в своем первом докладе вопрос о правовом режиме временного применения, Специальный докладчик отметил, что источником обязательства временного применения договора может быть положение договора или отдельное или параллельное соглашение по основному договору. Он также отметил, что волеизъявление относительно временного применения договора может быть эксплицитным или имплицитным<sup>17</sup>.

33. Это означает, что правовое содержание обязательств и сфера действия правовых последствий будут зависеть в первую очередь от положений договора,

<sup>11</sup> *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, Decision on Jurisdiction*, 6 July 2007, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) case No. ARB/05/18. Имеется по адресу <http://icsid.worldbank.org/>.

<sup>12</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility*, 30 November 2009, Permanent Court of Arbitration case No. AA 227.

<sup>13</sup> Klaus, "The Yukos case under the Energy Charter Treaty and the provisional application of international treaties", p. 4.

<sup>14</sup> Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, p. 94.

<sup>15</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/660 (первый доклад); и документ A/CN.4/671 (второй доклад), воспроизводится в настоящем томе.

<sup>16</sup> См. Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*.

<sup>17</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/664, стр. 108–109, пункты 43–47.

касающихся возможности его полного или частичного временного применения. Например, Соединенные Штаты в докладе о своей практике отдельно приводят перечни договоров, которые они временно применяют полностью<sup>18</sup>, и договоров, которые они временно применяют частично<sup>19</sup>. В представленном перечне имеются договоры, которые содержат положения о временном применении, с учетом, в частности, внутреннего законодательства<sup>20</sup>, конкретных условий приемлемости<sup>21</sup>, исключений<sup>22</sup> и временных ограничений<sup>23</sup>.

34. Статья 25 Венской конвенции 1969 года гласит:

Договор или часть договора применяются временно до вступления договора в силу, если:

- a) это предусматривается самим договором; или
- b) участвовавшие в переговорах государства договорились об этом каким-либо иным образом.

<sup>18</sup> См. Соглашение по вопросам транспорта между правительством Соединенных Штатов Америки и правительством Федеральной Демократической Республики Эфиопия (Вашингтон, округ Колумбия, 17 мая 2005 года), TIAS 06-721.1; Дополнительный протокол к Соглашению между Соединенными Штатами Америки и Международным агентством по атомной энергии о применении гарантий в Соединенных Штатах Америки (Вена, 12 июня 1998 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2593, No. 20737; Соглашение по вопросам транспорта между правительством Соединенных Штатов Америки и правительством Республики Гватемала (Сан-Хосе, 8 мая 1997 года), KAV 5945; Соглашение об осуществлении положений Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими; Конвенция об оперативном оповещении о ядерной аварии; и Международное соглашение по молочным продуктам Генерального соглашения по тарифам и торговле.

<sup>19</sup> См. Договор между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о мерах по дальнейшему сокращению и ограничению стратегических наступательных вооружений, с протоколом (Прага, 8 апреля 2010 года), TIAS 11-205 (см. также ILM, vol. 50 (2011), No. 3, p. 340; текст на русском языке см. в *Бюллетене международных договоров*, М., Юридическая литература, 2010, № 6, стр. 3); и Международная конвенция электросвязи.

<sup>20</sup> См. Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года; Соглашение между правительством Соединенных Штатов Америки и правительством Королевства Дания об укреплении сотрудничества в предупреждении тяжких преступлений и борьбе с ними (Копенгаген, 14 октября 2010 года), TIAS 11-505; Соглашение между правительством Соединенных Штатов Америки и правительством Чешской Республики об укреплении сотрудничества в предупреждении тяжких преступлений и борьбе с ними (Прага, 12 ноября 2008 года), TIAS 10-501; Соглашение о временном применении Соглашения о создании Международной организации ИТЭР по термоядерной энергии для совместной реализации проекта ИТЭР; Соглашение о международной энергетической программе; и Протокол о временном применении Генерального соглашения по тарифам и торговле.

<sup>21</sup> См. Конвенцию о продовольственном содействии; Конвенцию об оказании продовольственной помощи 1999 года; Международное соглашение по натуральному каучуку 1994 года; и Международное соглашение по сахару 1977 года.

<sup>22</sup> См. Соглашение для решения проблем тысячелетия между Соединенными Штатами Америки, действующими через Корпорацию для решения проблем тысячелетия, и Республикой Кабо-Верде (Прая, 10 февраля 2012 года), TIAS 12-1130.1.

<sup>23</sup> См. Документ, согласованный государствами – участниками Договора об обычных вооруженных силах в Европе от 19 ноября 1990 года.

35. Это предполагает, что временное применение является результатом соглашения между участвовавшими в переговорах государствами в соответствии с определением, которое содержится в пункте 1 *e*) статьи 2 Венской конвенции 1969 года<sup>24</sup>. Вместе с тем мы можем выделить по меньшей мере четыре типа ситуаций:

*a*) Случаи, когда договором предусматривается его временное применение с момента принятия, т. е. после того, как были выполнены требования, о которых идет речь в статьях 9 и 10 Венской конвенции 1969 года, касающихся соответственно принятия текста договора и установления аутентичности текста. В этом случае обязанность государства временно применять договор возникает в силу одного только участия этого государства в его принятии, а в отсутствие эксплицитного положения об этом обязанность возникает в результате недвусмысленного изъяснения государством согласия на временное применение, как правило, путем одобрения решения или резолюции, принимаемых с такой целью<sup>25</sup>. На государство, которое не дает согласия на это или которому требуется, скажем, более широкое правовое основание, эта обязанность не распространяется. Например, как указала Чешская Республика в докладе о своей практике, правовое основание для временного применения договоров, заключенных между Европейским союзом и третьими государствами или международными организациями, предусматривается пунктом 5 статьи 218 Договора о функционировании Европейского союза, который гласит следующее:

Совет по предложению представителя на переговорах принимает решение, санкционирующее подписание соглашения и, при необходимости, его временное применение до вступления в силу.

*b*) Случаи, когда договор предусматривает временное применение подписавшими его государствами посредством любой из процедур, указанных в статье 10 *b*) Венской конвенции 1969 года, и тогда обязательство временного применения договора возникает на основе его подписания, подписания *ad referendum*, парафирования его текста или заключительного акта конференции, содержащего этот текст<sup>26</sup>.

*c*) Случаи, когда договор не обязывает ни участвовавшие в переговорах государства, ни подписавшие его государства временно применять его, но дает каждому государству возможность решить, желает ли оно временно применять договор, как это предусмотрено пунктом 1 *a*) статьи 25 Венской конвенции 1969 года, в любой момент процесса начиная с принятия текста до вступления в силу и даже после него. В этих обстоятельствах способом волеизъявления государства, в силу которого возникают обязательства, вытекающие из временного применения договора, может быть одностороннее заявление<sup>27</sup>. А когда о временном применении договора договариваются

два государства или более, они могут сделать это посредством параллельного соглашения, которое может принимать различные формы. Например, в докладе о своей практике Соединенные Штаты сообщили Комиссии о Договоре между Соединенными Штатами Америки и Украиной о взаимной правовой помощи по уголовным делам<sup>28</sup>, в отношении которого стороны договорились о временном применении посредством обмена дипломатическими нотами от 30 сентября 1999 года.

*d*) И наконец, случаи, когда договор абсолютно исключает о временном применении. В этом случае следует упомянуть в качестве гипотезы возможность того, что одно или несколько государств, участвовавших в переговорах по договору, в ответ на решение государства или государств, которые по какой-либо причине решили временно применять его, сошлутся на то, что в пункте 1 *b*) статьи 25 Венской конвенции говорится об «участвовавших в переговорах государствах», что может подразумевать, что для того, чтобы одно или несколько из них могли временно применять договор, требуется согласие всех таких государств. Какие правовые последствия имела бы такая ситуация? Специальный докладчик не нашел примеров чего-то подобного и был бы признателен за информацию, которую ему бы могли предоставить по этому вопросу.

36. Итак, обязательства, связанные с временным применением договора, могут возникнуть в силу одного или нескольких односторонних заявлений или в результате договоренности. В любом случае нельзя отрицать, что обязательство временно применять договор порождает правовые последствия<sup>29</sup>.

37. Что касается односторонних заявлений, то Международный суд признал, что

сделанные в одностороннем порядке заявления, касающиеся правового положения или фактических обстоятельств, могут иметь последствия в виде возникновения юридических обязательств. [...] Когда намерение государства, которое выступает с заявлением, заключается в том, чтобы взять на себя обязательства в соответствии с условиями, указанными в этом заявлении, такое намерение придает заявлению характер правового действия, налагающего на государство юридическую обязанность впредь поступать в соответствии с этим заявлением. Такое действие, если оно совершается публично и с намерением связать себя обязательством, даже если оно не совершается в контексте международных переговоров, влечет за собой обязательства. В этих обстоятельствах для того, чтобы заявление возымело такие последствия, не требуется ничего по существу правила *quid pro quo*, ни последующего принятия заявления, ни даже ответа или реакции со стороны других государств, поскольку такое требование было бы несовместимо со строго односторонним характером правового акта, посредством которого государством было сделано заявление<sup>30</sup>.

38. В этом понимании решение государства о временном применении договора представляет собой односторонний автономный акт, применяемый лишь в силу волеизъявления этого государства, и создает для

<sup>24</sup> Mathy, “1969 Vienna Convention. Article 25: provisional application”, p. 649.

<sup>25</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 172.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Mathy, “1969 Vienna Convention. Article 25: provisional application”, p. 651.

<sup>28</sup> Киев, 22 июля 1998 года, TIAS 12978.

<sup>29</sup> Mathy, “1969 Vienna Convention. Article 25: provisional application”, p. 652.

<sup>30</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 267, para. 43.

него новое правовое положение<sup>31</sup>, отличное от прав и обязанностей, возникающих для сторон в силу самого договора после его вступления в силу.

39. Соединенные Штаты Америки, например, считают, что право президента принимать решение о временном применении договора в одностороннем порядке обусловлено исключительно их внутренним правом и что, как следствие, одностороннее временное применение договора понимается как вопрос конституционного права.

40. Здесь будет уместным сослаться на работу Комиссии по вопросу об односторонних заявлениях государств, и в частности на руководящие принципы, применимые к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств<sup>32</sup>. В своей резолюции 61/34 от 4 декабря 2006 года Генеральная Ассамблея рекомендовала распространение этих принципов, которые устанавливают основные критерии, соблюдение которых требуется для того, чтобы одностороннее заявление порождало обязательства по международному праву.

41. В частности, принципы 1<sup>33</sup>, 3<sup>34</sup>, 9<sup>35</sup> и 10<sup>36</sup> предусматривают: последствия, к которым приводят взятые на себя обязательства по отношению к третьим государствам, которые имеют право требовать соблюдения таких обязательств; необходимость учитывать реакцию этих третьих государств для определения правовых последствий односторонних заявлений; условия для отзыва одностороннего заявления, в особенности тогда, когда другие субъекты международного права могут заявить об обязательности исполнения обязательств, возникших в силу одностороннего заявления.

<sup>31</sup> Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, p. 188.

<sup>32</sup> Руководящие принципы, принятые Комиссией, и комментарии к ним приводятся в *Ежегоднике... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 195 и далее, пункты 176–177.

<sup>33</sup> Там же, «Заявления, сделанные публично и отражающие волю взять на себя обязательства, могут иметь следствием возникновение юридических обязательств. Если условия для этого выполнены, то обязательность таких заявлений основывается на принципе добросовестности; соответствующие государства могут затем принять их во внимание и полагаться на них; такие государства вправе требовать соблюдения подобных обязательств».

<sup>34</sup> Там же, «Для определения правовых последствий таких заявлений необходимо учитывать их содержание, все фактические обстоятельства, при которых они были сделаны, а также порождаемую ими реакцию».

<sup>35</sup> Там же, «Одностороннее заявление какого-либо государства не может порождать никаких обязательств для других государств. Однако другое соответствующее государство или государства могут взять на себя обязательства в связи с таким односторонним заявлением в той мере, в которой они ясно соглашаются с таким заявлением».

<sup>36</sup> Там же, «Одностороннее заявление, которое порождает юридические обязательства для государства, делающего заявление, не может быть произвольно отозвано. При определении того, будет ли отзыв произвольным, следует учитывать:

a) все конкретные формулировки заявления, относящиеся к отзыву;

b) степень, в которой те, по отношению к кому взяты такие обязательства, полагаются на эти обязательства;

c) степень, в которой имеет место коренное изменение обстоятельств».

42. В любом случае определяющим фактором источника обязательств, возникающих в связи с временным применением, будет четкое изъяснение воли, которая может быть выражена письменно, устно или посредством соответствующего поведения, в частности активного поведения<sup>37</sup>, хотя вышеуказанные руководящие принципы допускают, что неформализованное поведение, включая – в определенных ситуациях – молчание, может иметь такие же последствия.

43. Итак, форма изъяснения воли временно применять договор прямо влияет на сферу действия прав и обязанностей, приобретаемых соответствующим государством.

## В. Права

44. В тех случаях, когда государства решают, что договор будет временно применяться с момента его принятия или подписания, права, которыми государства наделяют друг друга по договору, начинают действовать с момента принятия или, соответственно, подписания.

45. Это представляется еще более очевидным в случаях двусторонних договоров, когда обе стороны соглашаются временно применять договор до его вступления в силу. Российская Федерация приводит в докладе о своей практике такие примеры: соглашение между Российской Федерацией и Сербией о поставках природного газа<sup>38</sup> и соглашение между Российской Федерацией и Азербайджаном о строительстве автомобильного моста через реку Самур<sup>39</sup>.

46. В первом соглашении предусматривается, что оно временно применяется с даты его подписания, а во втором – что оно начинает временно применяться по истечении 30 дней с даты подписания.

47. Кроме того, Мексика в докладе о своей практике указала четыре двусторонних договора, предусматривающие временное применение: соглашение о воздушных перевозках между Мексикой и Колумбией<sup>40</sup>; торговое соглашение между Мексикой и Габоном<sup>41</sup>; соглашение о культурном, научном и техническом

<sup>37</sup> Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, p. 34.

<sup>38</sup> Соглашение между правительством Российской Федерации и правительством Республики Сербия о поставках природного газа из Российской Федерации в Республику Сербия (Белград, 13 октября 2012 года), *Бюллетень международных договоров*, М., Юридическая литература, 2014, № 8, стр. 60.

<sup>39</sup> Соглашение между правительством Российской Федерации и правительством Азербайджанской Республики о строительстве автомобильного моста через реку Самур в районе пунктов пропуска «Яраг-Казмаляр» (Российская Федерация) – «Самур» (Азербайджанская Республика) через российско-азербайджанскую государственную границу (Баку, 13 августа 2013 года), там же, № 10, стр. 35.

<sup>40</sup> Соглашение о воздушных перевозках между правительством Мексиканских Соединенных Штатов и правительством Республики Колумбия (Богота, 9 января 1975 года), *United Nations, Treaty Series*, vol. 1364, No. 23023, p. 249.

<sup>41</sup> Торговое соглашение между правительством Мексиканских Соединенных Штатов и правительством Габонской Республики (Мехико, 14 сентября 1976 года), *ibid.*, vol. 1379, No. 23121, p. 113.



сотрудничестве между Мексикой и Габоном<sup>42</sup>; и общее соглашение о сотрудничестве между Мексикой и Габоном<sup>43</sup>.

48. Статья 17 первого из вышеуказанных соглашений гласит:

Настоящее соглашение временно применяется с даты подписания и окончательно вступает в силу в день, который будет указан в дипломатических нотах, обмен которыми состоится после того, как Договаривающиеся Стороны получают одобрение, которое требуется каждой из них согласно их соответствующим конституционным процедурам.

49. Во втором соглашении в статье VIII говорится о временном «вступлении в силу», которое здесь равносильно временному применению:

Настоящее соглашение временно вступает в силу с даты подписания. Ратификация состоится позже в соответствии с порядком, действующим в каждой из стран.

50. В статьях XV и V соответственно третьего и четвертого соглашений содержится положение, очень похожее на положение из предыдущего примера:

Настоящее соглашение временно вступает в силу с даты подписания, а окончательно вступает в силу после обмена ратификационными документами.

51. В указанных случаях соглашение между сторонами о временном применении договора содержится в самом договоре, что, в свою очередь, приводит к возникновению обоюдного признаваемых прав и обязанностей, поэтому их соблюдения можно будет требовать и они будут противопоставимыми в отношении третьих лиц.

52. Следует отметить, что в докладе о своей практике Германия указала, что большинство ее двусторонних соглашений не предусматривают временного применения, тогда как Соединенное Королевство представило Комиссии значительный перечень договоров, предусматривающих временное применение, пояснив, что для него в случаях так называемых меморандумов о взаимопонимании временное применение как таковое не влечет за собой юридических обязательств – видимо, потому, что Соединенное Королевство не считает такого рода документы договорами.

### С. Обязательства

53. Вопрос о сфере действия обязательств, возникающих в силу временного применения, особенно актуален в тех случаях, когда договор не обязывает ни участвовавшие в переговорах государства, ни подписавшие договор государства временно применять его, но оставляет каждому государству возможность решить, желает ли оно временно применять договор.

<sup>42</sup> Соглашение о культурном, научном и техническом сотрудничестве между правительством Мексиканских Соединенных Штатов и правительством Габонской Республики (Мехико, 14 сентября 1976 года), *ibid.*, vol. 1379, No. 23120, p. 103.

<sup>43</sup> Общее соглашение о сотрудничестве между Мексиканскими Соединенными Штатами и Габонской Республикой (Мехико, 14 сентября 1976 года), *ibid.*, vol. 1400, No. 23407, p. 139.

54. В этих случаях, как мы видели, обязательства по существу и сфере действия будут равносильны обязательствам, возникающим в силу одностороннего заявления, если два или более государств не заключат параллельное соглашение. Хотя в таких случаях государства обязуются в одностороннем порядке и добросовестно временно применять договор или его часть, как постановил Международный Суд в решении по *Делу, касающемуся военной и полувоенной деятельности в Никарагуа и против нее*, «это не означает, что такое государство может произвольно менять сферу действия и сущность обязательства, которое оно официально взяло на себя»<sup>44</sup>.

55. Поэтому сфера действия обязательств не может быть шире, чем прямо предусматривается договором; и в силу необходимости обеспечить стабильность отношений с остальными участвовавшими в переговорах или подписавшими договор государствами подразумевается, что государство не может изменить «сферу действия и сущность обязательства, которое оно официально взяло на себя».

56. Хорошим примером такой ситуации может служить временное применение, предусмотренное статьей 23 недавно принятого Договора о торговле оружием, которая гласит:

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.

57. На момент публикации настоящего доклада заявления о временном применении в соответствии с процитированной выше статьей сделали 18 государств: Австрия, Антигуа и Барбуда, Венгрия, Германия, Дания, Исландия, Испания, Коста-Рика, Латвия, Мексика, Норвегия, Сент-Винсент и Гренадины, Сербия, Словакия, Соединенное Королевство, Тринидад и Тобаго, Финляндия и Эстония; все вышеуказанные государства, за исключением Испании и Сербии, ратифицировали Договор<sup>45</sup>.

58. В соответствии со своими заявлениями указанные государства обязались в одностороннем порядке временно применять на национальном уровне статьи 6 и 7 Договора о торговле оружием («Запреты» и «Экспорт и оценка экспорта» соответственно).

59. Мы полагаем, что здесь следует попытаться провести различие, но при этом мы хотели бы избежать слишком широкой категоризации, которая не соответствовала бы всему разнообразию возможных ситуаций, и поэтому напоминаем, что всегда нужно учитывать конкретные обстоятельства.

60. Различие, которое мы предлагаем, состоит в том, чтобы рассматривать возникающие в силу временного применения обязательства, которые действуют

<sup>44</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 392, at p. 418, para. 59.

<sup>45</sup> См. <http://disarmament.un.org/treaties/t/att>.

исключительно внутри государства, решившего прибегнуть к этой процедуре, отдельно от обязательств, которые действуют на международного уровне, в том числе, разумеется, во всех других государствах, участвовавших в переговорах по договору или подписавших его.

61. Например, в случае многостороннего договора о правах человека соблюдения обязательств, вытекающих из временного применения, могут требовать, как правило, лишь те лица, которые приобретают права согласно этому договору.

62. С другой стороны, в случае Договора о торговле оружием предусмотренное договором обязательство проводить оценку риска перед выдачей разрешения на экспорт будет иметь последствия с точки зрения международного права, поскольку речь идет об обязательстве, имеющем силу в отношении государства-импортера.

63. Эти примеры подводят нас к вопросу о том, ведет ли применение обязательств, возникающих в силу временного применения, в зависимости от сферы их действия – национальной или международной – к различным правовым последствиям. На этот вопрос мы сможем более четко ответить, когда будем располагать более широкой подборкой примеров практики государств.

64. В связи с этим следует также различать возможность требования исполнения принятого обязательства и его противопоставимость в отношении третьих лиц. Речь идет о различных правовых понятиях, и для нашего исследования актуальна только возможность требования исполнения обязательства, по крайней мере для настоящего второго доклада.

65. В любом случае, невзирая на эти различия, обязательства, возникающие в силу временного применения, регулируются принципом *pacta sunt servanda*, поскольку они вытекают из согласия на добросовестное их исполнение<sup>46</sup>.

66. Еще одним ярким примером в исследовании по вопросу о правовых последствиях временного применения, и в частности возникающих в связи с ним обязательствах, является присоединение Сирийской Арабской Республики к Конвенции о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении. 14 сентября 2013 года Сирийская Арабская Республика сдала на хранение документ о присоединении к Конвенции, вступившей в силу для этого государства 14 октября 2013 года<sup>47</sup>. Вместе с тем, сдав на хранение свой документ о присоединении, Сирийская Арабская Республика сообщила Генеральному секретарю

Организации Объединенных Наций в его качестве депозитария Конвенции, что она «будет соблюдать положения, содержащиеся [в Конвенции], и будет выполнять их добросовестно и неукоснительно, временно применяя Конвенцию до ее вступления в силу для Сирийской Арабской Республики»<sup>48</sup>.

67. Исполнительный совет Организации по запрещению химического оружия взял это за основу для принятия на своем 33-м заседании решения об уничтожении химического оружия Сирии, заявив в этом решении, что «временное применение Конвенции ведет к немедленному вступлению ее положений в силу в отношении Сирийской Арабской Республики»<sup>49</sup>.

68. В этом случае правовые последствия временного применения были признаны в решении Исполнительного совета Организации по запрещению химического оружия, что позволило немедленно приступить к осуществлению Конвенции путем разработки имеющего обязательную силу плана действий по химическому разоружению в этой стране.

#### D. Прекращение действия обязательств

69. В своем первом докладе Специальный докладчик отметил, что в соответствии с пунктом 2 статьи 25 Венской конвенции 1969 года временное применение может быть прекращено путем одностороннего уведомления или иным способом, о котором договорились участвовавшие в переговорах государства<sup>50</sup>.

70. Если исходить из той предпосылки, что временное применение имеет правовые последствия, которые приводят к возникновению прав и обязанностей, то можно предположить, что режим, возникающий в результате прекращения временного применения, с учетом соответствующих изменений равносильен режиму, возникающему в результате прекращения договора.

71. В этом случае последствия прекращения договора определяются статьей 70 Венской конвенции 1969 года:

1. Если договором не предусматривается иное или если участники не согласились об ином, прекращение договора в соответствии с его положениями или в соответствии с настоящей Конвенцией:

a) освобождает участников договора от всякого обязательства выполнять договор в дальнейшем;

b) не влияет на права, обязательства или юридическое положение участников, возникшее в результате выполнения договора до его прекращения.

2. Если государство денонсирует многосторонний договор или выходит из него, пункт 1 применяется в отношениях между этим

<sup>46</sup> См. Michie, “The provisional application of treaties in South African law and practice”, p. 6.

<sup>47</sup> См. “Syria’s accession to the Chemical Weapons Convention enters into force”, имеется по адресу [www.opcw.org/news/article/syrias-accession-to-the-chemical-weapons-convention-enters-into-force](http://www.opcw.org/news/article/syrias-accession-to-the-chemical-weapons-convention-enters-into-force).

<sup>48</sup> См. *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*, chap. XXVI.3.

<sup>49</sup> ЕС-М-33/DEC.1, 27 сентября 2013 года, одиннадцатый пункт преамбулы.

<sup>50</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/664, стр. 109–110, пункты 48–52.

государством и каждым из остальных участников договора со дня вступления в силу такой денонсации или выхода из договора.

72. На практике договоры, как правило, не содержат положений о последствиях их прекращения, за исключением многосторонних договоров о правах человека<sup>51</sup>.

73. Можно предположить, что термин «последствия» в статье 70 означает результат прекращения<sup>52</sup> и, таким образом, устанавливает общий режим права договоров в результате такого прекращения.

74. В любом случае договор может содержать переходные положения о частичном или полном осуществлении документа, определяющие действия, которые государства должны будут совершить во время или после прекращения<sup>53</sup>.

75. Примечательно, что, по мнению некоторых государств, например Мексики, в случае необходимости досрочного прекращения временного применения государство в течение переходного периода постепенного прекращения должно выполнять оговоренные обязательства так же, как в случае прекращения действия договора в соответствии с пунктом 1 b) статьи 70 Венской конвенции 1969 года.

76. Такая норма поведения демонстрирует, что некоторые государства придают последствиям временного применения ту же юридическую силу, что и последствиям действующего договора.

77. Кроме того, Соединенные Штаты в докладе о своей практике указали, что прекращение временного действия может быть обусловлено, в частности, вступлением договора в силу<sup>54</sup>, прямо выраженным намерением не ратифицировать договор<sup>55</sup> или истечением определенного срока<sup>56</sup>.

78. Необходимо подчеркнуть, что никакие положения Венской конвенции 1969 года не лишают государства возможности прекратить временное применение, а впоследствии вернуться к режиму,

<sup>51</sup> См. Американскую конвенцию о правах человека, статья 78, пункт 2, и Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, статья 58, пункт 2.

<sup>52</sup> Ascensio, "1969 Vienna Convention. Article 70: Consequences of the termination of a treaty", p. 1586.

<sup>53</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 302.

<sup>54</sup> См. Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года; Соглашение о международной организации спутниковой связи «ИНТЕЛСАТ»; и Соглашение о международной энергетической программе.

<sup>55</sup> См. Соглашение о международной организации спутниковой связи «ИНТЕЛСАТ»; и Соглашение о международной энергетической программе.

<sup>56</sup> См. Соглашение о международной организации спутниковой связи «ИНТЕЛСАТ»; Соглашение о международной энергетической программе; Соглашение между Соединенными Штатами Америки и Кубой о продлении временного применения Соглашения о морской границе от 16 декабря 1977 года (заключенное путем обмена нотами в Гаване и Вашингтоне, 24 ноября 2011 года и 8 февраля 2012 года), TIAS 12-208.1.

устанавливаемому договором, путем ратификации договора или присоединения к нему.

79. В Венской конвенции об этом умалчивается, поскольку, видимо, предполагается, что государство решает прекратить временное применение договора из-за отсутствия намерения становиться участником договора, как это предусмотрено пунктом 2 статьи 25; тем не менее это решение может быть результатом внутренних обстоятельств разного рода – юридических или политических – или же способом напомнить другим государствам, участвовавшим в переговорах или подписавшим договор, о важности проведения и завершения процессов ратификации<sup>57</sup>.

80. В любом случае «в общем международном договорном праве никогда не устанавливалась норма, которая не допускала бы возобновления выполнения подписанных договоров»<sup>58</sup>.

81. И наконец, государство, изъявившее волю прекратить временное применение договора, должно как-то обосновать это решение остальным государствам, которые временно применяют договор, или остальным государствам, участвовавшим в переговорах или подписавшим договор, если такое решение обусловлено иными причинами. Еще в процессе переговоров по Венской конвенции 1969 года обсуждались различные идеи о возможном включении в нее положения о прекращении вследствие необоснованной задержки или снижения вероятности ратификации, но эти идеи не были реализованы<sup>59</sup>.

82. При этом следует удостовериться в том, что отзыв заявления о временном применении не является произвольным с учетом возникших в связи с ним обязательств, как это предусматривает принцип 10 вышеупомянутых руководящих принципов, применимых к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств.

83. Кроме того, прекращение временного применения не влияет на выполнение обязательств, возникших в результате временного применения договора до его прекращения, как это отмечается в пункте 1 b) статьи 70 Венской конвенции 1969 года о последствиях прекращения договора.

84. Действительно, если рассматривать временное применение договора как этап, предназначенный для перехода к его вступлению в силу, то оно прекращается в тот самый момент, когда договор вступает в силу, но очевидно, что обязательства по выполнению его положений в рамках временного применения порождают соответствующие каждому случаю правовые последствия.

<sup>57</sup> Rogoff and Gauditz, "The provisional application of international agreements", p. 52.

<sup>58</sup> Gutiérrez Baylón, *Derecho de los Tratados*, p. 184.

<sup>59</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/658, стр. 129–130, пункты 101–108.

85. Итак, если договор вступает в силу, то его временное применение прекращается для государств-участников, но не для тех государств, которые применяют его временно и которые еще не выразили согласия стать его участниками<sup>60</sup>. Из Венской конвенции 1969 года в первую очередь следует, что временное применение прекращается с вступлением в силу договора, но она не запрещает дальнейшее временное

<sup>60</sup> Lefeber, "Treaties, provisional application", para. 10.

применение тем государствам, которые еще не смогли ратифицировать договор или присоединиться к нему. Положение о прекращении временного применения по истечении определенного срока также обсуждалось во время переговоров, в результате которых была принята статья 25 Венской конвенции 1969 года, но не было в нее включено<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/658, стр. 127–128, пункты 91–100.

### ГЛАВА III

#### Правовые последствия нарушения временно применяемого договора

86. Поскольку временное применение порождает правовые последствия и может привести к возникновению прав и обязательств, регулируемых международным правом, мы можем заключить, что нарушение обязательства, вытекающего из временного применения договора, также влечет за собой правовые последствия, включая все последствия, предусматриваемые правовым режимом ответственности государства за международно-противоправные деяния.

87. В соответствии с договорным режимом, установленным в Венской конвенции 1969 года, в частности статьей 60, применение договора может быть временно приостановлено или прекращено вследствие его нарушения.

88. Можно предположить, что в тех вышеупомянутых случаях, когда временное применение является результатом соглашения между двумя или более государствами, нарушение временно применяемого договора также может привести к прекращению или приостановлению временного применения со стороны государств, которые считают себя пострадавшими в результате такого нарушения.

89. Это правовое последствие вытекает из общепризнанного принципа международного права *inadimplenti non est adimplendum*<sup>62</sup>. Этот принцип является поправкой к правилу *pacta sunt servanda* и включает понятие негативной взаимности<sup>63</sup>.

90. На это обстоятельство проще сослаться в случае нарушения временно применяемого двустороннего договора. В любом случае «нарушение не влечет за собой неопровержимого прекращения договора и необязательно влияет на выполнение конвенции в целом»<sup>64</sup>.

91. Как уже было установлено Комиссией в комментарии к проекту статьи 1 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, существует принцип международного права, согласно которому любое международно-противоправное деяние государства

порождает его международную ответственность<sup>65</sup>. Этот принцип широко применяется в международной судебной практике<sup>66</sup>.

92. Кроме того, статья 2 «Элементы международно-противоправного деяния государства» гласит:

Международно-противоправное деяние государства имеет место, когда какое-либо поведение, состоящее в действии или бездействии:

- a) присваивается государству по международному праву; и
- b) представляет собой нарушение международно-правового обязательства этого государства.

93. Поскольку уже установлено, что временное применение может порождать обязанности для государства, то в отношении присваиваемых этому государству действий, которые представляют собой нарушение международно-правового обязательства, мы выдвинем гипотезу, вытекающую из процитированной выше статьи.

94. Специальный докладчик разделяет мнение, высказанное несколькими членами Комиссии в ходе обсуждений этой темы, и в этой связи вновь заявляет о том, что действующий режим ответственности государств за международно-противоправные деяния в равной степени применим в случаях нарушения государствами обязательств, возникающих в силу временного применения договора.

95. Таким образом, Специальный докладчик воздержится от подробного рассмотрения вопроса о режиме ответственности и ограничится повторным заявлением о том, что действующий правовой режим остается в силе.

<sup>65</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 34, пункт 1) комментария к проекту статьи 1.

<sup>66</sup> См., например, *Phosphates in Morocco, Preliminary Objections, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74*, p. 10, at p. 28; *S.S. "Wimbledon", Judgment, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1*, p. 15, at p. 30; *Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (Jurisdiction), Judgment No. 8, P.C.I.J., Series A, No. 9, 1927*, p. 3, at p. 21; *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, p. 4, at p. 23; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at para. 283; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at para. 47; *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949*, p. 174, at p. 184.

<sup>62</sup> *Diversion of Water from the Meuse, Judgment, 1937, P.C.I.J., Series A/B, No. 70*, dissenting opinion of M. Anzilotti, p. 50.

<sup>63</sup> Simma and Tams, "1969 Vienna Convention. Article 60: termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach", p. 1353.

<sup>64</sup> Gutiérrez Baylón, *Derecho de los Tratados*, pp. 191–192.

## ГЛАВА IV

## Заключение

96. Специальный докладчик не считает необходимым возвращаться в настоящем втором докладе к вопросу о том, каков должен быть окончательный результат рассмотрения данной темы, и ограничивается изложением мыслей, намеченных в его первом докладе и высказанных в ходе выступления перед Комиссией.

97. Специальный докладчик хотел бы более точно определить план своей будущей работы, но он вынужден отметить, что здесь многое зависит от того, удастся ли ему получить больше информации о практике государств, на основе которой он смог бы

составить более репрезентативную выборку и извлечь определенные выводы.

98. В любом случае Специальный докладчик помнит, что он также должен рассмотреть вопрос о временном применении договоров международными организациями. Этой темой Специальный докладчик предполагает заняться в рамках своей дальнейшей работы. Разумеется, Специальный докладчик будет в высшей степени признателен членам Комиссии за руководящие указания и рекомендации, которые он получит от них.



# ВЫЯВЛЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА

[Пункт 9 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/672

## Второй доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком сэром Майклом Вудом\*

[Подлинный текст на английском языке]  
[22 мая 2014 года]

### СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе .....	199
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....	200
	<i>Пункты</i>
ВВЕДЕНИЕ .....	1–11 205
<i>Глава</i>	
I. СФЕРА ОХВАТА ТЕМЫ И РЕЗУЛЬТАТЫ РАБОТЫ .....	12–15 207
II. УПОТРЕБЛЕНИЕ ТЕРМИНОВ .....	16–20 207
III. ОСНОВНОЙ ПОДХОД: ДВА КОНСТИТУТИВНЫХ ЭЛЕМЕНТА .....	21–31 208
IV. ВСЕОБЩАЯ ПРАКТИКА .....	32–59 213
V. ПРИЗНАНИЕ В КАЧЕСТВЕ ПРАВОВОЙ НОРМЫ .....	60–80 229
VI. БУДУЩАЯ ПРОГРАММА РАБОТЫ .....	81–84 243
ПРИЛОЖЕНИЕ. Предлагаемые проекты выводов относительно выявления международного обычного права .....	245

### Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

*Источник*

Боливарианское соглашение об экстрадиции (Каракас, 18 июля 1911 года)	OAS, <i>Official Records</i> (OEA/SER.X.1), p. 19.
Конвенция о континентальном шельфе (Женева, 29 апреля 1958 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 499, No. 7302, p. 325.
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. См. также текст на русском языке: <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.

\* Специальный докладчик хотел бы поблагодарить г-на Омри Сендера за его неоценимую помощь в подготовке настоящего доклада.

## Источник

Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Нью-Йорк, 21 декабря 1965 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 660, No. 9464, p. 240.
Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 999, No. 14668, p. 225.
Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера (Вена, 14 марта 1975 года)	A/CONF.67/16.
Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1833, 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 Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (Нью-Йорк, 2 декабря 2004 года)	Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 49 (A/59/49), том I, резолюция 59/38, приложение.

## Работы, цитируемые в настоящем докладе

- ACEVES, William J.  
 “The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of State practice”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17 (1996), pp. 995–1068.
- AKEHURST, Michael  
 “Custom as a source of international law”, *BYBIL 1974–1975*, vol. 47 (1977), pp. 1–53.
- ALVAREZ, Jose E.  
*International Organizations as Law-makers*. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- AMERICAN LAW INSTITUTE  
*Restatement of the Law (Third): the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1. St. Paul, American Law Institute Publishers, 1987.
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano  
 “Customary law: a few more thoughts about the theory of ‘spontaneous’ international custom”, в N. Angelet, ed., *Droit du pouvoir; pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*. Brussels, Bruylant, 2007, pp. 93–124.
- AREND, Anthony Clark  
*Legal Rules and International Society*. Oxford, Oxford University Press, 1999.
- AZNAR, Mariano J.  
 “The contiguous zone as an archaeological maritime zone”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29 (2014), pp. 1–51.
- BARBOZA, Julio  
 “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, в Calixto A. Armas Barea and others, eds., *Liber Amicorum “In Memoriam” of Judge José María Ruda*. The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 1–14.
- BAXTER, R.R.  
 “Multilateral treaties as evidence of customary international law”, *BYBIL 1965–66*, vol. 41 (1968), pp. 275–300.  
 “Treaties and custom”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1970-I*, vol. 129. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers Group, 1993, pp. 25–74.
- BELLINGER, John B., and William J. HAYNES  
 “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 (2007), pp. 443–471.
- BERNHARDT, R.  
 “Custom and treaty in the law of the sea”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1987-V*, vol. 205, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 247–330.
- BIRNIE, P.W., and A.E. BOYLE  
*International Law and the Environment*, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BODANSKY, Daniel  
 “Customary (and not so customary) international environmental law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 3 (1995), pp. 105–119.
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, Yuefen LI, and Marie SUDREAU  
 “Emerging customary international law in sovereign debt governance?”, *Capital Markets Law Journal*, vol. 9 (2014), pp. 55–72.
- BOS, Maarten  
 “The identification of custom in international law”, *German Yearbook of International Law*. (1982), pp. 9–53.  
*A Methodology of International Law*. Amsterdam, North-Holland, 1984.
- BOYLE, Alan, and Christine CHINKIN  
*The Making of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRIGGS, Herbert W.  
 “Colombian–Peruvian asylum case and proof of customary international law”, *AJIL*, vol. 45 (1951), pp. 728–731.
- BROWNLIE, Sir Ian  
*The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1998.  
 “Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”, *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. I. Naples, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 313–318.



- BUERGENTHAL, Thomas, and Sean D. MURPHY  
*Public International Law in a Nutshell*, 5th ed. St. Paul, West, 2013.
- 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*. Paris, Pedone, 2001.
- CAI, Congyan  
“International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law rules”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 7 (2008), pp. 659–679.
- CARTY, Anthony  
“Doctrine versus State practice”, в Bardo Fassbender and Anne Peters, eds., *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 972–996.
- CASELLA, Paulo Borba  
“Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law”, 2013 Amado Lecture before the Commission (speaking notes available with the Special Rapporteur).
- CASSESE, Antonio  
*International Law*, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- CHARNEY, Jonathan  
“Universal international law”, *AJIL*, vol. 87 (1993), pp. 529–551.  
“The contemporary role of customary international law”, в W.P. Heere, ed., *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence: Proceedings of the Third Joint Conference held in The Hague, The Netherlands, July 13-15, 1995*, The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1996, pp. 20–24.
- CHEN, Lung-Chu  
*An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2nd ed. New Haven, Yale University Press, 2000.
- CHENG, Bin  
“Custom: the future of general State practice in a divided world”, в Ronald St. John Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1983, pp. 513–554.  
“On the nature and sources of international law”, в Bin Cheng, ed., *International Law: Teaching and Practice*, London, Stevens and Sons, 1988, pp. 203–233.
- CLAPHAM, Andrew  
*Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, 7th ed. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- CONFORTI, Benedetto, and Angelo LABELLA  
*An Introduction to International Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.
- CORTEN, Olivier  
*Méthodologie du droit international public*. Brussels, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.  
*The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*. Oxford, Hart Publishing, 2010.  
*Le droit contre la guerre*, 2nd ed. Paris, Pedone, 2014.
- CRAWFORD, James  
*Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. Oxford, Oxford University Press, 2012.  
*State Responsibility. The General Part*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- CROOTOF, Rebecca  
“Constitutional convergence and customary international law”, *Harvard International Law Journal Online*, vol. 54 (2013), pp. 195–203.
- 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 (2006), pp. 239–263.
- D'AMATO, Anthony  
*The Concept of Custom in International Law*. Ithaca, Cornell University Press, 1971.  
“Custom and treaty: a response to Professor Weisburd”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1988, pp. 459–472.
- D'ASPREMONT, Jean  
“Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system”, в Jean D'Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, London, Routledge, 2013, pp. 425–439.
- DAHLMAN, Christian  
“The function of *opinio juris* in customary international law”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 81 (2012), pp. 327–339.
- DAILLER, Patrick, Mathias FORTEAU, and Alain PELLET  
*Droit international public*, 8th ed. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009.
- DAMROSCH, Lori Fisler, and others  
*International Law: Cases and Materials*, 5th ed. St. Paul, West, 2009.
- DANILENKO, Gennady M.  
“The theory of international customary law”, *German Yearbook of International Law* (1988), pp. 9–47.  
*Law-making in the International Community*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
- DE VISSCHER, Charles  
*Theory and Reality in Public International Law*. Princeton, Princeton University Press, 1968.
- DEGAN, V.D.  
*Sources of International Law*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1997.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel  
*Instituciones de derecho internacional público*, 18th ed., coordinated by Concepción Escobar Hernández. Madrid, Tecnos, 2013.
- DINSTEIN, Yoram  
“The interaction between customary law and treaties”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 322, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 242–428.
- DUGARD, John  
*International Law: A South African Perspective*, 4th ed. Cape Town, Juta, 2012.
- DUPUY, Pierre-Marie, and Yann KERBRAT  
*Droit international public*, 10th ed. Paris, Dalloz, 2010.

- ELIAS, Olufemi  
 “The nature of the subjective element in customary international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44 (1995), pp. 501–520.
- ELIAS, Olufemi, and C.L. LIM  
*The Paradox of Consensualism in International Law*. The Hague, Kluwer Law International, 1998.
- FERRARI BRAVO, Luigi  
 “Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1985-III*, vol. 192, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 233–330.
- 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, Sir Gerald  
 “The law and procedure of the International Court of Justice, 1951–54: general principles and sources of law”, *BYBIL* 1953, vol. 30 (1954), pp. 1–70.
- FUMAGALLI, Luigi  
 “Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom”, в Nerina Boschiero and others, eds., *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, The Hague, Asser Press, 2013, pp. 137–146.
- GÉNY, FRANÇOIS  
*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919.
- GUNNING, Isabelle  
 “Modernizing customary international law: the challenge of human rights”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 31 (1991), pp. 211–247.
- GUZMAN, Andrew T., and Timothy L. MEYER  
 “Customary international law in the 21st century”, в Russell A. Miller and Rebecca M. Bratpies, eds., *Progress in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.
- HANNIKAINEN, Lauri  
 “The collective factor as a promoter of customary international law”, *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (2006), pp. 125–141.
- HIGGINS, Rosalyn  
*The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*. London, Oxford University Press, 1963.  
*Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HOFFMEISTER, Frank  
 “The contribution of EU practice to international law”, в Marise Cremona, ed., *Developments in EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 37–127.
- HUDSON, Manley O.  
*The Permanent Court of International Justice, 1920–1942—A Treatise*. New York, Macmillan, 1943.
- HUESA VINAIXA, Rosario  
*El Nuevo Alcance de la “Opinio Iuris” en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1991.
- JENNINGS, Sir Robert  
 “What is international law and how do we tell it when we see it?”, *Annuaire suisse de droit international*, vol. 37 (1981), pp. 59–88.  
 “The identification of international law”, в Bin Cheng, ed., *International Law: Teaching and Practice*, London, Stevens and Sons, 1982, pp. 3–9.
- JENNINGS, Sir Robert, and Sir Arthur WATTS, eds.  
*Oppenheim’s International Law*, vol. I, Peace, 9th ed. Harlow, Longman, 1992.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo  
 “International law in the past third of a century”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1978-I*, vol. 159, Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1979, pp. 2–343.
- JOHNSTONE, Ian  
 “Law-making through the operational activities of international organizations”, *George Washington International Law Review*, vol. 40 (2008), pp. 87–122.
- KADENS, Emily, and Ernest A. YOUNG  
 “How customary is customary international law?”, *William & Mary Law Review*, vol. 54 (2013), pp. 885–920.
- KAMMERHOFER, Jörg  
*Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*. London, 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.  
 “Law-making by scholars”, в Catherine Brölmann and Yannick Radi, eds., *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham, Edward Elgar, готовится к публикации.
- KELSEN, Hans  
 “Théorie du droit international coutumier”, в Charles Leben, *Hans Kelsen, Ecrits français de droit international*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, pp. 61–84.
- KLABBERS, Jan  
 “International organizations in the formation of customary international law”, в Enzo Cannizzaro and Paolo Palchetti, eds., *Customary International Law on the Use of Force*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.  
*International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- KIRGIS, Frederic L., Jr.  
 “Custom on a sliding scale”, *AJIL*, vol. 81 (1987), pp. 146–151.
- KOLB, Robert  
 “Selected problems in the theory of customary international law”, *Netherlands International Law Review*, vol. 50, No. 2 (2003), pp. 119–150.
- KOPELMANAS, Lazare  
 “Custom as a means of the creation of international law”, *BYBIL* 1937, vol. 18 (1937), pp. 127–151.
- KOSKENNIEMI, Martti  
 “Theory: implications for the practitioner”, в *Theory and International Law: An Introduction*, London, British Institute of International and Comparative Law, 1991, pp. 1–45.  
*From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- KUNZ, Joseph L.  
 “The nature of customary international law”, *American Journal of International Law*, vol. 47, No. 4 (1953), pp. 662–669.

- LAUTERPACHT, Sir Hersch  
 “Decisions of municipal courts as a source of international law”, *BYBIL* 1929, vol. 10 (1929), pp. 65–95.  
 “Sovereignty over Submarine Areas”, *BYBIL* 1950, vol. 27, 1951, pp. 376–433.  
*The Development of International Law by the International Court*. London, Stevens and Sons, 1958.
- LEFKOWITZ, David  
 “(Dis)solving the chronological paradox in customary international law: a Hartian approach”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 21 (2008), pp. 129–148.
- LEPARD, Brian D.  
*Customary International Law: A New Theory with Practical Implications*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LOWE, Vaughan  
*International Law*. Oxford University Press, 2007.
- MACGIBBON, Iain  
 “Customary international law and acquiescence”, *BYBIL* 1957, vol. 33, 1958, pp. 115–145.  
 “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 and Sons, 1982, pp. 10–26.
- MALUWA, Tiyanjana  
 “Custom, authority and law: some jurisprudential perspectives on the theory of customary international law”, *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 6 (1994), pp. 387–410.
- MEIJERS, Herman  
 “How is international law made?—The stages of growth of international law and the use of its customary rules”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9 (1978), pp. 3–26.  
 “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  
 “The subjective element in customary international law”, *BYBIL* 1995, vol. 66 (1996), pp. 177–208.  
 “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.
- MILLÁN MORO, Lucia  
*La “Opinio Iuris” en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- MOREMEN, Philip M.  
 “National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 32, No. 2 (2006), pp. 259–309.
- MÜLLERSON, Rein  
 “On the nature and scope of customary international law”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2 (1997), pp. 341–360.  
 “The interplay of objective and subjective elements in customary law”, в Karel Wellens, ed., *International Law: Theory and Practice—Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 161–178.
- MURPHY, Sean D.  
*Principles of International Law*. 2nd ed. St. Paul, West, 2012.
- ORAKHELASHVILI, Alexander  
*The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- PAASIVIRTA, Esa, and Pieter Jan KUIJPER  
 “Does one size fit all? The European Community and the responsibility of international organizations”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 36 (2005), pp. 169–226.
- PALCHETTI, Paolo  
 “De facto organs of a State”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1048–1052.
- PARRY, Clive  
 “The practice of States”, *The Grotius Society Problems of Public and Private International Law*, vol. 44, London, British Institute of International and Comparative Law, 1958, pp. 145–186.
- PAUST, Jordan J.  
 “Nonstate actor participation in international law and the pretense of exclusion”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 51 (2011), pp. 977–1004.
- PELLET, Alain  
 “Article 38”, в Andreas Zimmermann and others, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 731–870.
- PETRIČ, Ernest  
 “Customary international law in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia”, готовится к публикации.
- REISMAN, W. Michael  
 “The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application”, в Rüdiger Wolfrum and Volker Röben, eds., *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, pp. 15–30.
- ROBERTS, Anthea  
 “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.
- ROBERTS, Anthea, and Sandesh SIVAKUMARAN  
 “Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law”, *Yale Journal of International Law*, vol. 37 (2012), pp. 107–152.
- ROSENNE, Shabtai  
*Practice and Methods of International Law*. London, Oceana Publications, 1984.
- SANTULLI, Carlo  
*Introduction au droit international*. Paris, Pedone, 2013.
- SCHACHTER, Oscar  
 “Entangled treaty and custom”, в Yoram Dinstein and M. Tabory, eds., *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 717–738.
- SCHARF, Michael P.  
*Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- SÉFÉRIADÈS, S.  
 “Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement”, *RGDIP*, vol. 43, No. 2 (1936), pp. 129–196.

- SENDER, Omri, and Sir Michael WOOD  
 “The emergence of customary international law: between theory and practice”, в Catherine Brölmann and Yannick Radi, eds., *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham, Edward Elgar, готовится к публикации.
- SHAW, Malcolm N.  
*International Law*, 6th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- SINCLAIR, Sir Ian  
 “The impact of the unratified codification convention”, в Adriaan Bos and Hugo Siblesz, eds., *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 211–229.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof  
 “Elements of custom and the Hague Court”, *Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), pp. 810–854.
- SLAMA, Jo Lynn  
 “Opinio Juris in customary international law”, *Oklahoma City University Law Review*, vol. 15 (1990), pp. 603–656.
- SOHN, L.B.  
 “Unratified treaties as a source of customary international law”, в Adriaan Bos and Hugo Siblesz, eds., *Realism in Law-making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 231–246.
- STEER, Cassandra  
 “Non-State actors in international criminal law”, в Jean D’Aspremont, ed., *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, London, Routledge, 2011, pp. 295–310.
- STERN, Brigitte  
 “Custom at the heart of international law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, No. 1 (2001), pp. 89–108.
- STRUPP, Karl  
 “Regles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, 1934, vol. 47, Leiden, A.W. Sijthoff, 1968, pp. 259–595.
- SUY, Eric  
 “Innovations in international law-making processes”, в Ronald St. John Macdonald, Douglas M. Johnston and Gerald L. Morris, eds., *The International Law and Policy of Human Welfare*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1978, pp. 187–200.
- TAKI, Hiroshi  
 “Opinio juris and the formation of customary international law: a theoretical analysis”, *German Yearbook of International Law*, vol. 51 (2008), pp. 447–466.
- TASIOULAS, John  
 “Opinio juris and the genesis of custom: a solution to the ‘paradox’”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 26 (2007), pp. 199–205.
- THIRLWAY, Hugh  
*International Customary Law and Codification*. Leiden, Sijthoff, 1972.  
 “The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989 (Part Two)”, *BYBIL* 1990, vol. 61 (1991), pp. 1–133.
- The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, vol. II. Oxford, Oxford University Press, 2013.
- The Sources of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2014.
- ТОМКА, PETER  
 “Custom and the International Court of Justice”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, No. 2 (2013), pp. 195–216.
- 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, G.I.  
 “Remarks on the juridical nature of customary norms of international law”, *California Law Review*, vol. 49 (1961), pp. 419–430.
- VAN HOOF, G.J.H.  
*Rethinking the Sources of International Law*. Antwerp, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983.
- VANHAMME, Jan  
 “Formation and enforcement of customary international law: The European Union’s contribution”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 39 (2008), pp. 127–154.
- VERDROSS, Alfred  
 “Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts”, *Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 29 (1969), pp. 635–653.
- VILLIGER, Mark E.  
*Customary International Law and Treaties*, 2nd ed. The Hague, Kluwer Law International, 1997.
- WALDOCK, Sir Humphrey  
 “General course on public international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1962-II*, vol. 106, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers Group, 1993, pp. 247–330.
- WALTER, Christian  
 “Subjects of international law”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 636–643.
- WEISBURD, Arthur M.  
 “Customary international law: the problem of treaties”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1988, pp. 1–46.  
 “The International Court of Justice and the concept of State practice”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31 (2009), pp. 295–372.
- WOLFKE, Karol  
*Custom in Present International Law*, 2nd ed. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.  
 “Some persistent controversies regarding customary international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), The Hague, Martinus Nijhoff, pp. 1–16.  
 “Treaties and custom: aspects of interrelation”, в Jan Klabbers and Rene Lefeber, 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  
 “Sources of international law”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9 (2012), Oxford, Oxford University Press, pp. 299–313.

WOOD, Sir Michael, and Omri SENDER

“State practice”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9 (2012), Oxford, Oxford University Press, pp. 509–517.

WORSTER, William Thomas

“The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law”, *Boston University International Law Journal*, vol. 31 (2013), pp. 1–73.

WOUTERS, Jan, and Philip DE MAN

“International organizations as law-makers”, в Jan Klabbers and Asa Wallendahl, eds., *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 190–224.

WUERTH, Ingrid

“International law in domestic courts and the *Jurisdictional Immunities of the State* case”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, No. 12 (2012), pp. 819–837.

YEE, Sienho

“The news that *opinio juris* ‘is not a necessary element of customary [international] law’ is greatly exaggerated”, *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), pp. 227–238.

ZEMANEK, Karl

“What is ‘State practice’ and who makes it?”, в Ulrich Beyerlin and others, eds., *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer-Verlag, 1995, pp. 289–306.

## Введение

1. На своей шестьдесят четвертой сессии в 2012 году Комиссия международного права включила тему «Формирование и доказательства существования международного обычного права» в свою текущую программу работы и провела первоначальные прения на основе доклада Специального докладчика сэра Майкла Вуда<sup>1</sup>. Кроме того, в 2012 году Генеральная Ассамблея после обсуждения в Шестом комитете с удовлетворением отметила решение Комиссии включить эту тему в ее программу работы<sup>2</sup>.

2. На своей шестьдесят пятой сессии в 2013 году Комиссия провела общие прения<sup>3</sup> на основе первого доклада Специального докладчика<sup>4</sup>, который носил вводный характер, а также меморандума Секретариата под названием «Элементы результатов предыдущей работы Комиссии международного права, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме»<sup>5</sup>. С учетом обсуждений и после неофициальных консультаций Комиссия решила изменить название темы, с тем чтобы она называлась следующим образом: «Выявление международного обычного права». Отчасти это было сделано во избежание трудностей с переводом слова «доказательство» на другие официальные языки Организации Объединенных Наций, а также с тем, чтобы особо подчеркнуть, что главная цель этой темы заключается в ориентации тех, к кому был обращен призыв определить наличие той или иной нормы международного обычного права. Название было изменено при том понимании, что вопросы, касающиеся, как отметил один из членов Комиссии, «элементов формирования» и свидетельств или доказательств существования международного обычного права, остались в сфере охвата этой темы<sup>6</sup>.

3. Кроме того, Специальный докладчик сделал следующие выводы<sup>7</sup> по итогам прений и неофициальных консультаций:

a) члены Комиссии в общем поддержали «двухэлементный» подход, а именно: выявление существования нормы международного обычного права требует анализа как общей практики, так и признания в качестве правовой нормы. Практически все выступившие в явно выраженной форме поддержали этот подход, и в его пользу свидетельствует большой массив материалов, указанных в первом докладе, и никто этого не оспаривал. В то же время было признано, что два элемента могут порой «тесно переплетаться» и что относительная значимость, придаваемая каждому из них, может варьироваться в зависимости от обстоятельств;

b) очень многие выразили согласие с тем, что основные материалы для установления ориентиров по этой теме, по всей видимости, – это подход государств, а также подход международных судов и трибуналов, в первую очередь Международного Суда;

c) было достигнуто общее согласие с мнением о том, что итоги работы по этой теме должны носить практический характер и должны быть облечены в форму «выводов» с комментариями. Кроме того, было достигнуто общее согласие с тем, что при разработке выводов Комиссии не следует использовать чересчур директивный подход;

d) было достигнуто общее согласие о том, что Комиссии потребуется в определенной степени рассмотреть вопрос о связи между международным

<sup>1</sup> См. *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/653, стр. 65, пункт 1.

<sup>2</sup> Резолюция 67/92 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 2012 года, пункт 7.

<sup>3</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том I, 3181–3186-е заседания; см. также там же, том II (часть вторая), стр. 75–80, пункты 66–107.

<sup>4</sup> См. там же, том II (часть первая), документ A/CN.4/663.

<sup>5</sup> См. там же, документ A/CN.4/659.

<sup>6</sup> Там же, том I, 3186-е заседание. Следует напомнить в этом контексте соображение Дженнингса о том, что «в международном праве вопросы о том, существует ли та или иная обычно-правовая

норма и как формируется обычное право, как правило, на практике совпадают» (Jennings, “What is international law and how do we tell it when we see it?”, p. 60). См. также Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 116: «Установление и формирование норм международного обычного права всегда тесно взаимосвязаны, поскольку, с одной стороны, процесс формирования определяет средства идентификации обычных норм, а с другой стороны, действия по установлению обычая или его элементов оказывают влияние на его дальнейшее развитие. Эта взаимозависимость уже явствует из содержания Статьи 38.1 b) Статута [Международного Суда]».

<sup>7</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том I, 3186-е заседание.

обычным правом и другими источниками международного права, в частности договорами и общими принципами права. Кроме того, была проявлена заинтересованность в изучении такого вопроса как «специальное» или «региональное» международное обычное право;

е) большинство членов Комиссии выразили мнение о том, что императивные нормы международного права не должны рассматриваться в рамках настоящей темы.

4. Во время обсуждений в Шестом комитете в 2013 году делегации поддержали «двухэлементный» подход, подчеркнув при этом необходимость рассмотрения вопроса об относительной роли, которую играют практика государств и *opinio juris*. Были выражены различные мнения относительно того, следует ли включать подробный анализ *jus cogens* в сферу охвата настоящей темы. Намерение Комиссии рассмотреть вопрос о взаимосвязи между международным обычным правом и другими источниками международного права в целом было поддержано, хотя отмечалось, что вопрос об иерархии источников – это предмет для отдельного рассмотрения. Была подчеркнута важность рассмотрения вопроса о «специальных» или «региональных» нормах международного обычного права, включая «двусторонний обычай»<sup>8</sup>.

5. Делегации вновь подтвердили важность учета при выявлении норм обычного международного права, насколько это возможно, практики государств со всех регионов, однако при этом отметили, что относительно небольшое число государств на систематической основе занимается сбором информации и публикацией материалов о своей практике. Высказывались осторожные мнения по поводу анализа государственной практики, в частности относительно решений внутригосударственных и региональных судов. Кроме того, была высказана идея о том, что следует рассмотреть вопрос о практике международных организаций<sup>9</sup>.

6. Одна или две делегации выдвинули предложение о том, что вопрос о форме окончательных итогов работы Комиссии над этой темой должен быть рассмотрен на более позднем этапе; тем не менее сейчас намерение Комиссии состоит в том, чтобы результаты ее работы были облечены в форму «выводов» с комментариями, и это намерение получило широкую поддержку. Была подчеркнута важность неприменения чересчур ограничительного подхода в силу необходимости сохранения гибкости норм международного обычного права<sup>10</sup>.

7. На своей шестьдесят пятой сессии в 2013 году Комиссия обратилась к государствам с просьбой

к 31 января 2014 года представить информацию об их практике, касающейся формирования международного обычного права и

типов доказательств, приемлемых для установления существования норм такого права в той или иной ситуации, а именно:

а) официальных заявлениях в законодательных органах, судах и международных организациях; и

б) решениях национальных, региональных и субрегиональных судов<sup>11</sup>.

На дату составления настоящего доклада письменные материалы были получены от девяти государств<sup>12</sup>, за что Специальный докладчик выражает им особую признательность. Представление новых материалов будет приветствоваться в любое время.

8. Специальный докладчик также приветствует вклад, который могут внести академические органы для целей обсуждения этого вопроса. На протяжении прошедшего года или двух прошлых лет различные институты организовывали совещания по аспектам этой темы, которые носили как конструктивный, так и стимулирующий характер. За период после шестьдесят пятой сессии Комиссии был издан ряд новых релевантных публикаций, а также решения международных судов и трибуналов, которые учтены в настоящем докладе.

9. В первом докладе<sup>13</sup> была предпринята попытка охарактеризовать основные материалы, с которыми следует ознакомиться для целей настоящей темы, и были рассмотрены некоторые предварительные вопросы. Во втором докладе затрагиваются центральные вопросы, касающиеся подхода к выявлению норм «общего» международного обычного права, в частности двух составных элементов и порядка определения их наличия. В главе I доклада, в которой затрагивается вопрос о сфере охвата этой темы и итогах работы над ней, разъясняется, что проекты выводов касаются метода выявления норм международного обычного права и не затрагивают реального существования таких норм. Глава II, касающаяся употребления терминов, включает дефиницию международного обычного права, которая навеяна формулировкой Статьи 38, пункт 1 b), Статута Международного Суда, однако не содержит прямой ссылки на это положение. В главе III описывается в общем виде основной «двухэлементный» подход, при этом под этими элементами подразумеваются «всеобщая практика» и «признание в качестве правовой нормы» (обычно упоминаемые соответственно как «государственная практика» и «*opinio juris*»). В главах IV и V содержится более подробный анализ этих двух элементов (как разъясняется в главе VI, посвященной будущей программе работы), который будет продолжен в третьем докладе.

10. Представляется желательным охватить в одном и том же докладе как практику, так и «*opinio juris*» с учетом тесной взаимосвязи между обоими этими понятиями. В то же время это свидетельствует о неизбежной необходимости рассмотрения в настоящем докладе

<sup>8</sup> Тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят восьмой сессии, документ A/CN.4/666, пункты 43–44.

<sup>9</sup> Там же, пункты 45–46.

<sup>10</sup> Там же, пункт 47.

<sup>11</sup> Ежегодник... 2013 год, том II (часть вторая), стр. 16, пункт 26.

<sup>12</sup> Бельгия, Ботсвана, Германия, Ирландия, Куба, Российская Федерация, Сальвадор, Соединенное Королевство и Чешская Республика.

<sup>13</sup> Ежегодник... 2013 год, том II (часть первая), документ A/CN.4/663.

большого массива информации, и следует отметить, что в Комиссии и Шестом комитете обстоятельные обсуждения проведены не будут. Поэтому содержание глав IV и V неизбежно будет носить весьма предварительный характер; Специальному докладчику может потребоваться провести обзор и доработку как текста, так и предложенных выводов в следующем докладе.

11. В настоящем докладе предлагаются 11 проектов выводов, которые содержатся в приложении. Как там

указывается, предлагается, чтобы проекты выводов были разделены на четыре части: введение; два конститутивных элемента; общая практика; и признание в качестве правовой нормы. Это разделение определяет общую структуру, предусмотренную Специальным докладчиком. Новые проекты выводов будут предложены в следующем докладе – однако всегда с учетом мнений членов Комиссии, – и маловероятно, что они скажутся на структуре.

## ГЛАВА I

### Сфера охвата темы и результаты работы

12. Прения в Комиссии и Шестом комитете в 2013 году подтвердили целесообразность рассмотрения настоящей темы, которая, в частности, нацелена на выработку практических ориентиров для тех, независимо от их статуса, к кому обращен призыв выявить нормы международного обычного права, особенно к тем, кто не всегда являются специалистами в общей области международного публичного права. Важно обеспечить определенную степень ясности с точки зрения практического применения этого центрального элемента международного права при признании того, что обычный процесс является имманентно гибким. Как широко признано:

Вопрос об источниках... имеет чрезвычайно важное значение; и юридические и философские споры, которые продолжают бушевать, имеют более чем академическую значимость. Было бы правильным и надлежащим учитывать их и участвовать в интеллектуальных обменах. Однако мы не должны игнорировать тот факт, что необходимость в них – это прискорбное признание неадекватности правовой системы<sup>14</sup>.

13. Разумеется, что предмет настоящей темы не заключается в определении материально-правового содержания норм международного обычного права или рассмотрении важного вопроса о том, кто обязан соблюдать конкретные нормы (государства, международные организации, другие субъекты

<sup>14</sup> Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, p. 17.

международного права). Тема касается исключительно методологического вопроса выявления международного обычного права.

14. Задача рассмотрения настоящей темы и ее выводов заключается в том, чтобы не влиять на текущую работу над другими темами. Кроме того, будет важно по мере продвижения работы над этой темой избегать рассмотрения вопросов, касающихся других источников международного права, включая общие принципы права (Статья 38, пункт 1 *c*), Статута Международного Суда). Эта работа также не будет касаться вопросов, связанных с *jus cogens*, которые могут стать отдельной темой для рассмотрения.

15. С учетом вышеизложенного предлагается следующий проект вывода:

#### *«Проект вывода 1. Сфера охвата»*

1. Настоящие проекты выводов касаются методологии определения существования и содержания норм международного обычного права.

2. Настоящие проекты выводов не наносят ущерба методологии, касающейся других источников международного права и вопросов, связанных с императивными нормами международного права (*jus cogens*)».

## ГЛАВА II

### Употребление терминов

16. В своем первом докладе Специальный докладчик предложил определение «международного обычного права», которое состояло в простой перекрестной ссылке на Статью 38, пункт 1 *b*), Статута Международного Суда<sup>15</sup>. Несколько членов Комиссии выразили мнение о том, что эта ссылка не является в полной мере удовлетворительной как по соображениям того, что она не является самостоятельной, так и поскольку она может рассматриваться как слишком сильно опирающаяся на Статут, который с точки

зрения терминов применим по отношению только к Международному Суду<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/663, стр. 150, пункт 45.

<sup>16</sup> Там же, стр. 147–148, пункт 32: «Статья 38, пункт 1, часто упоминается или воспроизводится в более поздних документах. Хотя согласно формулировке она касается только МС, источники, указанные в Статье 38, пункт 1, в целом считаются применимыми и для других международных судов и трибуналов с учетом любых специальных норм в их соответствующих уставах». Вводная часть Статьи 38, пункт 1, в том виде, в котором она была принята в 1945 году («Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права», применяет), дает серьезные основания полагать, что цель этого положения Статута заключается в указании источников международного права.

17. Поэтому Специальный докладчик предлагает Комиссии принять определение международного обычного права, основывающееся на формулировке Статута Международного Суда без прямого указания на него. Это позволило бы сохранить основные концепции («всеобщая практика»; «признание в качестве правовой нормы»), которые лежат в основе подхода не только самого Международного Суда, но и других судов и трибуналов, а также государств<sup>17</sup>. Формулировка Статьи 38, пункт 1 *b*), которая имеет почти столетнюю историю, продолжает широко использоваться и вовсе не потеряла своей актуальности. В действительности, по сравнению с терминами, которые, по-видимому, более широко используются сегодня («государственная практика» и «*opinio juris*»), формулировка в Статуте представляется менее проблематичной и более современной. В любом случае разделение на два разных элемента, вытекающее из формулировки Статута, «является чрезвычайно полезным инструментом для “выявления” обычных норм»<sup>18</sup>.

18. Другой термин, который, по-видимому, было бы целесообразным определить, – это термин «международная организация». Представляется уместным использовать определение, употребленное в статье 1, пункт 1, подпункт 1, Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера, а также в статье 2, пункт 1 *i*), Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными

<sup>17</sup> См. пункты 24–25 ниже.

<sup>18</sup> Pellet, “Article 38”, p. 813. См. также Danilenko, “The theory of international customary law”, pp. 10–11: «...определение обычая, предусмотренное в Статье 38 Статута, является чрезвычайно важным для теории и практики в области международного обычного права. Во-первых, Статья 38 подтверждает признание всеми государствами международного обычая в качестве одного из основных источников международного права... Во-вторых, Статья 38 отражает согласие всех членов международного сообщества относительно базовых составляющих элементов, необходимых для формирования и функционирования обычных норм международного права, а именно практики, с одной стороны, и признания этой практики в качестве права – с другой»; Arangio-Ruiz, “Customary law: a few more thoughts about the theory of ‘spontaneous’ international custom”, p. 105.

организациями или между международными организациями, а именно что «международная организация» означает «межправительственную организацию». Как явствует из комментария Комиссии, более детальное определение, использованное в проектах статей об ответственности международных организаций, было разработано с учетом конкретных обстоятельств, касающихся этой темы<sup>19</sup>. В настоящем контексте, как представляется, более предпочтительным является более общее и широкое определение.

19. По мере разработки темы возникнет вопрос о необходимости в определении новых терминов. Если в конечном счете будет включено положение относительно «употребления терминов», то может быть целесообразно сформулировать исключаящую оговорку по примеру оговорок, содержащихся в ранее принятых текстах на основе проектов Комиссии, таких как статья 2, пункт 3, Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности<sup>20</sup>.

20. В свете вышеизложенного предлагается следующий проект выводов:

*«Проект вывода 2. Употребление терминов*

Для целей настоящих проектов выводов:

- a) термин «международное обычное право» означает те нормы международного права, которые вытекают из всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, и отражают ее;
- b) термин «международная организация» означает межправительственную организацию;
- c) ...»

<sup>19</sup> Ежегодник... 2011 год, том II (часть вторая), стр. 56–59, пункты 1)–15) комментария к проекту статьи 2.

<sup>20</sup> Эта статья гласит следующее: «Положения пунктов 1 и 2, касающиеся употребления терминов в настоящей Конвенции, не наносят ущерба употреблению этих терминов или значениям, которые могут быть им приданы в других международных документах или во внутреннем праве любого государства».

### ГЛАВА III

#### Основной подход: два конститутивных элемента

21. Настоящий доклад основывается на посылке о том, что для выявления той или иной нормы международного обычного права требуется анализ как практики, так и ее признания в качестве правовой нормы («двухэлементный» подход)<sup>21</sup>. Этот подход получил широкую поддержку в Комиссии в ходе ее прений в 2013 году, а также в Шестом комитете<sup>22</sup>. Как разъясняется ниже, двухэлементный подход действительно в общем используется в практике государств и при принятии решений международными судами и трибуналами, в том числе Международным Судом.

Он пользуется широко распространенной поддержкой в научных трудах.

22. Согласно этому подходу можно констатировать наличие нормы международного обычного права в том случае, когда «всеобщая практика» «признается в качестве правовой нормы». Эти два требования, «критерии, которые [Международный Суд] неоднократно излагал для выявления нормы международного обычного права»<sup>23</sup>, должны быть идентифицированы в том

<sup>21</sup> См. также пункт 3 *a*) выше.

<sup>22</sup> См. также пункт 24 ниже.

<sup>23</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 122, para. 55; в этом же пункте Международный Суд указал следующее:



или ином конкретном случае в поддержку вывода о том, что возникла соответствующая норма международного обычного права. Таким образом, для целей тщательного анализа наличия той или иной нормы международного обычного права «было бы необходимым убедиться в том, что такая норма отвечает условиям, предъявляемым к формированию того или иного международного обычая»<sup>24</sup>.

23. В действительности, для того чтобы та или иная норма международного обычного права могла так называться, необходимы два следующих элемента: как один автор разъяснил,

без практики (*consuetudo*) международное обычное право может стать неправильно употребляемым термином, поскольку только практика является главным характерным отличием такого рода международного права. С другой стороны, без субъективного элемента признания практики в качестве правовой нормы исчезнет различие между международным обычаем и простым обыкновением (*usus*) или другими неправовыми нормами поведения<sup>25</sup>.

24. Двухэлементный подход пользуется широкой поддержкой в государственной практике. В качестве лишь двух недавних примеров можно указать на то, что Руанда, Соединенные Штаты Америки и Уругвай заявили в двусторонних инвестиционных договорах «об их общем понимании», согласно которому международное обычное право «вытекает из общей и последовательной практики государств, которой они следуют, руководствуясь чувством правовой обязанности»<sup>26</sup>. Нидерланды и Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

«В частности... наличие нормы международного обычного права требует существования “установившейся практики” наряду с *opinio juris*»; см. также *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77: («Должны быть удовлетворены два условия. Соответствующие деяния не только должны приравниваться к установившейся практике, но должны и быть таковыми или осуществляться таким образом, чтобы можно было сделать вывод о том, что они являются доказательством убежденности в том, что эта практика стала обязательной в силу наличия соответствующих норм права»); *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 13, at p. 29, para. 27 («Разумеется, аксиомой является то, что мотив международного обычного права следует рассматривать в первую очередь с точки зрения реальной практики и *opinio juris* государств»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 97, para. 183 («Затем Суду следовало рассмотреть вопрос о том, какие нормы международного обычного права применимы по отношению к настоящему спору. Для этой цели он должен рассмотреть вопрос о практике и *opinio juris* государств»); Томка, “Custom and the International Court of Justice”, p. 197 («Фактически Суд никогда не отказывался от своей позиции, прочно утвердившейся в формулировке Статута о том, что международное обычное право – это “международная практика, признанная в качестве правовой нормы”»).

<sup>24</sup> *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 47 (joint separate opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda).

<sup>25</sup> Wolfke, *Custom in Present International Law*, pp. 40–41.

<sup>26</sup> См. приложение А к Договору между правительством Соединенных Штатов Америки и правительством Республики Руанда о поощрении и взаимной защите инвестиций (Кигали, 19 февраля 2008 года) (*Treaties and Other International Acts Series 12-0101*); и приложение А к Договору между Соединенными Штатами Америки и Восточной Республикой Уругвай о поощрении и взаимной защите инвестиций (Монтевидео, 4 ноября 2005 года) (*ibid.*, 06-1101), в которых стороны «подтверждают свое общее понимание, согласно которому “международное обычное право”, в общем плане и конкретно указанное в статье 5 и приложении В, вытекает

аналогичным образом заявили о том, что «...двумя конститутивными элементами международного обычного права [являются] широко распространенная и последовательная практика государств (практика государств) и их убеждение в том, что соблюдение является обязательным согласно той или иной норме права (*opinio juris*)»<sup>27</sup>. На такую позицию встали все государства – члены Европейского союза, приняв обновленные Руководящие принципы Европейского союза относительно содействия соблюдению норм международного гуманитарного права, в которых международное обычное право определяется в качестве одного из источников международного права, который «формируется практикой государств, воспринимаемой ими в качестве обязательной для них»<sup>28</sup>. Верховный суд Сингапура постановил, что «обширная и практически единообразная практика всех государств... наряду с *opinio juris* – это то, что необходимо, для того чтобы рассматриваемая норма стала нормой МОП [международного обычного права]»<sup>29</sup>, и в Словении подобным образом Конституционный суд постановил, что нормы «могут стать обязательными в качестве норм международного обычного права, когда применяются большим числом государств с намерением соблюдения той или иной нормы международного права»<sup>30</sup>. Конституционный суд и Верховный суд Чешской Республики также признали существенно важное значение этих двух элементов<sup>31</sup>, равно как и Апелляционный суд Новой Зеландии, который отметил, что «в международном обычном праве (неписаные) нормы международного права, имеющие обязательную силу для всех государств... возникают, когда государства следуют определенной практике в общем и последовательно исходя из чувства правовой обязанности»<sup>32</sup>. Тот факт, что как всеобщая практика, так и признание в качестве правовой нормы необходимы для формирования и идентификации международного обычного права, был, более того, признан, в частности, Австрией, Вьетнамом, Израилем, Индией, Исламской Республикой Иран, Малайзией, Португалией, Российской Федерацией, странами Северной Европы и Южной Африкой во время их выступлений в прениях в Шестом комитете, посвященных докладом Комиссии о ее работе

из общей и последовательной практики государств, которой они следуют, руководствуясь чувством юридической обязанности».

<sup>27</sup> Записка правительств Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Королевства Нидерландов в качестве *amicus curiae* в поддержку ответчиков в рассматривавшемся в Верховном суде Соединенных Штатов деле *Esther Kioibel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* (3 февраля 2012 года), стр. 8 англ. текста.

<sup>28</sup> *Official Journal of the European Union*, vol. 52, No. C 303, 15 December 2009, p. 13, para. 7.

<sup>29</sup> *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor* (Supreme Court of Singapore—Court of Appeal, 14 May 2010), para. 96, ILR, vol. 143, p. 374.

<sup>30</sup> Decision No. U-I-146/07, 13 November 2008, para. 19, footnote xix; см также case No. Up-13/99-24, decision of 8 March 2001, para. 14.

<sup>31</sup> *Succession of States and Individuals*, file No. II. US 214/98 (30 January 2001); и *Diplomatic Privileges and Immunities of a Visiting Prince Case*, file No. 11 Tcu 167/2004 (16 December 2004).

<sup>32</sup> *Zaouvi v. Attorney General*, CA20/04, Court of Appeal, Wellington, Judgment (30 September 2004), para. 34.

за 2012 год и 2013 год<sup>33</sup>. В своих недавно поданных состязательных бумагах в Международный Суд государства по-прежнему основывают свою аргументацию на двухэлементном подходе<sup>34</sup>.

25. Подобным образом другие международные суды и трибуналы согласны с тем, что для выявления норм международного обычного права требуется анализ двух элементов. Как отмечалось в первом докладе, несмотря на конкретные контексты, в которых действуют другие суды и трибуналы, в целом в существенной степени используется этот подход и практика Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда, включая нормообразующую роль, придаваемую двум элементам – практике государств и *opinio juris*<sup>35</sup>.

26. Большинство авторов также используют двухэлементный подход. Он зафиксирован как в учебниках и научных трудах по международному публичному праву<sup>36</sup>, так и в монографиях, касающихся обычая,

<sup>33</sup> *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая); и *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая). С текстами заявлений различных государств в ходе этих прений можно ознакомиться в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 18–25-е заседание (A/C.6/67/SR.18–A/C.6/67/SR.25), и там же, *шестьдесят восьмая сессия*, 17–26-е и 29-е заседания (A/C.6/68/SR.17–A/C.6/68/SR.26 и A/C.6/68/SR.29).

<sup>34</sup> Например, в деле *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* Германия выдвинула следующий аргумент: «Отсутствует всеобщая практика, поддерживаемая *opinio juris*, в отношении расширения возможностей отхода от принципа государственного иммунитета в отношении нарушений гуманитарного права, совершенных военнослужащими во время вооруженного конфликта» (Memorial of the Federal Republic of Germany, 12 June 2009, p. 33, para. 55); и Италия, которая не полагается на международное обычное право, высказала в своем контрмеморандуме мнение о том, что «рассматриваемый в настоящем деле вопрос не заключается в том, существует ли распространяемая и последовательная практика, поддерживаемая *opinio juris* и указывающая на существование обычной международно-правовой нормы, позволяющей в общем плане отказывать в иммунитете в делах, сопряженных с грубыми нарушениями международного гуманитарного права или международных стандартов в области прав человека» (Counter-Memorial of Italy, 22 December 2009, p. 82, para. 4.108). Что касается другого недавнего примера, то см. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, в частности вопросы, заданные сторонам членами Суда по окончании открытых слушаний, состоявшихся 16 марта 2012 года: подборка устных и письменных ответов и письменных замечаний в отношении указанных ответов, pp. 20–48, особенно at pp. 24–25 (Belgium), вопрос, заданный Бельгии – Сенегалу было предложено высказать свои замечания – судьей Гринвудом по окончании открытых слушаний 16 марта 2012 года. Кроме того, в других случаях, так же как государства не выдвигали аргументов относительно существования той или иной нормы международного обычного права на основе наличия только практики или только *opinio juris*, они не пытались ставить под сомнение существование той или иной предполагаемой нормы международного обычного права, аргументируя, что двухэлементный подход с теоретической точки зрения является несостоятельным.

<sup>35</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/663, стр. 155–160, пункты 66–82.

<sup>36</sup> См., например Jennings and Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, pp. 25–31; Cassese, *International Law*, p. 157 («основополагающие элементы, образующие обычай: государственная практика (*usus* или *diuturnitas*) и соответствующие мнения государств (*opinio juris* или *opinio necessitatis*)»); Dupuy and Kerbrat, *Droit international public*, p. 364, para. 324 («Бивалентность обычая непосредственно отражается в его рассмотрении в различных направлениях доктрины, будь то объективистском или волюнтаристском. Для всех направлений, опирающихся на вышеупомянутое

будь то рассматривающих конкретно источники<sup>37</sup> или же некоторые другие темы международного права<sup>38</sup>. Например, в работе *Oppenheim's International Law* («Международное право Оппенгейма») говорится, что «в подпункте *b*) пункта 1 Статьи 38... четко указывается на наличие двух существенно важных элементов обычая, а именно практики и *opinio juris*»<sup>39</sup>. И в недавнем издании *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations* («Право народов Брайерли: введение в роль права в международных отношениях») говорится:

В юридическом смысле обычай означает нечто большее, чем привычку или обыкновение; это обыкновение, которое соблюдающие его лица рассматривают как обязательное... по смыслу подпункта *b*) пункта 1 Статьи 38 Статута мы должны установить, является ли предполагаемый обычай «всеобщей практикой, признанной в качестве правовой нормы»<sup>40</sup>.

положение, содержащееся в Статье 38 *b*) Статута Гаагского суда (Постоянной палаты международного правосудия, позднее Международного Суда), для того чтобы обычай стал нормой права, необходимо наличие двух элементов»); Bos, *A Methodology of International Law*, p. 109 («Для того чтобы обычай существовал, необходимо установить наличие его предполагаемых фактологических аспектов, т. е. материальных и психологических компонентов, и сопоставить их с определением обычая»); Lowe, *International Law*, pp. 36–63; Shaw, *International Law*, p. 74 («Возможно установить два базовых элемента в процессе формирования обычая. Ими являются материальные факты, а именно реальное поведение государств и психологическое или субъективное убеждение в том, что такое поведение является правовой нормой»); см. Darnrosch and others, *International Law: Cases and Materials* («Ясно, что определение обычая состоит из двух различных элементов»); Dailler, Forteau and Pellet, *Droit international public*, p. 353 («Все признают, что процесс формирования обычая не завершен, если не присутствуют два элемента»); Murphy, *Principles of International Law*, pp. 92–93 («В своей практике государства и юристы-международники в своих трудах и судебных решениях достигли согласия о том, что международное обычное право существует тогда, когда удовлетворяются два следующих ключевых требования: 1) относительно единообразная и последовательная практика в том или ином конкретном вопросе; и 2) убеждение государств, что такая практика является с юридической точки зрения необходимой»); Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, pp. 57–63; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 23 («Существование обычая – это... вывод кого-либо (юрисконсульта, суда, правительства, комментатора) относительно двух связанных вопросов: *a*) существует ли всеобщая практика; *b*) признана ли она как международное право?»); Díez de Velasco Valledo, *Instituciones de derecho internacional público*, p. 136 («существующая практика среди субъектов международного права, которая общепризнана в качестве права»); Klabbbers, *International Law*, p. 26 («два главных требования: должна существовать всеобщая практика, и эта всеобщая практика должна быть признана в качестве правовой нормы»); Santulli, *Introduction au droit international*, p. 45 («классическая доктрина о двух элементах обычая: практика, которая является материальным элементом, и соблюдение, или *opinio juris*, которое является добровольным (или «психологическим») элементом»).

<sup>37</sup> См., например, Millán Moro, *La "Opinio Iuris" en el Derecho Internacional Contemporáneo*; Thirlway, *The Sources of International Law*, pp. 56–57 («Традиционными критериями в международном праве в плане признания того или иного имеющего обязательную силу обычая является то, что в достаточном объеме должна существовать государственная практика... и то, что это должно сопровождаться или подтверждаться доказательствами того, что традиционно называется *opinio juris* или *opinio juris sive necessitatis*»).

<sup>38</sup> Например, Corten, *Le droit contre la guerre*, chap. 1; см. более раннее издание на английском языке: Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, chap. 1.

<sup>39</sup> Jennings and Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, p. 27.

<sup>40</sup> Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, p. 57.

27. Как было отмечено в первом докладе, некоторые авторы пытаются разработать альтернативные подходы, часто отдавая предпочтение одному конститутивному элементу по сравнению с другим, будь то практика или *opinio juris*, или даже вовсе исключая один элемент<sup>41</sup>. В определенной степени это также касается усилий Ассоциации международного права, которые завершились принятием Лондонского заявления о принципах, применимых к формированию общего международного обычного права (далее – «Лондонское заявление о принципах»)<sup>42</sup>, в котором несколько занижена роль субъективного элемента<sup>43</sup>. Хотя эти работы всегда содержат интересные моменты и дают пищу для размышлений, а также были надлежащим образом (как и должно быть) приняты во внимание, судя по всему, они до сих пор не оказали значительного воздействия на подход государств и судов. Двухэлементный подход продолжает доминировать<sup>44</sup>.

28. В первом докладе был поднят вопрос о том, могут ли в разных областях существовать разные подходы к выявлению норм международного обычного права<sup>45</sup>. Например, в литературе высказывались мнения<sup>46</sup> (которые иногда повторяли на практике)<sup>47</sup>

<sup>41</sup> См. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/663, стр. 166–171, пункты 97–101.

<sup>42</sup> *Report of the Sixty-ninth Conference held in London 25–29 July 2000*, pp. 712–777 (London Statement of Principles); resolution 16/2000 (Formation of General Customary International Law) (*ibid.*, p. 39); см. также *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/663, стр. 163–164, пункты 89–91.

<sup>43</sup> В Лондонском заявлении о принципах говорилось о «предполагаемой необходимости “субъективного” элемента» (London Statement of Principles (см. предыдущую сноску), p. 718, para. 10).

<sup>44</sup> См. также Sender and Wood, “The emergence of customary international law: between theory and practice” («Двухэлементный подход... позволил обеспечить формирование и выявление норм международного права, которые в своем большинстве получили широкое признание, позволяя при этом международному обычному праву сохранять свойственную ему гибкость. Он доказал как свою полезность, так и стабильность и сохраняет свою авторитетность благодаря Статуту Международного Суда, который является обязательным для 193 государств. Другие теории в отношении того, каким образом возникают нормы международного обычного права, по существу, отражают политические подходы; как таковые они могут давать полезную ориентацию, при этом остаются частью политики, а не права»).

<sup>45</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/663, стр. 144, пункт 19.

<sup>46</sup> Там же, сноски 31–33; см. также Kolb, “Selected problems in the theory of customary international law”, p. 128: «Пришло время досконально разобраться с теорией обычая и сформулировать различные его виды (а значит, элементы) применительно к различным темам и областям. Не существует какого-то одного международного обычая; налицо множество международных обычаев, общую родственную связь которых еще предстоит вскрыть. Следовательно, необходимо создать новую карту международного обычного права, отражающую различные контуры международной жизни, а не загонять искусственно расширяющееся многообразие этого опыта в прокрустово ложе традиционной практики и *opinio juris*»; Cassese, *International Law*, pp. 160–161 («*Usus* и *opinio* как элементы обычного права играют разную роль в разных отраслях международного права, гуманитарного права вооруженных конфликтов... Вследствие [формулировки оговорки Мартенса] можно логически сделать вывод (который подтверждается практикой) о том, что требование в отношении *практики* государств может и не применяться к формированию принципа или нормы, основанных на законах гуманности или велениях общественного сознания»).

<sup>47</sup> См., например, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Case No. IT-95-16-T (International Tribunal for the Former Yugoslavia

о том, что в таких областях, как, например, международное право прав человека, международное гуманитарное право и международное уголовное право, для выявления международного обычного права достаточно одного элемента, а именно *opinio juris*<sup>48</sup>. Однако правильнее считать, что это не так<sup>49</sup>. С другой стороны, двухэлементный подход может по-разному применяться в разных областях (или, точнее говоря, в отношении различных видов норм): например, «для целей... [конкретного] случая наиболее значимая практика государств»<sup>50</sup> может быть обнаружена в одном конкретном виде практики, который будет играть «главную роль»<sup>51</sup>. Однако основополагающий

Trial Chamber), Judgment, 14 January 2000, pp. 1742–1743, para. 527: «Принципы международного гуманитарного права могут возникать через обычно-правовой процесс в ответ на требования в отношении гуманности или веления общественного сознания, даже когда практика государств невелика или непоследовательна. Другой элемент в форме *opinio necessitatis*, возникающий в результате императивов гуманности или общественного сознания, может оказаться решающим элементом, возмещающим о возникновении общей нормы или принципа гуманитарного права»; см. также Appeal Judgment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (Supreme Court Chamber), Case No. 001/18-07-2007-ECCC/SC (3 February 2012), p. 48, para. 93 («В отношении международного обычного права Палата Верховного суда считает, что при оценке появления принципа или общей нормы в отношении поведения, которое нарушает законы гуманности или веления общественного сознания, в частности, традиционное требование в отношении наличия “обширной и практически единообразной” практики государств может на самом деле быть менее строгим, чем в других областях международного права, а требование в отношении *opinio juris* может преобладать над “*usus*” как элементом обычая»).

<sup>48</sup> Аналогичным образом было указано, что «в зависимости от вида деятельности и разумности приводимой обычной нормы» можно бы было применять «скользящую шкалу», с помощью которой последовательная практика государств смогла бы устанавливать норму международного обычного права даже безо всяких доказательств признания такой практики в качестве правовой нормы, а четко установленное признание в качестве правовой нормы могло бы устанавливать норму международного обычного права безо всяких доказательств сложившейся практики: см. Kiggis, “Custom on a sliding scale”, p. 149 (эта модель также касается ситуаций, когда, соответственно, каждый из элементов существует лишь в «небольшом» количестве).

<sup>49</sup> См. также заявления, сделанные от имени Израиля, Исламской Республики Иран, Китая, Польши, Российской Федерации, Сингапура и Южной Африки в ходе обсуждения в 2013 году в Шестом комитете работы Комиссии (см. сноску 33 выше), причем все они призвали применять единообразный подход; Treves, “Customary international law”, p. 938, para. 3 («Принципиальная особенность, которая отличает нормы международного обычного права, заключается в том, каким образом они возникли и каким образом может быть установлено их существование»); Kammerhofer, “Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship”.

<sup>50</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 132, para. 73.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 162, para. 4 (separate opinion of Judge Keith); см., например, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 582, at p. 614, para. 88: (В современном международном праве защита прав компаний и прав их акционеров и урегулирование связанных с ними споров по сути регулируется двусторонними или многосторонними соглашениями о защите иностранных инвестиций, например договорами о поощрении и защите иностранных инвестиций и [Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств], в силу которой был создан Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), а также контрактами между государствами и иностранными инвесторами. В этом контексте роль дипломатической

подход остается неизменным: оба элемента должны быть налицо. Применение любого другого подхода чревато искусственным разделением международного права на отдельные области, а это противоречило бы его системному характеру<sup>52</sup>. В любом случае, как будет показано ниже, зачастую трудно рассматривать эти два элемента в отдельности<sup>53</sup>.

(продолжение сноски 51)

защиты немного отступает на второй план, поскольку на практике она используется только в редких случаях, когда договорных режимов не существует или когда они не действуют»; *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (International Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber), 2 October 1995, p. 465, para. 99: «Прежде чем указывать на определенные принципы и нормы обычного права, возникшие в международном сообществе для целей регулирования гражданских беспорядков, необходимо напомнить об осторожности применительно к нормотворческому процессу в области права вооруженных конфликтов. Когда предпринимается попытка выяснить практику государств с целью установления наличия обычной нормы или общего принципа, трудно и даже невозможно указать на фактическое поведение войск на поле боя для выяснения того, соблюдали они определенные стандарты поведения или игнорировали их. Анализ такого рода является крайне затруднительным, поскольку стороны в конфликте не только, как правило, не пускают независимых наблюдателей (часто даже МККК), но и часто скрывают информацию о фактическом ведении боевых действий; хуже того, часто используется прием дезинформации, с тем чтобы запутать противника, а также общественное мнение и иностранные правительства. Поэтому при оценке формирования обычных норм или общих принципов следует помнить о том, что в силу особого характера данного предмета следует в первую очередь опираться на такие элементы, как официальные заявления государств, военные наставления и судебные решения»; см. также *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (International Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber), 15 July 1999, p. 157, para. 194; Conforti and Labella, *An Introduction to International Law*, p. 32 («То, какой придается деяниям вес, зависит от содержания нормы международного обычного права. Например, в вопросах выдачи договоры имеют огромное значение, а в вопросах юрисдикционных иммунитетов иностранных государств и органов иностранных государств большее значение имеют решения национальных судов и т. д.»); ср. *North Sea Continental Shelf Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 175–176 and 178 (dissenting opinion of Judge Tanaka) («Решение вопроса о том, существуют ли эти два фактора в процессе формирования обычного права, представляет собой деликатную и сложную проблему... Оценка факторов должна соотноситься с обстоятельствами и поэтому обладать эластичностью; она требует телеологического подхода... Короче говоря, процесс формирования обычного права носит относительный характер и зависит от разных областей права, как я уже указывал выше. Фактор времени, а именно длительность существования обычая, является относительным; то же самое касается фактора объема, а именно практики государств. Необходимо оценивать не только каждый фактор формирования обычного права в зависимости от случая и обстоятельств, но и формирование в целом должно рассматриваться как органичный и динамичный процесс. Мы не должны формально подходить к анализу условий, необходимых для обычного права, забывая при этом о социальной необходимости, а именно о важности целей и задач, которые должны быть реализованы с помощью такого обычного права»).

<sup>52</sup> Как подчеркивалось в начале исследования 2006 года относительно фрагментации, «международное право является правовой системой» (*Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 215, пункт 251, вывод 1)). Кроме того, «когда суды игнорируют традиционные требования в отношении международного обычного права или не подвергают их подробному анализу, они рискуют молчаливо поддержать то, что принято называть “поспешным провозглашением новых норм права”... [В таких случаях] практически не уделяется внимания тонкостям согласия государств или вероятности соблюдения таких скороспелых норм» (Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, p. 285).

<sup>53</sup> См. также Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 62: «Практика и *opinio juris* вместе дают необходимую информацию для того, чтобы убедиться, существует ли обычная норма, однако роль каждого элемента – практики и *opinio* – не изучается

29. Все доказательства должны рассматриваться с учетом их контекста<sup>54</sup>. При оценке наличия или отсутствия обоих конститутивных элементов, будь то посредством изучения первичных доказательств или использования субсидиарных средств, необходимо действовать весьма осторожно. Хотя «доказательства могут быть получены [из целого ряда источников]... всегда необходима величайшая осторожность»<sup>55</sup>. Многие зависят от конкретных обстоятельств при определении того, какая практика действительно является относимой и в какой мере она действительно признана в качестве правовой нормы<sup>56</sup>, и разные доказательства могут иметь разный вес. Например, «особо значимыми являются примеры из практики, которые идут вразрез с интересами государства, из которого они поступают, или которые влекут за собой значительные расходы в политическом, военном, экономическом и ином отношениях, поскольку здесь меньше вероятность того, что они отражают соображения политической целесообразности, вежливости и т. д.»<sup>57</sup>. Аналогичным образом весомым фактором является и та тщательность, с которой сделано то или иное заявление; меньшую значимость могут иметь спонтанные замечания, прозвучавшие в острый момент.

30. Определение того, существует ли норма международного обычного права, представляет собой поиск «практики, которая... приобрела настолько широкое признание государств, что теперь может рассматриваться как требование в соответствии с общим международным правом»<sup>58</sup>. Такая задача может представлять собой «напряженный и сложный процесс»<sup>59</sup>,

в отдельности; они дополняют друг друга»; и London Statement of Principles (сноска 42 выше), p. 718, para. 10 c) («По сути, часто трудно и даже невозможно разъединить эти два элемента»).

<sup>54</sup> См. также *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 200 («В дипломатической переписке можно обнаружить отдельные выражения, которые, если их рассматривать вне контекста, могли бы быть восприняты как признание притязаний Соединенных Штатов на осуществление консульской юрисдикции или иных капитуляционных прав. С другой стороны, Суд не может игнорировать общую тональность переписки»).

<sup>55</sup> Kunz, “The nature of customary international law”, p. 667.

<sup>56</sup> См. также Treves, “Customary international law”, pp. 943–944, para. 28: «[Практические примеры] способствуют определению того, что представляет собой международное обычное право в конкретный момент. При выполнении этой задачи насущно необходимо соблюдать осторожность и баланс не только при определении правильного сочетания того, что государства говорят и делают, чего хотят и во что верят, но также в плане учета двусмысленностей, которыми изобилуют многие практические примеры».

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 944, para. 30.

<sup>58</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at p. 83, para. 204.

<sup>59</sup> Petrič, “Customary international law in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia”. См. также записку правительств Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Королевства Нидерландов в качестве *amicus curiae* в поддержку ответчиков в рассматривавшемся в Верховном суде Соединенных Штатов деле *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co.* (3 февраля 2012 года), стр. 13 англ. текста («Поэтому методология определения того, что составляет новую норму международного права... не является простым вопросом и требует тщательного анализа для установления того, имеются ли необходимые элементы в виде практики государств и *opinio juris*»); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 100, para. 9 (separate opinion of Judge De Castro) («Не так легко доказать существование общей практики, признанной в качестве правовой нормы»); Kunz, “The nature of

не в последнюю очередь потому, что «применительно к любой предполагаемой норме обычного права должно быть [безусловно] доказано, что она является действительной нормой международного права, а не просто неким неподтвержденным предложением»<sup>60</sup>. Как указывается ниже, при выполнении этой задачи

насуточно необходимо соблюдать осторожность и баланс не только при определении правильного сочетания того, что государства говорят и делают, чего хотят и во что верят, но также в плане учета двусмысленностей, которыми изобилуют многие практические примеры<sup>61</sup>.

customary international law”, p. 667 («Установление того, были ли в конкретном случае выполнены оба условия процедуры определения обычая... представляет собой сложную задачу»).

<sup>60</sup> Shaw, *International Law*, p. 144.

<sup>61</sup> Treves, “Customary international law”, pp. 943–944, para. 28. См. также Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, p. 279 («Применение критериев для выявления обычая не является научным процессом, точность которого может быть измерена. Он, скорее, требует оценки факторов и доводов»); Birnie and Boyle,

31. В свете вышеизложенного предлагаются следующие проекты выводов:

#### «Проект вывода 3. Основной подход»

Для определения существования нормы международного обычного права и ее содержания необходимо удостовериться в наличии всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы.

#### Проект вывода 4. Оценка доказательств

При оценке доказательств наличия всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, следует уделять внимание контексту, включая сложившиеся обстоятельства».

*International Law and the Environment*, p. 16 («Выявление обычного права всегда было и остается особо проблематичным процессом, для которого необходим навык, рассудительность и значительный объем исследовательской работы»).

## ГЛАВА IV

### Всеобщая практика

32. Практика<sup>62</sup>, часто называемая «материальным» или «объективным» элементом, играет «принципиально важную роль» в формировании и выявлении международного обычного права<sup>63</sup>. Ее можно рассматривать как «сырой материал» международного обычного права, поскольку последнее возникает из практики, которая «и определяет, и ограничивает его»<sup>64</sup>. Такая практика состоит из «материальных и очевидных»<sup>65</sup> деяний субъектов международного права, и именно эти «эпизоды поведения»<sup>66</sup> могут образовывать «прецедентную ткань»<sup>67</sup>, в которой можно разглядеть поведенческую модель.

<sup>62</sup> Практику иногда также называют «обыкновением», «usus», «consuetude» или «diuturnitas», используя эти термины как взаимозаменяемые.

<sup>63</sup> Как отметил Международный Суд, «будучи обязан в силу Статьи 38 своего Статута применять среди прочего международный обычай “как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы”, Суд не может игнорировать принципиально важную роль, которую играет всеобщая практика» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at pp. 97–98, para. 184).

<sup>64</sup> См. несогласное мнение судьи сэра Перси Спендера в *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, *Judgment of 12 April 1960*, I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 99 («Надлежащий способ оценки содержания и объема любого такого обычая, если таковой будет установлен, заключается в рассмотрении практики, которая как таковая и определяет, и ограничивает его. Первым элементом обычая является постоянная и единообразная практика, которая должна быть выявлена до того, как будет определен обычай»).

<sup>65</sup> Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, pp. 318 *et seq.*, где «обыкновение» названо конститутивным элементом международного обычного права, цитируется в D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 49.

<sup>66</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 108, para. 207; см. также определение Вейсбурда: «различные виды деятельности... практика означает именно это» (“Customary international law: the problem of treaties”, p. 7).

<sup>67</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 329 (separate opinion of Judge

33. *От «всеобщей практики» к «практике государств»*. Государства продолжают оставаться главными субъектами международного права<sup>68</sup>. Практика государств выполняет в международном праве несколько важных функций, в том числе последующая практика как элемент (или средство) толкования договоров согласно статьям 31, пункт 3 *b*), и 32 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями<sup>69</sup>. Именно поведение государств имеет первостепенное значение для формирования и выявления международного обычного права, поэтому материальным элементом международного обычного права часто называют

Ammoun); см. также *Corfu Channel case, Merits, Judgment of April 9th, 1949*, I.C.J. Reports 1949, p. 4, at pp. 83 and 99 (dissenting opinion of Judge Azevedo) («Обычай возникает из признанных прецедентов... [Международное обычное право требует] наличия значительных или постоянных фактов, которые могли бы оправдать предположение о том, что государства согласны признавать обычную [норму]»; *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 175 (dissenting opinion of Judge Tanaka), где говорится об «обыкновении, или непрерывном повторении одних и тех же деяний... Оно представляет собой количественный фактор обычного права»; Stern, “Custom at the heart of international law”, p. 95 («Весьма широко признано, что материальный элемент заключается в повторении определенного числа фактов в течение определенного периода времени, причем эти разные переменные изменяются в зависимости от различных ситуаций»).

<sup>68</sup> См. также Walter, “Subjects of international law”, p. 636, para. 5.

<sup>69</sup> В настоящее время рассматривается Комиссией в рамках темы «Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров»: см., в частности, проекты выводов 4, пункт 2, и 5 (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 18–19, пункт 38). См. также Weisburd, “The International Court of Justice and the concept of State practice”, p. 299 (где отмечается, что «значение практики государств в международном праве трудно переоценить»); Aceves, “The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of State practice”; Parry, “The practice of States”, p. 165 («Мы обращаемся к практике государств, так сказать, для выявления новых норм в новых темах международного права или изменений в ранее существовавших нормах»).

«практику государств», т. е. поведение, которое присваивается государствам<sup>70</sup>. «Фактическая практика государств... есть выражение или создание обычных норм»<sup>71</sup>. Как постоянно подчеркивает Международный Суд, именно из «практики государств произрастает обычное международное право»<sup>72</sup>.

34. *Присвоение практики государствам*. Как и в других случаях, например в случае ответственности государств и последующей практики в связи с толкованием договоров, для того чтобы практика имела значение для формирования международного обычного права, она должна быть присвоена государству<sup>73</sup>. Для этой цели значимыми могут быть действия всех ветвей власти (осуществляющих исполнительные, законодательные, судебные или иные функции)<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> См. также Wood and Sender, "State practice"; Dinstein, "The interaction between customary law and treaties", p. 266: «Общая практика, составляющая *font et origo* международного обычного права, есть по существу практика государств»; Mendelson, "The formation of customary international law", p. 201 («То, что обычно традиционно называется практикой государств... есть, говоря точнее, практика субъектов международного права»). Относительно исторического развития доктрины практики государств в качестве основы международного обычного права см. Carty, "Doctrine versus State practice".

<sup>71</sup> *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 18, at p. 46, para. 43.

<sup>72</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 143, para. 101. Таким образом, когда говорят «международная практика», то имеют в виду практику государств: см., например, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 221, at p. 242 (dissenting opinion of Judge Read); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 261 (separate opinion of Judge Padilla Nervo), and p. 344 (dissenting opinion of Judge Riphagen); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 83 (separate opinion of Judge De Castro); *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 236 (dissenting opinion of Judge Skubiszewski); *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 432, at p. 554 (dissenting opinion of Judge Ranjeva); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at pp. 75–76 (joint separate opinion of Judges Higgins, Koopmans and Buergenthal); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 170 (separate opinion of Judge Keith); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at p. 457.

<sup>73</sup> См. подготовленные Комиссией проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (2001 год), часть первая, глава II (*Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 27, пункт 76); и проект выводов по последующим соглашениям и последующей практике в отношении толкования договоров (проект вывода 5, *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 19, пункт 38). См. также Brownlie, "Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom", p. 318, где говорится со ссылкой на статьи 4, 5 и 8 2001 года, что «аналогичные принципы, без сомнения, должны применяться при выявлении органов и лиц, компетентных делать заявления и представлять материалы, которые могут считаться практикой государств». Вовсе не обязательно, что правила о присвоении будут одинаковыми в разных контекстах. См., например, Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, p. 1190 («Практика, подтверждающая существование нормы обычного права, должна быть практикой государства, т. е. практикой органов государства, хотя здесь будет применяться иной критерий, чем критерий, применяемый при установлении ответственности государства»).

<sup>74</sup> В статье 4 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния говорится, что «поведение любого органа государства рассматривается как деяние данного

Поведение органов государства де-факто, т. е. «тех лиц или структур, которые должны рассматриваться как органы государства в соответствии с международным правом, хотя они не считаются таковыми в соответствии с внутренним правом»<sup>75</sup>, также может считаться практикой государства<sup>76</sup>. Это может иметь место «независимо от положения, которое он занимает в системе государства, и независимо от того, является ли он органом центральной власти или административно-территориальной единицей этого государства»<sup>77</sup>.

35. Одна из значительных трудностей заключается в подтверждении практики государств. Несмотря на развитие технологии и информационных ресурсов, распространение и обнаружение практики по-прежнему является одним из важных практических вопросов в условиях современного мира<sup>78</sup>. Как указывается

государства по международному праву независимо от того, осуществляет ли этот орган законодательные, исполнительные, судебные или какие-либо иные функции» (*Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 27, пункт 76); см. также Crawford, *State Responsibility. The General Part, Part II* (attribution to the State), особенно pp. 113–126; см. также *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999*, p. 62, at p. 87 («Согласно широко признанной норме международного права поведение любого органа государства должно рассматриваться как деяние этого государства»); *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 168, at pp. 242–243, para. 216; German Federal Constitutional Court, Order of the Second Senate of 5 November 2003, 2 BvR 1506/03, para. 51 («Для данной цели [изучение соответствующей практики государств] Суд изучает поведение органов государственной власти, которые отвечают за правовые отношения в соответствии с международным правом... по общему правилу, таковыми будут правительство или глава государства. Помимо этого, практика государств может также складываться из актов других органов государственной власти, например актов законодательного органа или судов, постольку, поскольку их поведение является непосредственно значимым в соответствии с международным правом»); Bos, *A Methodology of International Law*, p. 229 («Практикой может быть что угодно в пределах юрисдикции государства. Любые действия или в более общем плане квалифицированные как таковые формы поведения могут послужить основой для обычной нормы»); London Statement of Principles (см. сноску 42 выше). Прежняя позиция, согласно которой практикой государств могут считаться только деяния тех, кто назначен представлять государство во внешних сношениях («международные органы государства») (отстаиваемая, например, в Strupp, "Regles générales du droit de la paix", pp. 313–315), более не является общепринятой.

<sup>75</sup> Palchetti, "De facto organs of a State", p. 1048, para. 2.

<sup>76</sup> См. также Zemanek, "What is 'State practice' and who makes it?", p. 305 («Конституционные полномочия органов, совершающих деяния, не имеют значения постольку, постольку поведение с точки зрения иностранных государств, дающих ему оценку с должным старанием и добросовестностью, представляется присваиваемым указанному государству и выражающим или реализующим его позицию в отношении какой-либо нормы обычного права»).

<sup>77</sup> См. статью 4 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (*Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая), стр. 27, пункт 76). Заявление Комитета Ассоциации международного права, согласно которому в государствах, имеющих федеративную структуру, «действия органов территориального управления в пределах государства, которые не имеют самостоятельной международной правосубъектности, как таковые обычно не являются практикой государств, если только они не осуществляются от имени государства или не были санкционированы ("ратифицированы") им» (London Statement of Principles (сноска 42 выше), p. 727, conclusion 8), не представляется верным.

<sup>78</sup> Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 56 («Доказательства обычного права [по-прежнему носят]... разобщенный, неуловимый и в целом несистемный характер»).

в главе VI ниже, вопрос, который Комиссия рассматривала несколько десятилетий назад под названием «Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права» (первая и вторая сессия, состоявшиеся в 1949 и 1950 годах), будет вновь рассмотрен в третьем докладе Специального докладчика.

36. Предлагаются следующие проекты выводов:

*«Проект вывода 5. Роль практики»*

Требование – как элемент международного обычного права – в отношении наличия всеобщей практики означает, что в первую очередь именно практика государств способствует созданию или выражению норм международного обычного права.

*Проект вывода 6. Присвоение поведения»*

Практика государств состоит из присваиваемого государству поведения, будь то при осуществлении исполнительной, законодательной, судебной или любой другой функции».

37. *Виды практики.* Время от времени звучат заявления о том, что «практикой государства» для целей международного обычного права следует считать только такую практику, которая связана с ситуациями такого вида, который относится к области международных отношений<sup>79</sup>, или с каким-то фактическим инцидентом или эпизодом, который приводится в качестве основания для заявления (в отличие от абстрактных утверждений)<sup>80</sup>. Такой подход слишком узок; вполне можно утверждать, что «в международной системе... каждое деяние государства потенциально является законодательным актом»<sup>81</sup>. Такие деяния могут включать как физическое, так и вербальное (письменное и устное) поведение: обратная точка зрения, согласно которой «сами заявления, хотя и могут являться выражением правовой нормы, не

могут составлять материальный элемент обычая»<sup>82</sup>, носит чересчур ограничительный характер<sup>83</sup>. Призна-

<sup>82</sup> D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 88 (где поясняется, что «государство еще ничего не сделало, когда оно выступило с заявлением; до тех пор пока оно не приняло меры по обеспечению исполнения, заявление не обладает большой ценностью как предсказание о том, что государство фактически сделает»). См. также *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 191 (dissenting opinion of Judge Read) («[Международное обычное право] невозможно установить посредством цитирования случаев, в которых прибрежные государства заявляют обширные притязания, однако не подтверждают их посредством фактического установления суверенитета в отношении иностранных судов нарушителей... Единственное убедительное доказательство практики государств можно обнаружить в арестах, когда прибрежное государство устанавливает свой суверенитет в отношении конкретных вод, арестовывая иностранное судно или отстаивая свою позицию в ходе дипломатических переговоров и международного арбитража»); D'Amato, «Custom and treaty: a response to Professor Weisburd», p. 465 («то, что правительства говорят, есть в лучшем случае *теоретические выкладки в отношении* международного права, но не само международное право»); Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 42 («обычай возникает из актов поведения, а не из обещаний совершить такие акты»); Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 108. Относительно давней и крайней позиции см. Дж. Конради в *S. v. Petane, The South African Law Reports 1988 (3) SA 51 (C) pp. 59, paras. F-G and p. 61, paras. D-E (Cape Provincial Division, South Africa)* («Международное обычное право основано на практике, а не на слове... Практику государств следует... искать в том, что государства сделали на самом деле в суровых условиях бурлящего мира, а не в том, что их представители заявляют в идеологически расклеванной обстановке Организации Объединенных Наций, где выражение негодования, судя по всему, часто заменяет конкретные дела»).

<sup>83</sup> См. также Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pp. 19–20 («Вербальные акты вполне можно считать практикой государств. Во-первых (и что важнее всего)... сами государства, а также суды рассматривают комментарии, сделанные на конференциях, в качестве конститутивного элемента практики государств»); Parry, «The practice of States», p. 168 («Довольно часто практически не наблюдается различия между тем, что государство делает, и тем, что оно говорит, поскольку его действия могут заключаться только в его заявлениях»); Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 53 («Практика государства означает любое деяние или заявление государства, из которого можно сделать вывод о мнениях относительно обычного права»); Müllerson, «On the nature and scope of customary international law», p. 342 («Даже если кто-то попытается провести четкое разграничение между «фактической» практикой и другими формами практики (нефактической?), это будет не просто, а иногда и вообще невозможно»); Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», p. 267 («Часто также говорят, что только фактические поступки, а не слова, представляют собой соответствующую практику государств... Слова, декларации, сообщения, даже сигналы должны быть включены в большое разнообразие видов практики, которая может составлять обычное право... юридически неприемлемо исключать сообщения, написанные и сказанные слова из области практики государств. Не существует предельного количества актов государств или практики государств, которые исключительно необходимы или имеют решающее значение для создания или вступления в силу обычного права. С другой стороны, следует признать, что вербальные заявления не могут создавать обычных норм, если реальная практика от них отличается»); Skubiszewski, «Elements of custom and the Hague Court», p. 812 («Практика государств состоит из их деяний и реакций. Это «процесс взаимодействия». Это не означает, что практика государств состоит исключительно из деяний в строгом смысле слова. Слова и бездействие также являются доказательствами поведения государств»); Baxter, «Multilateral treaties as evidence of customary international law», p. 300 («Твердое заявление государства в отношении того, что оно считает нормой, является намного более четким доказательством его позиции, чем собранные по кусочкам доказательства деяний этой страны в разное время и в различных обстоятельствах»). Следует также напомнить в этом контексте слова из Лондонского заявления о

<sup>79</sup> Kunz, «The nature of customary international law», p. 666; London Statement of Principles (см. сноску 42 выше), p. 720 (где справедливо указывается, однако, что «ответ на вопрос о том, касается ли проблема международно-правовых отношений государства или же относится к сугубо внутренней юрисдикции, зависит от состояния развития международного права и отношений в данный момент»); Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 56.

<sup>80</sup> См., например, Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 58 («Практика государств в качестве материального элемента формирования обычая носит – и это следует подчеркнуть – материальный характер: она состоит из деяний государства в отношении конкретного лица, судна, определенного района территории, каждое из которых равносильно утверждению или отклонению притязания в отношении конкретного яблока раздора»).

<sup>81</sup> Weisburd, «Customary international law: the problem of treaties», p. 31. См. также Brownlie, «Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom», p. 314, где говорится среди прочего, что «материалы, не связанные с внезапными кризисами, с большей вероятностью могут содержать продуманный и последовательный взгляд на право»; Degan, *Sources of International Law*, p. 149 (где отмечается, что, хотя некоторые старые авторы ограничивали доказательство обычая теми случаями, которые способны обязать государство на международном уровне, «тем не менее... обычные нормы могут возникать из согласующихся законодательных или иных односторонних актов ряда государств и даже некоторые решения национальных судов могут оказывать влияние на практику»).

ние такой точки зрения может также рассматриваться как поощрение конфронтации, а в некоторых случаях даже применения силы<sup>84</sup>. В любом случае представляется бесспорным, что «способы коммуникации между государствами расширились. Излюбленные “реальные” акты стали менее частыми, поскольку международное право, и в частности Устав Организации Объединенных Наций, устанавливают все больше ограничений для государств в этом отношении»<sup>85</sup>. Кроме того, «термин “практика” (согласно Статье 38 Статута Международного Суда) довольно широк (и потому соответствует гибкости самого обычного права) и охватывает *любые деяния или поведение государства*, и не совсем понятно, в каком отношении вербальные акты, исходящие от государства, будут ущербными и поэтому их нельзя будет присвоить поведению этого государства»<sup>86</sup>. В то же время, как будет показано ниже, необходимо проявлять осторожность при оценке того, что государства (и международные организации) говорят: словам не всегда можно верить.

38. После того как и физические, и вербальные акты признаны в качестве форм практики для целей выявления международного обычного права, выясняется, что «различия между “конститутивными актами” и “доказательствами конститутивных актов”... носят искусственный и произвольный характер»<sup>87</sup>. В настоящем докладе мы будем избегать таких различий.

(продолжение сноски 83)

принципах (сноска 42 выше), где признается, что «практикой государств считаются вербальные акты, а не только физические акты государств» (р. 725, conclusion 4); и «при определении практики государств... необходимо учитывать различие между тем, какое поведение считается практикой государств и какой ему придается вес... Обсуждение объективного элемента обычая было смазано неспособностью установить такое различие» (р. 724, conclusion 3).

<sup>84</sup> См. также Müllerson, “The interplay of objective and subjective elements in customary law”, p. 162: «если практикой государств были бы только аресты, вторжения, геноцид и другие аналогичные деяния, то тогда в некоторых областях международного права (например, в международном гуманитарном праве) развитию обычного права могли бы способствовать только так называемые “государства-изгой”... это бы [также] еще более укрепляло роль сильных государств в международном нормотворческом процессе. И наконец, во многих областях международного права лишь несколько государств могут иметь такую [“фактическую”] практику или же государства могут включаться в “фактическую” практику лишь время от времени».

<sup>85</sup> Zemanek, “What is ‘State practice’ and who makes it?”, p. 306.

<sup>86</sup> Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 21.

<sup>87</sup> Zemanek, “What is ‘State practice’ and who makes it?”, p. 292, где поясняется, что «одно может скрывать другое» и далее указывается, что, «кроме того, о “конститутивном” акте можно было бы никогда не узнать, если бы он не был зафиксирован». См. также D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 268 («норма права не есть нечто, существующее в абстракции, как и *opinio juris* не есть нечто, что мы можем потрогать руками. Нормы права и умонастроение проявляются *только* в виде поведения; они представляют собой обобщения, которые мы делаем, когда обнаруживаем повторяющуюся модель поведения и/или последовательные правовые аргументы. Если мы должны употреблять термин “доказательство”, то мы можем сказать, что нормы права проявляются *только* в “доказательстве”; если это доказательство представляет собой подлинное доказательство нормы права, тогда оно является прямым проявлением самой нормы. Доказательство является необходимым, а не случайным компонентом нормы. Однако ввиду путаницы, возникающей в результате употребления термина “доказательство”, этот термин наряду с термином “источники” лучше отнести к области контрпродуктивной терминологии»).

Как было отмечено в ходе обсуждений в Комиссии в 2013 году, материалом, который необходимо изучить для выявления международного обычного права, могут быть доказательства существования обычной нормы, а в других ситуациях это также может быть сам источник практики<sup>88</sup>. Поэтому

доказательства [того, возникла или не возникла норма международного обычного права.] могут иметь различные формы, *включая\** поведение. Значение здесь имеет то, что источник должен быть надежным и недвусмысленным и должен отражать последовательную позицию соответствующего государства<sup>89</sup>.

39. Практика (и доказательства ее существования) выступает в самых разнообразных формах, поскольку «в своих отношениях и сообщениях... государства не ограничиваются только догматически определенными видами актов. Они используют все формы, которые служат их цели»<sup>90</sup>. Сама Комиссия при оценке практики для цели выявления норм международного обычного права полагается на самые разнообразные материалы<sup>91</sup>.

40. Некоторые авторы составили перечень основных форм, в которые может быть облечена практика. Например, в работе *Brownlie’s Principles of Public International Law* («Принципы международного публичного права Броунли») содержится следующий исчерпывающий перечень:

дипломатическая переписка, политические заявления, пресс-релизы, заключения официальных юридических советников, официальные руководства по правовым вопросам (например, руководства по военному праву), решения и практика исполнительной власти, распоряжения по вооруженным силам (например, правила ведения боевых действий), комментарии правительств по проектам и соответствующим комментариям КМП, законодательство, решения международных и национальных судов, декларативные положения договоров и других международных документов (особенно когда они имеют форму «все государства»), ряд аналогичных международных договоров, практика международных органов и резолюции

<sup>88</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том I, 3183-е заседание, 19 июля 2013 года (Хмуд).

<sup>89</sup> Brownlie, “Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”, p. 318. См. также Clapham, *Brierly’s Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, p. 58 («Такие доказательства [предполагаемого обычая], безусловно, будут обширными, а также разнообразными. Существуют разнообразные обстоятельства, когда лица, действующие или выступающие от имени государства, совершают действия или делают заявления, которые прямо содержат или подразумевают мнения по какому-либо вопросу международного права. Любое такое действие или заявление может само по себе являться доказательством того, что обычай – и, следовательно, норма международного права – существует или не существует. Однако его ценность как доказательства, естественно, будет определяться в целом в зависимости от случая и обстоятельств»).

<sup>90</sup> Zemanek, “What is ‘State practice’ and who makes it?”, p. 299. Кроме того, «нет такой нормы международного права, которая бы описывала фактические обстоятельства, наступление которых ведет к формированию обычая... нет таких конкретных фактических элементов, только наступление которых доказывает существование нормы» (Fumagalli, “Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom”, p. 146).

<sup>91</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/659, стр. 181–182, замечание 7 («При оценке практики государств для цели выявления нормы международного обычного права Комиссия полагается на самые разнообразные материалы»).



органов Организации Объединенных Наций, в частности Генеральной Ассамблеи, по правовым вопросам<sup>92</sup>.

41. С учетом неизбежности перемен, как политических, так и технологических, и их темпов попытка представить исчерпывающий перечень этих «материальных источников» международного обычного права не является ни возможной, ни желательной: как и в 1950 году, Комиссии нецелесообразно «перечислять все многочисленные категории материалов, в которых раскрывается практика государств в связи с каждой из многих проблем, возникающих в международных отношениях»<sup>93</sup>. В то же время может оказаться полезным указать некоторые из основных видов практики, на которые опираются государства, суды и трибуналы и которые используются в специальной литературе. Таким образом, нижеследующий перечень не является исчерпывающим; более того, некоторые из приведенных ниже категорий частично совпадают, так что тот или иной конкретный пример или вид практики государств может попадать более чем в одну из них:

a) *Физические действия государств*, т. е. их поведение «на местах»<sup>94</sup>. К примерам такой практики может относиться проход судов по международным водным путям<sup>95</sup>; проход по территории<sup>96</sup>; задержание рыболовных судов; предоставление дипломатического убежища<sup>97</sup>; поведение на поле боя или при проведении операций; или проведение ядерных

испытаний в атмосфере или развертывание ядерных вооружений<sup>98</sup>;

b) *Акты исполнительной власти*. К таковым могут относиться указы и постановления<sup>99</sup> и другие «административные меры»<sup>100</sup>, а также официальные заявления правительства, такие как декларации<sup>101</sup>, прокламации<sup>102</sup>, заявления правительства в парламенте<sup>103</sup>, позиции, выраженные государствами в национальных или международных судах и трибуналах (в том числе меморандумы государств в качестве *amicus curiae*)<sup>104</sup>, и заявления на международном уровне<sup>105</sup>;

c) *Дипломатические акты и корреспонденция*<sup>106</sup>. В их число входят протесты против практики других государств и других субъектов международного права. Дипломатическая корреспонденция может существовать в различных формах, включая вербальные ноты, циркулярные ноты, ноты, составленные в третьем лице, и даже неофициальные документы;

d) *Законодательные акты*. Начиная с конституций и заканчивая законопроектами<sup>107</sup>, «законодатель-

<sup>98</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 305 (separate opinion of Judge Petřén); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 312 (dissenting opinion of Vice-President Schwebel).

<sup>99</sup> См., например, *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 104, 107 (separate opinion of Judge Ammoun).

<sup>100</sup> См., например, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at p. 280 (separate opinion of Judge Sepúlveda-Amor).

<sup>101</sup> См., например, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 295 (separate opinion of Judge Ranjeva); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 104 (separate opinion of Judge Ammoun); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973*, p. 3, at p. 43 (dissenting opinion of Judge Padilla Nervo); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 84 (separate opinion of Judge De Castro).

<sup>102</sup> См., например, *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 104–105, 107 and 126 (separate opinion of Judge Ammoun); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 84 (separate opinion of Judge De Castro).

<sup>103</sup> См., например, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 197 (separate opinion of Judge Jessup).

<sup>104</sup> См., например, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 123, para. 55; см. также Brownlie, “Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”, p. 315: «кажется очевидным, что заявления представителей и советников в международных трибуналах составляют практику государств».

<sup>105</sup> См., например, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 312 (dissenting opinion of Vice-President Schwebel).

<sup>106</sup> См., например, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 197 (separate opinion of Judge Jessup), and pp. 298, 299 (separate opinion of Judge Ammoun).

<sup>107</sup> См., например, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 24; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 123,

<sup>92</sup> Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 24; автор говорит далее, что «ценность этих источников неодинакова и будет зависеть от конкретных обстоятельств». Существуют и другие перечни, например в Ferrari Bravo, “Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États”, pp. 257–287; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 17; Pellet, “Article 38”, pp. 815–816. Ирландия опубликовала аналогичный перечень на веб-сайте своего министерства иностранных дел: «В отсутствие договора, регулирующего отношения между двумя или несколькими государствами в отношении того, что является правом, или, иными словами, при наличии практики государств в сочетании с признанием того, что определенный вид практики является обязательным, если он достаточно распространен и последователен, такая практика и консенсус могут составлять международное обычное право. Доказательствами существования обычной могут служить следующие источники: дипломатическая переписка; заключения официальных юридических советников, заявления правительств; резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций; комментарии правительств по проектам, подготовленным Комиссией международного права; решения национальных и международных судов» (имеется по адресу [www.dfa.ie/our-role-policies/international-priorities/international-law/statements-by-ireland-on-international-law/](http://www.dfa.ie/our-role-policies/international-priorities/international-law/statements-by-ireland-on-international-law/)). См. также Greece, *Special Supreme Court, Margellos and Others v. Federal Republic of Germany*, Judgment No. 6/2002, 17 September 2002, ILR, vol. 129, p. 528, para. 9; Wolfke, “Some persistent controversies regarding customary international law”, p. 15 («Что касается этих путей и способов доказывания того, что обычай уже существует, то исчерпывающий перечень руководящих указаний составить невозможно»).

<sup>93</sup> *Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 368 англ. текста, пункт 31.

<sup>94</sup> Судья Рид сослался на «фактическое утверждение суверенитета» в своем несогласном мнении по делу *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 191; см. также сноску 82 выше.

<sup>95</sup> *Corfu Channel case, Merits, Judgment of April 9th, 1949, I.C.J. Reports 1949*, p. 4, at p. 99 (dissenting opinion of Judge Azevedo).

<sup>96</sup> *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at pp. 40–41.

<sup>97</sup> *Colombian–Peruvian asylum case, I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 277.

ство является одним из важных аспектов практики государств»<sup>108</sup>. Как отметила в 1926 году Постоянная палата международного правосудия, «с точки зрения международного права и Суда, который является его органом, муниципальные законы являются просто фактами, которые отражают волю и представляют собой деятельность государств точно таким же образом, как юридические решения и административные меры»<sup>109</sup>. Нелишне напомнить о мнении, выраженном Комиссией в этом контексте в 1950 году, согласно которому

термин «законодательство» употребляется здесь в широком смысле; он охватывает конституции различных государств, постановления их законодательных органов, а также распоряжения и декларации, издаваемые исполнительными и административными органами. Он включает все формы регулятивных актов, издаваемых публичной властью<sup>110</sup>.

е) Решения национальных судов. Судебные решения и заключения национальных судов могут использоваться как практика государств<sup>111</sup> и «ценны как

(продолжение сноски 107)

пара. 55; *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 220 (dissenting opinion of Judges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro and Sir Benegal Rau); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 105, 107, 129 (особое мнение судьи Фуада Аммуна, в котором он отмечает, помимо прочего, что «законопроект [, представленный в Палату представителей Бельгии]... выражает официальную точку зрения правительства. Он представляет собой один из тех актов в рамках национального правопорядка, которые в надлежащих случаях должны приниматься во внимание при признании существования обычая»; *ibid.*, p. 228 (dissenting opinion of Judge Lachs); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973*, p. 3, at p. 44 (dissenting opinion of Judge Padilla Nervo), and *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 51 (joint separate opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda), and p. 84 (separate opinion of Judge De Castro); Special Tribunal for Lebanon, Case No. STL-11-01/I, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging (Appeals Chamber), 16 February 2011, pp. 51, 55–63, paras. 87 and 91–98; *Prosecutor v. Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Special Court of Sierra Leone Appeals Chamber), 31 May 2004, p. 13, para. 18; Brazil, Supreme Federal Court, *Genny de Oliveira v. Embaixada da República Democrática Alemã*, Apelação Cível No. 9.696-3/SP, 31 May 1989, pp. 4–5; *Democratic Republic of the Congo v. FG Hemisphere Associates LLC*, Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region, Final Appeal Nos. 5, 6 and 7 of 2010 (Civil), 8 June 2011, p. 402, para. 68 («Как бы то ни было, та или иная норма внутреннего права в любой конкретной юрисдикции может как происходить от нормы международного обычного права, так и предшествовать ей, способствуя закреплению того или иного обычая в качестве нормы международного обычного права») (ILR, vol. 147, pp. 402–403). О конституционных положениях, в частности как о практике государств (и в качестве свидетельства *opinio juris*), см. Crootof, «Constitutional convergence and customary international law».

<sup>108</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 310, para. 3 (dissenting opinion of Judge *ad hoc* Gaja). Судья Гайя указал: «Это также имеет важное значение в том случае, когда предметом нормы международного права является поведение судебных органов, как, например, осуществление юрисдикции судами» (*ibid.*).

<sup>109</sup> *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 19.

<sup>110</sup> *Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 370 англ. текста, пункт 60.

<sup>111</sup> См., например, *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey), Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, pp. 28–29; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 24; *Jurisdictional*

доказательство применения данным государством известной практики, даже если они не могут ни в каком другом смысле служить материалами, свидетельствующими о существовании международного обычного права»<sup>112</sup>. При оценке решений национальных судов необходимо учитывать место международного обычного права в праве, применяемом различными судами и трибуналами, и специальные положения и процедуры, которые могут существовать на различных внутригосударственных уровнях в целях выявления норм международного обычного права<sup>113</sup>. Кроме того, «ценность этих решений весьма различна; отдельные решения могут отражать узкие, локальные взгляды или основываться на ненадлежащем использовании источников»<sup>114</sup>. Решения судов высшей инстанции, разумеется, имеют больший вес. Дела, решения по которым были отменены по тому или иному пункту, скорее всего, более не будут рассматриваться как практика;

ф) Официальные публикации в области международного права. Такие публикации включают военные уставы и инструкции для дипломатов<sup>115</sup>;

*Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 123, para. 55; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 292 (separate opinion of Judge Guillaume); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, p. 6, at p. 63 (separate opinion of Vice-President Wellington Koo); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 88 (joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buerenthal); *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (International Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber), 15 July 1999, paras. 255–270; Appeal Judgment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (Supreme Court Chamber), Case number 001/18-07-2007-ECCC/SC, 3 February 2012, p. 101, paras. 223, 224; *Prosecutor v. Šainović and Others*, Case No. IT-05-87-A, Judgment (International Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber), 23 January 2014, pp. 649–658, paras. 1627–1642; *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-A, Judgment (International Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber), 21 July 2000, Declaration of Judge Robinson, p. 2149, para. 281; Slovenia, Case No. Up-13/99-24 (Constitutional Court), Decision of 8 March 2001, para. 14; Austria, *Dralle v. Republic of Czechoslovakia* (Austrian Supreme Court), Judgment of 10 May 1950, ILR, vol. 17, pp. 157–161. См. также Lauterpacht, «Decisions of municipal courts as a source of international law»; Moremen, «National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?», pp. 265–290; Roberts, «Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law», p. 62; и лекцию судьи Гринвуда в Британском институте международного и сравнительного права, озаглавленную «The contribution of national courts to the development of international law» («Вклад национальных судов в развитие международного права») (4 февраля 2014 года), имеется по адресу [www.biicl.org/newsitems/6044/summary-and-video-of-biicl-annual-grotius-lecture-2014](http://www.biicl.org/newsitems/6044/summary-and-video-of-biicl-annual-grotius-lecture-2014).

<sup>112</sup> *Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 370 англ. текста, пункт 54; в этой связи в работе Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, говорится, что некоторые решения национальных судов «предоставляют косвенные свидетельства практики государств суда по соответствующим вопросам» (p. 41).

<sup>113</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/663, пункт 84. См. также Moremen, «National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?», pp. 290–308.

<sup>114</sup> Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 41.

<sup>115</sup> См., например, *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-A, Judgment (International Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber), 30 November 2006, para. 89; *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment (International Tribunal for the Former Yugoslavia Trial Chamber), 16 November 1998, p. 126, para. 341.

г) *Внутренние меморандумы должностных лиц государства.* Впрочем, зачастую такие меморандумы не публикуются. В то же время следует иметь в виду, что, как было сказано в другом, но аналогичном контексте, они «необязательно представляют мнение или политику того или иного правительства и могут быть лишь личным мнением одного гражданского служащего, который счел необходимым выразить другому конкретному гражданскому служащему свое мнение в данный момент; не всегда легко отделить личное от того, что в конечном итоге представляли собой внутренние, частные и конфиденциальные меморандумы в тот период, когда они были написаны»<sup>116</sup>;

h) *Практика в связи с договорами.* Ведение переговоров по двусторонним или многосторонним договорам, их заключение и вступление в них, их ратификация и осуществление (как и выдвигание возражений и оговорок) является еще одной формой практики<sup>117</sup>. Эта практика связана не только с правом международных договоров; она также может касаться обязательств, принятых

<sup>116</sup> *Award of the Arbitral Tribunal in the first stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute)*, decision of 9 October 1998 (UNRIIA, vol. XXII, part III (Sales No. E/F.00.V.7)), pp. 235–236, para. 94; см. также Brownlie, “Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”, pp. 316–317.

<sup>117</sup> См., например, *Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955*, p. 4, at pp. 22–23; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at pp. 24–25; *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43; *ibid.*, at pp. 104–105, 126, 128 (separate opinion of Judge Ammoun); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 347 (dissenting opinion of Judge Riphagen); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 26; *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 18, at p. 79; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 13, at pp. 38, 48; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 138, para. 89, and p. 143, para. 100; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 221, at pp. 241–242 (dissenting opinion of Judge Read); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 292 (separate opinion of Judge Guillaume), and pp. 312, 314 (dissenting opinion of Vice-President Schwebel); *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at pp. 163–164 (dissenting opinion of Judge Sir Arnold McNair); *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 220 (dissenting opinion of Judges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro and Sir Benegal Rau); *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at pp. 41–42, and also pp. 55–56 (separate opinion of Judge Wellington Koo), and p. 104 (dissenting opinion of Judge Sir Percy Spender); *Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgment, I.C.J. Reports 1960*, p. 192, at p. 223 (dissenting opinion of Judge Urrutia Holguin); *Prosecutor v. Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Special Court of Sierra Leone Appeals Chamber), 31 May 2004, p. 13, paras. 18–21; Special Tribunal for Lebanon, Case No. STL-11-01/I, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging (Appeals Chamber), 16 February 2011, pp. 51–55, paras. 87–89; *The Paquete Habana, United States Reports*, vol. 175, p. 677, at pp. 686–700 (United States Supreme Court, 1900); см. также Weisburd, “Customary international law: the problem of treaties”, p. 6 (“Treaties are simply one more form of State practice”); Human Rights Council report of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/22/44, para. 43.

посредством соответствующего международно-правового документа<sup>118</sup>;

и) *Резолюции органов международных организаций, таких как Генеральная Ассамблея, и международных конференций*<sup>119</sup>. Это касается главным образом практики государств в связи с принятием резолюций органов международных организаций или на международных конференциях, а именно голосования за или против них (или воздержания от голосования), и объяснений (если таковые имеются) в связи с такими актами<sup>120</sup>. В то же время следует иметь в виду, что

<sup>118</sup> См. также D’Amato, “Custom and treaty: a response to Professor Weisburd”, p. 462 («Содержание того или иного договора рассматривается как элемент обычая в силу того, что стороны этого договора взяли на себя имеющее обязательную силу обязательство действовать согласно его условиям. Независимо от того, будут ли они впоследствии действовать в соответствии с этим договором, их обязательство действовать подобным образом остается фактом. Соответственно, само обязательство является в обычаях компонентом “практики государств”»); Barboza, “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, pp. 2–3: («Тексты выражают с большей точностью, чем действия, содержание практики, особенно когда эти тексты тщательно сформулированы группами технических и юридических экспертов»); но см. Wolfke, “Treaties and custom: aspects of interrelation”, p. 33 («Таким образом, договор per se не является элементом практики [за исключением, разумеется, обычного права международных договоров]. Однако он может способствовать признанию сторонами соответствующей правовой нормы»).

<sup>119</sup> См., например, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 26; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at pp. 302–303 (separate opinion of Judge Ammoun) («В дополнение я бы отметил, что позиции делегатов государств в международных организациях и на международных конференциях, прежде всего в Организации Объединенных Наций, естественным образом являются частью практики государств... нельзя отрицать, что резолюции, принимаемые этими органами, или участие в проводимых ими голосованиях от имени государств, являются прецедентами, способствующими формированию обычая»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 312 (несогласное мнение заместителя Председателя Швобеля, который упоминает «решения Совета Безопасности Организации Объединенных Наций в разделе “практика государств”»); *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 90, at p. 188 (dissenting opinion of Judge Weeramantry) («Различные резолюции Генеральной Ассамблеи, в общих чертах затрагивающие это право, которые помогли сформировать международное публичное право... являются важным материальным источником международного обычного права в этом отношении»). Эта потенциальная роль резолюций имплицитно признается также в резолюции 2125 (2013) Совета Безопасности, в которой подчеркивается, что «настоящая резолюция не должна рассматриваться как устанавливающая нормы международного обычного права» (пункт 13).

<sup>120</sup> См. также Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, p. 2 («Организация Объединенных Наций является весьма подходящим органом, наблюдая за которым можно следить за развитием международного права, поскольку международный обычай должен выводиться из практики государств, включающей их международные отношения, о которых свидетельствуют их дипломатические действия и публичные заявления. С развитием международных организаций голоса и позиции государств приобрели юридическое значение в качестве доказательства существования норм обычного права. Более того, практика государств включает их коллективные акты, а также все их индивидуальные акты... Существование Организации Объединенных Наций... в настоящее время обеспечивает весьма четкий и локализованный центр практики государств»); Conforti and Labella, *An Introduction to International Law*, pp. 35, 42–43: («Резолюции международных организаций также важны для

окончательный текст решения международной организации никогда не сможет отразить все предложения и варианты, сформулированные каждой из сторон переговоров... Поэтому не следует чрезмерно полагаться на эти обходные пути и ориентироваться на процессы принятия решений в рамках международных организаций для выявления практики государств<sup>121</sup>.

Данный вопрос будет более подробно рассмотрен в третьем докладе.

(продолжение сноски 120)

установления существования обычая, будучи актами государств, т. е. совокупным выражением воли государств, проголосовавших за эти резолюции... международные организации наделены определенными элементами международной правосубъектности. Однако применительно к формированию обычного права резолюции организаций должны рассматриваться скорее как коллективные действия всех государств, проголосовавших за их принятие, а не как действия самих этих организаций. Это объясняет, почему такие резолюции влияют на формирование обычая только в том случае, если они принимаются единогласно, консенсусом или по меньшей мере подавляющим большинством голосов»; Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, pp. 19–20: «Процесс обобщения практики государств опирается на несколько механизмов. Прежде всего, свидетельствами практики государств являются резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, затрагивающие правовые вопросы. Так же обстоит дело и с резолюциями конференций глав государств»; London Statement of Principles (сноска 42 выше), p. 730, paragraph (b) to the commentary on conclusion 11 («В контексте формализации международного обычного права... [резолюцию органа международной организации, включающую заявления относительно международного обычного права.] уместнее всего рассматривать, вероятно, как последовательность вербальных актов отдельных государств-членов, участвующих в этом органе»). Но см. MacGibbon, «Means for the identification of international law: General Assembly resolutions: custom, practice and mistaken identity», p. 19 («Хотя резолюции Генеральной Ассамблеи (которые сложно осмысленно рассматривать как практику государств) представляют собой различные формы поведения государств в Генеральной Ассамблее или, скорее, являются их результатом, отражая тем самым своего рода практику государств, речь идет о периферийной и – в контексте развития международного обычного права – в определенном смысле искусственной практике»); Meijers, «On international customary law in the Netherlands», p. 84 («Действует ли государство, голосующее за принятие резолюции, к примеру на Генеральной Ассамблее Организации Объединенных Наций, как государство или как часть органа Организации Объединенных Наций, самостоятельного субъекта международного права? Ответ кажется очевидным: как часть органа Организации Объединенных Наций... [только в том случае, когда] оно объявляет причины, побудившие его голосовать тем или иным образом, или высказывает свою позицию в отношении этой резолюции, мы можем рассматривать это как акт государства»).

<sup>121</sup> Wouters and De Man, «International organizations as law-makers», p. 208. См. также Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, p. 23–24 («Резолюции – это лишь одно из проявлений практики государств. Однако в последние годы всепоглощающий интерес прикован к резолюциям как к изолированному явлению. Этому сложно найти разумное объяснение или оправдание. Можно лишь предположить, что проще – т. е. требует меньших усилий, меньшей тщательности, менее внимательного анализа – комментировать правовые последствия той или иной резолюции, чем изучать коллективную практику по определенному вопросу во всех ее комплексных проявлениях. Политические органы международных организаций проводят прения; осуществляют публичный обмен мнениями и объявляют о своих позициях; заявляют оговорки в связи со взглядами, высказанными другими сторонами; готовят проекты договоров, деклараций, имеющих обязательный характер резолюций или кодексов; принимают решения, которые могут предполагать, а могут и не предполагать ту или иную правовую оценку конкретного вопроса. Однако сейчас зачастую рассматривают лишь резолюцию, исключая все остальное»).

42. *Бездействие как разновидность практики*. Воздержание от совершения действий, известное также как «негативная практика государств»<sup>122</sup>, также может считаться практикой<sup>123</sup>. Бездействие государств может иметь центральное значение для развития и установления норм международного обычного права, прежде всего в том случае, когда оно представляет собой (или воспринимается как) молчаливое согласие<sup>124</sup>. Этот

<sup>122</sup> См., например, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at pp. 144–145 (dissenting opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert); Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 210.

<sup>123</sup> См., например, *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey)*, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10, pp. 28–29; *Noitbohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955, I.C.J. Reports 1955, p. 4, at p. 22; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 99, para. 188 (воздержание от угрозы применения силы против территориальной целостности или политической независимости любого государства как практика); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 253, para. 65 (Суд ссылается на сторонников запрещения, пытающихся апеллировать к «последовательной практике неприменения ядерного оружия государствами»); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 135, para. 77 («Практически полное отсутствие судебной практики, свидетельствующей о противном, также имеет значение, как и отсутствие того или иного заявления государств»); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at p. 134 (особое мнение судьи Петрена, который ссылается на практику непризнания, отмечая, что этот термин «предполагает не позитивное действие, но воздержание от актов, означающих признание»); *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 221 (dissenting opinion of Judges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro and Sir Benegal Rau); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at pp. 198–199 (особое мнение судьи Джессапа, который ссылается на отказ Государственного департамента Соединенных Штатов представлять интересы американской компании и на неиспользование Соединенными Штатами определенного аргумента в качестве основания для возражения против заявления в межгосударственном споре). Сходные позиции в научной литературе см., например, в London Statement of Principles (сноска 42 выше); Tunkin, «Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», p. 421: «Практика государств может заключаться в принятии ими конкретных мер в определенных условиях или, напротив, в воздержании от принятия мер»; Séfériades, «Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement», p. 143 («Даже негативным актам – актам бездействия – при последовательном повторении свойственно рано или поздно превращаться в обычаи, влекущие за собой правовое обязательство не предпринимать тех или иных действий... Равным образом и в международном праве, как нам кажется, невозможно не признать, что обязательство государств воздерживаться в отношении представителей других стран от любых действий, посягающих на их личную свободу или неприкосновенность помещения их дипломатических представительств, как и обязательство оккупирующих армий уважать в ходе наземных действий частную собственность врага, происходят из обычая»); Meijers, «How is international law made?—the stages of growth of international law and the use of its customary rules», pp. 4–5 («Бездействие сопутствует действию... отсутствие протеста – отсутствие открытых возражений против выработки новой нормы – является достаточным основанием для создания нормы обычного права (и для обязательства следовать ей»); Kunz, «The nature of customary international law», p. 666; Mendelson, «The subjective element in customary international law», p. 199 («Акты бездействия, если они носят достаточно однозначный характер, вполне могут составлять акты практики государств»).

<sup>124</sup> См. также Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 136 («Вряд ли будет преувеличением заявить, что обычаем является преимущественно молчание и бездействие, а не действие»); Weisburd, «Customary international law: the problem

вопрос предполагается более подробно рассмотреть в третьем докладе с учетом обсуждения в Комиссии в 2014 году.

43. *Практика международных (межправительственных) организаций.* Это важная область, которая будет более подробно рассмотрена в третьем докладе<sup>125</sup>. С учетом того, что «субъекты права в любой правовой системе необязательно одинаковы по своему характеру или объему прав и их характер зависит от потребностей сообщества»<sup>126</sup>, деятельность международных организаций, которым государства делегировали полномочия, может также способствовать формированию общей практики в областях, в которых эти организации работают, или ее подтверждать<sup>127</sup>. При оценке практики таких организаций следует проводить различие между практикой, касающейся внутренних дел организации, с одной стороны, и практикой организации, связанной среди прочего с ее отношениями с государствами и международными организациями, — с другой<sup>128</sup>.

of treaties”, p. 7 («Если во всеобщем характере, в смысле принятия позитивных действий большинством государств, нет необходимости, должно быть, возможно, по меньшей мере сделано заключение о молчаливом согласии с соответствующей нормой подавляющего большинства государств»). Даниленко (“The theory of international customary law”, p. 28) проводит различие между «активными и пассивными обычаями», отмечая, что последние «повышают ценность проявления активных обычаев и становятся таким образом одним из главных факторов в процессе создания общепринятых норм обычного права».

<sup>125</sup> Ведущей работой в этой области является Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*.

<sup>126</sup> *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949*, p. 174, at p. 178.

<sup>127</sup> См., например, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at p. 25; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 95 (особое мнение заместителя Председателя Виранмантри, который ссылается на «практику международных финансовых учреждений»); см. также *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/659, стр. 186, 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»); Jennings and Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, p. 31 («Концентрация практики государств, которая сложилась на настоящий момент и отражается в работе международных организаций, и коллективные решения и деятельность самих организаций могут быть ценным доказательством всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы в областях, в которых работают эти организации»); London Statement of Principles (сноска 42 выше), p. 730, conclusion 11 («Практика межправительственных организаций самих по себе является формой “практики государств”»). Однако см. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pp. 16–17. Для ознакомления с более общей информацией по этой теме см. Klabbers, “International organizations in the formation of customary international law” (также поднимается вопрос о том, может ли практика *ultra vires* таких организаций считаться «практикой»); и Hannikainen, “The collective factor as a promoter of customary international law”. Разумеется, международные организации могут существенно отличаться друг от друга, и это необходимо учитывать при оценке значимости их практики (см. также пункт 8) комментария к статье 6 проекта статей Комиссии об ответственности международных организаций (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 65)).

<sup>128</sup> Например, управление территорией или осуществление операций по поддержанию мира. Действительно, такая практика уже не считается ограниченной «отношениями между государствами

Для настоящих целей значение имеет именно эта вторая практика, которая в основном состоит из «оперативной деятельности», которую один автор определил как «деятельность международных организаций по реализации программ, осуществляемую в рамках их миссии в целом или конкретного мандата»<sup>129</sup>. Еще одно важное различие следует провести в этом контексте между практикой органов или других структур, состоящих из представителей государств, и практикой органов, которые состоят из лиц, выступающих в своем личном качестве, поскольку нельзя считать, что последние представляют государство<sup>130</sup>. Кроме того, следует проводить различие между результатами деятельности секретариатов международных организаций и результатами деятельности межправительственных органов международных организаций. В то время как оба вида органов могут быть источником материалов, которые можно использовать в справочных целях, больше значения следует придавать результатам деятельности последних, поскольку их авторы также являются основными авторами практики государств<sup>131</sup>. Хотя высказывалось мнение о том, что «практика МО [международных организаций] — это кратчайший путь для поиска обычных норм»<sup>132</sup>, при оценке их практики необходимо проявлять крайнюю осмотрительность<sup>133</sup>. Соображения, которые применяются к практике государств, могут также применяться к практике международных организаций, и настоящий доклад следует читать в этом свете.

44. Практика таких международных организаций (например, Европейского союза), которым государства-члены иногда передают исключительные полномочия, может быть приравнена к практике государств,

и организациями» (*Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 372 англ. текста, пункт 78).

<sup>129</sup> Johnstone, “Law-making through the operational activities of international organizations”, p. 94, где, однако, такая деятельность рассматривается в несколько ином контексте; и добавляется, что эта деятельность «отличается от более явно выраженных нормативных функций международных организаций, таких как заключение договоров или принятие резолюций, деклараций и положений межправительственными органами» (*ibid.*).

<sup>130</sup> В этой связи и работа Комиссии, которая часто используется в качестве вспомогательного средства для определения наличия или отсутствия какой-либо нормы международного обычного права, «не может быть приравнена к практике государств или доказательству наличия *opinio juris*» (Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989 (Part Two)”, pp. 59–60).

<sup>131</sup> Как это предложил г-н Тлади в своем выступлении в ходе прошлогодних прений в Комиссии (*Ежегодник... 2013 год*, том I, 3182-е заседание).

<sup>132</sup> Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, p. 592 («Современное использование видов доказательств существования обычной, создаваемых [международными организациями], может рассматриваться... в качестве относительно более справедливого подхода к поиску этого источника права, даже если это происходит за счет того, что иногда больше внимания уделяется заявлениям государств, а не их действиям, как, например, утверждают критики, в случае резолюций Генеральной Ассамблеи»).

<sup>133</sup> См. также Wouters and De Man, “International organizations as law-makers”, p. 208 («Таким образом, не следует забывать о том, что нельзя ставить знак равенства между практикой международных организаций и практикой государств. Вопрос о том, могут ли действия международных организаций быть присвоены сообществу государств в целом, является сложным вопросом, и ответ на него зависит от... различных факторов»).

поскольку в определенных областях такие организации действуют от имени государств-членов<sup>134</sup>. Это относится к деятельности таких организаций независимо от ее вида, будь то исполнительная, законодательная или судебная деятельность. Если не ставить знак равенства между практикой таких международных организаций и практикой государств, то фактически это будет означать не только то, что практика определенной организации не будет считаться практикой государств, но и то, что государства-члены будут лишены возможности вносить вклад в практику государств в случаях, когда государства-члены делегировали этим организациям некоторые публичные полномочия, или эта возможность будет ограничена.

45. *Роль других негосударственных субъектов.* Иногда высказывается мнение, согласно которому следует признать, что деятельность «других негосударственных субъектов», таких как неправительственные организации и даже отдельные лица, способствует развитию международного обычного права<sup>135</sup>. Некоторые авторы напоминали в этой связи

<sup>134</sup> См. также заявление от имени ЕС, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/68/SR.23), пункт 37 («На международной арене ЕС действует исходя из полномочий, делегированных ему в соответствии с его учредительными договорами. Он является, наряду с государствами, договаривающейся стороной многих международных соглашений. Более того, в некоторых сферах, подпадающих под действие международного права, он обладает исключительной компетенцией. Эти особенности позволяют ему играть особую роль в формировании международного обычного права, и проводимая им практическая деятельность может внести непосредственный вклад в эту работу»); см. также Hoffmeister, “The contribution of EU practice to international law”; Wood and Sender, “State practice”, p. 512, paras. 20–21; Paasivirta and Kuijper, “Does one size fit all? The European Community and the responsibility of international organizations”, pp. 204–212. Г-жа Якобсон также высказала мнение о том, что нельзя игнорировать практику международной организации, если эта организация обладает компетенцией принимать нормативно-правовые акты по определенному вопросу. Такую практику нельзя считать только мнением этой организации по международному обычному праву. Она может быть приравнена к практике государств (*Ежегодник... 2013 год*, том I, 3184-е заседание). Но см. Vanhamme, “Formation and enforcement of customary international law: the European Union’s contribution”, pp. 127 and 131 («Акты ЕС [Европейского сообщества] составляют практику ЕС [Европейского союза]. Говорить о них как о практике государств [т. е. присваивать их государствам-членам] было бы равносильно отрицанию одной из основных характеристик Европейского сообщества, а именно его автономного функционирования на основе законодательных, исполнительных и судебных полномочий, делегированных ему государствами-членами. Кроме того, международно-правовая практика Европейского сообщества реально представляет собой *opinio juris* всех 27 государств-членов [которые взяли на себя обязательство безусловно принимать его решения как имеющие для них обязательную юридическую силу]»).

<sup>135</sup> Для ознакомления с таким динамичным видением «участия» в международном нормотворчестве или призывом сделать такие процессы «всеохватными» см., например, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 155 (dissenting opinion of Judge *ad hoc* Van den Wyngaert) («В настоящее время мнение *гражданского общества*... нельзя полностью сбрасывать со счетов при формировании международного обычного права»); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at pp. 69–70, 74 (separate opinion of Vice-President Ammoun) («Главным фактором в формировании обычной нормы, в рамках которой признается право народов на самоопределение... [может быть] борьба народов [за самоопределение] до того, как они [теперь

о том, что «в соответствии со Статьей 38 Статута Международного Суда не требуется, чтобы обычай... соблюдался или признавался только “государствами”, как это требуется в соответствии с той же нормой в отношении конвенций. Таким образом, в принципе, практика может создаваться государственными и негосударственными субъектами»<sup>136</sup>. Однако правильнее считать, что, хотя отдельные лица и неправительственные организации действительно могут «играть важную роль в поощрении международного права и его соблюдении»<sup>137</sup> (например, путем поощрения практики государств посредством подачи в национальные суды международно-правовых заявлений или содействия при оценке такой практики), их действия не являются «практикой» для целей формирования или доказательства существования международного обычного права<sup>138</sup>.

члены международного сообщества] были признаны в качестве государств... Если существует какая-либо «всеобщая практика», которую бесспорно можно считать правом по смыслу Статьи 38, пункт 1 b), Статута Суда, то она, безусловно, должна состоять из сознательных действий самих народов, которые ведут решительную борьбу»); *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 12, at p. 100 (separate opinion of Vice-President Ammoun); Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-oriented Perspective*, p. 344: «акцент на “государствах” нереалистичен... соответствующие модели поведения распространяются... также на модели поведения частных лиц и представителей неправительственных организаций»; Bodansky, “Customary (and not so customary) international environmental law”, p. 108, footnote 17, где идет речь о поведении государств и «международных организаций, транснациональных корпораций и других неправительственных групп»; 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»); Steer, “Non-State actors in international criminal law” (где утверждается, что в международном уголовном праве именно такие негосударственные субъекты, как неправительственные организации, судьи и юристы, определяют нормативное содержание); Paust, “Nonstate actor participation in international law and the pretense of exclusion”; Roberts and Sivakumaran, “Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law”; и Reisman, “The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application”.

<sup>136</sup> Bohoslavsky, Li and Sudreau, “Emerging customary international law in sovereign debt governance?”, p. 63. Барон Декамп в своем первоначальном предложении в отношении норм, которые должны применяться Постоянной палатой международного правосудия, назвал обычай «практикой» между государствами, принятой ими в качестве правовой нормы: см. Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 3.

<sup>137</sup> Buergenthal and Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, p. 75.

<sup>138</sup> Ср. вывод 5, пункт 2, проектов выводов Комиссии о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 19) («Другое поведение, в том числе со стороны негосударственных субъектов, не представляет собой последующей практики в силу статей 31 и 32. Однако такое поведение может быть релевантным при оценке последующей практики участников договора»). См. также заявления от имени Израиля и Исламской Республики Иран в ходе обсуждения в Шестом комитете в 2013 году работы Комиссии (Израиль, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19) и 25-е заседание (A/C.6/68/SR.25); и Исламская Республика Иран, там же, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19), 22-е заседание (A/C.6/68/SR.22) и 26-е заседание (A/C.6/68/SR.26)); Arend, *Legal Rules and International Society*, p. 176: «Хотя негосударственные субъекты существуют и в некоторых случаях эти негосударственные субъекты заключили международные соглашения, эти

46. Хотя в том, что касается существования норм международного обычного права и их формулирования, решения международных судов и трибуналов не являются «практикой»<sup>139</sup>, такие решения играют важную роль в качестве «вспомогательного средства для определения правовых норм»<sup>140</sup>. В частности, большое значение могут иметь документы Международного Суда<sup>141</sup>.

субъекты непосредственно не участвуют в процессе создания общего международного права. Иными словами, взаимодействие негосударственных субъектов друг с другом и с государствами не создает международного обычного права»; D'Aspremont, "Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system", p. 430; Mendelson, "The formation of customary international law", p. 203 (где высказывается мнение о том, что вклад негосударственных субъектов в формирование международного обычного права есть «в более широком смысле... косвенный вклад»); Dinstein, "The interaction between customary law and treaties", pp. 267–269; London Statement of Principles (сноска 42 выше). Что касается предложения некоторых авторов о том, что практика отдельных лиц, таких как рыбаки, признана источником международного обычного права (см, например, Wolfke, "Some persistent controversies regarding customary international law", p. 4), вероятно, было бы точнее считать, что, «разумеется, нельзя отрицать, что действия отдельных лиц могут создавать определенные факты, которые могут затем стать предметом межгосударственного диалога. Однако в таких обстоятельствах действия отдельных лиц не составляют практику, создающую право: они представляют собой лишь простые факты, которые порождают международную практику государств» (Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 84). См. также Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 58 («Не важно, чье поведение способствует созданию практики; важно то, к кому эта практика может быть отнесена и, самое главное, кто «принял ее в качестве правовой нормы»); Santulli, *Introduction au droit international*, pp. 45–46 («Для того, чтобы быть значимым для целей разработки обычных норм, прецедент должен быть присвоен государству или международной организации. Только государства и международные организации действительно участвуют в создании обычая. Поведение отдельных лиц не менее важно, но оно является юридически значимым для оценки формирования международного обычая лишь в плане реакции, которую оно вызвало: принятие или осуждение»).

<sup>139</sup> См. также Mendelson, "The formation of customary international law", p. 202; но см. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 315 (separate opinion of Judge Ammoun) («международная судебная практика... считается элементом [обычая]»); Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 83 («Решения трибуналов, и особенно решения Международного Суда, являются важным элементом практики сообщества»). Ср. Kopelmanas, "Custom as a means of the creation of international law", p. 142 («Создание правовых норм в силу обычая в результате действий международного судьи является бесспорным и несомненным фактом»); Bernhardt, "Custom and treaty in the law of the sea", p. 270 («В этой формулировке [Статьи 38 Статута Международного Суда, в которой судебным решениям отводится функция вспомогательного средства для определения правовых норм,] недооценивается роль решений международных судов в процессе нормотворчества. Убедительные и тщательно составленные решения часто имеют весьма важное влияние на процесс создания норм, даже если в теории судьи применяют существующие правовые нормы и не создают новых»).

<sup>140</sup> Статья 38, пункт 1 d), Статута Международного Суда; см. также *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/659, стр. 187, 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»); там же, 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»); и там же, 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>141</sup> Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, p. 20:

47. *Практика конфиденциального характера.* Значительная часть практики государств, такой как обмен секретной информацией между правительствами, не оглашается, и доступ к ней останется закрытым в течение некоторого времени<sup>142</sup>. Трудно понять, как практика может способствовать формированию или выявлению общего международного обычного права до тех пор, пока она не предана гласности<sup>143</sup>. В то же время практика, о которой известно лишь некоторым или даже двум государствам, может способствовать разработке региональных, специальных или местных (в отличие от общих) норм международного обычного права, действующих только в отношении этих государств<sup>144</sup>.

48. Предлагается следующий проект вывода:

«Решения Международного Суда и других международных трибуналов играют определенную роль в деле признания и подтверждения существования норм международного обычного права». В качестве недавнего примера см. решение Европейского суда по правам человека по делу *Jones and Others v. the United Kingdom*, nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014, para. 198; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 145 («Решения и заключения международных судов, особенно Гаагского суда, имеют решающее значение в качестве доказательства существования норм обычного права. Суд ссылается на них почти как на позитивное право»).

<sup>142</sup> Такую практику конфиденциального характера следует отличать от практики, которая просто труднодоступна. По ряду причин практика может по большей части оставаться незамеченной. Так, например, обстоит дело в тех случаях, когда практика отдельных государств не публикуется в какой-либо широкодоступной форме. Члены Комиссии и государства привлекали внимание к особой проблеме с практикой, в основном доступной на языках, на которых мало кто говорит (что, по сути, касается большинства языков).

<sup>143</sup> См. также Dinstein, "The interaction between customary law and treaties", p. 275 («Еще одно условие учета поведения государств (если оно должно учитываться при оценке формирования обычая) заключается в том, что оно должно быть транспарентным, с тем чтобы другие государства могли отреагировать на него положительным или отрицательным образом»); London Statement of Principles (сноска 42 выше), p. 726, conclusion 5 («Акты не считаются практикой, если они не являются публичными»). Для ознакомления с более общей информацией о «репрезентативной функции государственной политики, [входящей] в противоречие с государственной тайной» см. Carty, "Doctrine versus State practice", pp. 979–982. Мейерс подчеркивает, что «государства соглашаются с созданием права, не высказывая возражений, т. е. не реагируя. Если это так, то заинтересованные государства должны иметь возможность реагировать. Из этого вытекают два дополнительных требования к формированию права: для создания нормы права должно быть возможно указать по крайней мере одно прямое волеизъявление, и это прямое волеизъявление должно быть доступно восприятию всех государств, и, если они не выскажут возражений, будет считаться, что они хотят согласиться с созданием новой нормы» ("How is international law made?—The stages of growth of international law and the use of its customary rules", p. 19). Но см. Bos, "The identification of custom in international law", p. 30 («Даже при соответствующем содействии обнаружение доказательств существования [практики государств] иногда может представлять собой проблему, поскольку не все случаи из практики будут опубликованы в сборниках и собраниях материалов. В связи с этим мы бы хотели слишком многого, если бы сказали, что помимо характеристик... [почти] полного единообразия, присвоения государству и общности] практика должна также быть достаточно заметна для других государств, для которых предполагаемая норма обычного права может быть обязательной в будущем»).

<sup>144</sup> Вопрос о региональном/специальном/двустороннем обычае будет рассмотрен в третьем докладе Специального докладчика.

«Проект вывода 7. Формы практики»

1. Практика может принимать самые различные формы. Она может иметь форму как физического действия, так и вербального действия.

2. К видам практики, среди прочего, относятся: поведение государств «на местах», дипломатические шаги и дипломатическая переписка, законодательные акты, решения национальных судов, официальные публикации в сфере международного права, заявления от имени государств в отношении мер по кодификации, практика в связи с договорами, а также действия в связи с резолюциями органов международных организаций и конференций.

3. Бездействие также может считаться практикой.

4. Действия (включая бездействие) международных организаций также могут считаться практикой».

49. *Какая-либо изначально определенная иерархия отсутствует.* Ни один из видов практики a priori не является более важным по сравнению с другим; его значимость зависит от обстоятельств, а также от содержания рассматриваемой нормы<sup>145</sup>. Например, принято считать, что «дела говорят громче слов», однако это, безусловно, не касается случая, когда действие будет признано незаконным<sup>146</sup>. В то же время во многих случаях в конечном итоге от имени государства в международных делах выступает исполнительная власть<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> См. также Conforti and Labella, *An Introduction to International Law*, p. 32 («Эти различные действия не подчиняются какой-либо установленной иерархии: акты национальных судов и исполнительных органов власти, органов, ведающих внешними сношениями, а также представителей в международных организациях имеют равное значение. Вес, придаваемый этим актам, зависит от содержания нормы международного обычного права»); Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 21 («Нет никаких весовых оснований придавать больше значения одному виду практики по сравнению с другим»); Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 157 («Отсутствие каких-либо соответствующих указаний в Статуте [Международного] Суда, а также свобода, которой пользуется Суд в выборе и оценке доказательств обычного права, не дают никаких оснований для закрепления какой-либо официальной иерархии видов таких доказательств»).

<sup>146</sup> См., в частности, решение Международного Суда в части, касающейся рассмотрения принципа невмешательства, по делу *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 108–109, para. 207. См. также Müllerson, «On the nature and scope of customary international law», p. 344 («Разумеется, различные категории практики государств могут иметь различную значимость в процессе формирования обычного права. Как правило, важнее то, что государства делают, чем то, что они говорят, однако, с другой стороны, по крайней мере в официальных сношениях между государствами, говорить также означает делать. «Фактическая» практика может иметь больше веса в процессе формирования обычного права, однако дипломатическая практика, как правило, является более четким выражением международно-правовой позиции государств. Зачастую лишь несколько государств могут создавать «фактическую» практику, а практика других государств может быть ограничена сугубо дипломатической сферой или же может полностью отсутствовать»).

<sup>147</sup> См. также Roberts, «Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law», p. 62 («В случае возникновения противоречия между различными

50. *Практику государства следует рассматривать «в ее совокупности»*<sup>148</sup>. Это означает, что, во-первых, в расчет следует принимать всю имеющуюся практику конкретного государства. Во-вторых, может оказаться так, что различные органы этого государства выступают с разных позиций. Например, суд или законодательный орган может занять позицию, противоречащую позиции органов исполнительной власти, причем различные точки зрения могут существовать даже в структурах одной и той же ветви власти. Чаще всего это может иметь место, когда речь идет о практике нецентральных органов (например, в федеративном государстве); возможно, необходимо рассматривать подобную практику с осмотрительностью, равно как и решения судов низшей инстанции. Когда в государстве есть несколько точек зрения, его практика выглядит неоднозначно, и подобное положение дел может в значительной степени снизить значимость, придаваемую такой практике<sup>149</sup>.

51. Предлагается следующий проект вывода:

«Проект вывода 8. Оценка доказательств практики»

1. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.

2. Следует учитывать всю совокупность имеющейся практики конкретного государства. В тех случаях, когда органы какого-либо государства не выступают с единых позиций, их практике придается менее весомое значение».

52. *Всеобщность практики.* «Из четких положений Статьи 38, пункт 1 b), Статута [Международного] Суда, безусловно, очевидно, что практика, из которой можно вывести обычай, — это практика большинства государств, но не всех»<sup>150</sup>. Действительно, чтобы норма общего международного обычного права возникла или была выявлена, практика необязательно должна быть единодушной (всеобщей)<sup>151</sup>, однако она

видами практики, ее следует оценивать с учетом таких факторов, как, например, разновидность ветви власти, в ведение которой входит рассматриваемый вопрос»; однако см. Wuerth, «International law in domestic courts and the *Jurisdictional Immunities of the State case*», p. 827 («Придание большего значения действиям исполнительной власти является необоснованным, поскольку в решении национального суда задействуется ответственность государства с точки зрения международного права и оно часто служит более четким выражением *opinio juris*, чем практика исполнительной власти»).

<sup>148</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 136, para. 83.

<sup>149</sup> См., например, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489 (Supreme Court of Singapore—Court of Appeal, 14 May 2010), para. 96. Другую аргументацию, согласно которой только после того, как расхождения в практике различных государственных органов будут устранены, можно считать, что практика этого государства «последовательна и, соответственно, вносит вклад в развитие обычного права», см. в Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 22.

<sup>150</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 330 (separate opinion of Judge Ammoun).

<sup>151</sup> См. также *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 104 (separate opinion of Judge Ammoun) («[Доказывание существования международного обычного права], таким



должна быть «обширной»<sup>152</sup> или, иными словами, достаточно широко распространенной<sup>153</sup>. Речь не идет о чисто количественных критериях оценки, поскольку также весьма репрезентативным должно быть и участие в этой практике<sup>154</sup>, которое должно предполагать

образом, представляет собой процесс оценки того, насколько такая практика соблюдается, пусть и не абсолютно всеми государствами, но... большинством государств, реально осознающих, что они возлагают на себя юридическое обязательство»; *ibid.*, p. 229 (dissenting opinion of Judge Lachs) («Для того, чтобы стать обычаем, норма или принцип международного права не обязательно должны соответствовать критерию всеобщего признания. Эта позиция нашла свое отражение в ряде заявлений Суда... Не все государства, как я уже указал ранее в ином контексте, имеют шанс или возможность применить ту или иную норму. Доказательство следует искать в поведении большого числа государств, по возможности большинства государств, но в любом случае – в поведении большого числа заинтересованных государств»; *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 435 (dissenting opinion of Judge Sir Garfield Barwick) («Обычное право в отношении между странами, на мой взгляд, не зависит от всеобщего признания»); *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 95 (separate opinion of Vice-President Weeramantry) («Общая поддержка со стороны международного сообщества, разумеется, не означает, что каждый член сообщества наций выразил свою явную и однозначную поддержку тому или иному принципу, равно как это не является обязательным требованием для установления какого-либо принципа обычного международного права»). Научные обоснования см., в частности, в публикации Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 28 («Для того чтобы норма могла считаться обычаем, она должна получить “общее” или “широкое” признание. Ее универсальное признание не обязательно»); Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 59 («Однозначно можно утверждать только следующее: единодушное принятие нормы всеми государствами не является обязательным условием в том смысле, что не требуется показывать, что все государства принимали участие [в той или иной практике], а также в том смысле, что существуют доказательства того, что opinio, т. е. мнения о том, что это обязательный обычай, разделяют все государства»).

<sup>152</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 74.

<sup>153</sup> См., например, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 40, at p. 102, para. 205 (со ссылкой на «[единообразную и] широко распространенную практику государств»); *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at p. 299, para. 111 (со ссылкой на «достаточно широко распространенную и убедительную практику»); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at pp. 45, 52 (joint separate opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda) (со ссылкой на «достаточно широко распространенную» и «достаточно общепринятую и единообразную» практику государств), и p. 161 (dissenting opinion of Judge Petré) (со ссылкой на необходимость вовлеченности «достаточно большого» числа государств); *South Africa, Samuel Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others, Judgment of the Constitutional Court of South Africa (4 August 2004)*, para. 29 («В настоящее время это не является общей практикой государств... В этой связи следует согласиться с тем, что истцы не могут основывать свои претензии на международном обычном праве») (ILM, vol. 44 (2005), p. 173); German Federal Constitutional Court, Order of the Second Senate (сноска 74 выше), para. 59 («Такая практика, однако, не является достаточно широко распространенной, чтобы рассматриваться как закрепившаяся практика, создающая международное обычное право»). Всеобщность действительно характеризуется как «ключевая концепция, лежащая в основе универсального обычного права» (Barboza, “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, p. 7). См. также *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/659, стр. 178–179, замечание 3 («Общность практики государств также [рассматривалась] Комиссией в качестве ключевого соображения при идентификации нормы международного обычного права»).

<sup>154</sup> См. *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 42, para. 73 («весьма широкое и репрезентативное участие»); и *ibid.*, p. 227 (dissenting opinion of Judge Lachs) («Этот

участие тех государств, интересы которых затрагиваются в особой степени.

53. При проведении «своего рода “поименного” анализа практики государств» невозможно теоретически определить точное число государств<sup>155</sup>, которое необходимо для того, чтобы практика была признана «общей»<sup>156</sup>. По сути, важно, чтобы «практике следовало подавляющее большинство государств, которые до этого момента имели возможность ей следовать»<sup>157</sup> (в том числе, в соответствующих случаях, в форме бездействия) и чтобы «имеющаяся практика... [была] настолько широко распространена, чтобы любая

математический расчет, каким бы важным он сам по себе ни был, должен сопровождаться неким спектральным анализом представленности государств... Поскольку в сегодняшнем мире важно учесть один существенный фактор формирования новой нормы общего международного права, а именно то обстоятельство, что государства, на всех континентах, с различными политическими, экономическими и правовыми системами, участвуют в этом процессе»; ICSID, Award, 11 October 2002, *Mondev International Ltd. v. United States of America* («Инвестиционные договоры заключаются между Севером и Югом и Востоком и Западом, а также между государствами этих регионов *inter se*. Государства на весьма широкой основе неоднократно брали на себя обязательство предоставлять зарубежным инвестициям именно такой режим. По мнению Трибунала, такая совокупность проявлений последовательной практики неизбежно окажет влияние на содержание норм, регулирующих режим иностранных инвестиций в современном международном праве» (ILM, vol. 42 (2003), p. 107, para. 117)); German Federal Constitutional Court, Order of the Second Senate of 5 November 2003, *2 BvR 1506/03*, para. 50 (со ссылкой на «поведение, которое имеет продолжительный или как можно более единообразный характер и для которого характерно широкое и репрезентативное участие государств и других субъектов международного права, имеющих нормотворческие полномочия»); London Statement of Principles (сноска 42 выше), p. 734, conclusion 14 (i) («Для того чтобы возникла норма общего международного обычного права, необходимо, чтобы практика государств была как широко распространенной, так и репрезентативной»); Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 94 («Требование в отношении всеобщности означает, что обычная практика должна быть широко распространена и репрезентативна»).

<sup>155</sup> Цитата из особого мнения судьи Дилларда по делу *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 56.

<sup>156</sup> См. также Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, pp. 59–60 («Этот критерий *общего* признания [государствами определенной практики в качестве обязательной] неизбежно будет иметь расплывчатый характер; однако такова природа обычного права, как национального, так и международного: не иметь точной или окончательной формулировки»); Barboza, “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, p. 8 («“Всеобщность” представляется довольно неоднозначной концепцией»).

<sup>157</sup> Kunz, “The nature of customary international law”, p. 666; и см. пункт 54 ниже в отношении «особо затронутых государств». См. также Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, p. 22 («Мы не должны упускать из виду тот факт, что именно практика подавляющего большинства государств имеет решающее значение как для формирования новых норм, так и для их развития, изменения и возможного отмирания»). Федеральный конституционный суд Германии постановил, что достаточно, если норма признана в качестве обязательной подавляющим большинством государств, среди которых не обязательно должна быть Германия (см. *Argentine Necessity Case*, Order of the Second Senate of 8 May 2007, *2 BvM 1-5/03*, 1, 2/06, pp. 9–10: «Норма международного права является “общей” по смыслу статьи 25 Основного закона, если она признана подавляющим большинством государств (см. BVerfGE 15, 25 (34)). Общий характер нормы касается его применения, а не содержания, при этом признание всеми государствами не является обязательным. Равно не обязательно, чтобы Федеративная Республика Германия, в частности, признала эту норму»).

непоследовательная практика была малозначительна и не имела непосредственной юридической силы»<sup>158</sup>. В одних случаях даже «внушительное» число государств, следующих той или иной практике, не всегда может быть достаточно<sup>159</sup>; а в других – вполне возможно, что некоей практике следует лишь относительно небольшое число государств и бездействия других будет достаточно для создания нормы международного обычного права<sup>160</sup>.

54. *Особо затронутые государства.* Особое внимание следует уделить практике «государств, интересы которых [затрагиваются] особо»<sup>161</sup> в тех случаях, когда такие государства можно определить. Иными словами, при любом анализе международной практики следует принимать во внимание практику тех государств, которых рассматриваемая норма «затрагивает в большей степени, чем другие государства, и которые более заинтересованы в ней по сравнению с

другими»<sup>162</sup>, и такая практика должна иметь особый вес (в той мере, в какой, в соответствующих обстоятельствах, эта практика может помешать формированию нормы)<sup>163</sup>. То, какие государства будут затронуты «в особой степени», будет зависеть от рассматриваемой нормы, и далеко «не во всех областях возможно четко определить “особо затронутые” государства»<sup>164</sup>. Во многих случаях все государства оказываются затронуты в равной мере. Следует признать, что некоторые государства будут часто оказываться в категории «особо затронутых»<sup>165</sup>, однако в соответствии с принципом суверенного равенства их практика может быть оценена и ее значимость может быть определена только с этой точки зрения<sup>166</sup>.

<sup>162</sup> Worster, “The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law”, p. 58. Мейджерс (“How is international law made?—The stages of growth of international law and the use of its customary rules”, p. 7) говорит о «государствах, на которые приходится львиная доля активности в определенной сфере»; Даниленко (*Law-making in the International Community*, p. 95) говорит об «особом интересе к соответствующим принципам и нормам».

<sup>163</sup> См., например, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 47 (joint separate opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda) («Эти заявления, как правило, провоцировали протесты или возражения со стороны ряда важных морских государств и государств, ведущих экспедиционный промысел, и в этой связи они не могут быть охарактеризованы как “общепринятые”»).

<sup>164</sup> Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 95. См. также Mendelson, “The subjective element in customary international law”, p. 186 («Понятие «особо затронутые государства» не очень точное»); Aznar, “The contiguous zone as an archaeological maritime zone”, p. 12. Один из примеров такой проблемы можно найти в деле Международного Суда *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, когда судья Шахабуддин в своем несогласном мнении указал, что «в случае, когда речь идет об оценке законности применения оружия, которое может уничтожить человечество, а значит и уничтожить все государства, анализ того, какое государство может быть затронуто особо, связан не с аспектом владения этим оружием, а с последствиями его применения. С этой точки зрения все государства оказываются затронуты в равной степени, поскольку, как и люди, их населяющие, они все имеют равные права на существование» (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 414). Аналогичную точку зрения см. также *ibid.*, pp. 535–536 (dissenting opinion of Judge Weeramantry).

<sup>165</sup> Де Висхер (*Theory and Reality in Public International Law*, p. 154) сравнивает развитие международного обычного права с «протаптыванием тропы на нехоженой земле». Кроме того, «среди идущих есть те, кто оставляет на земле более глубокие следы по сравнению с другими, либо из-за своего веса, т. е. в силу своего влияния в мире, либо потому, что их интересы чаще приводят их на эту тропу» (*ibid.*, p. 155).

<sup>166</sup> См. также London Statement of Principles (сноска 42 выше), p. 737: «Нет такого правила, согласно которому крупные державы обязаны участвовать в какой-либо практике, чтобы она могла стать нормой общего обычного права. С учетом широты их интересов, как с географической точки зрения, так и *ratione materiae*, они часто будут в положении государства, “затронутого особо” той или иной практикой; и именно в этом смысле, и ни в каком ином, их участие является необходимым»; см. также *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 278 (declaration of Judge Shi) («Любое чрезмерное подчеркивание практики такого “особого положения” [“важных и влиятельных членов международного сообщества, [которые] играют существенную роль на этом этапе международных отношений”] будет не только противоречить самому принципу суверенного равенства государств, но также затруднит задачу точной и надлежащей оценки существования любой нормы обычного права»); и p. 533 (dissenting opinion of Judge Weeramantry) («С точки зрения создания международного обычая практика и политика пяти государств из 185, как представляется, не дают достаточных оснований для подтверждения обычая, каким бы значительным ни было

<sup>158</sup> Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 30.

<sup>159</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 42, para. 73; см. также Singapore, *Nguyen Tuong Van v. Public Prosecutor* (Court of Appeal), ILR, vol. 134, p. 684, para. 92.

<sup>160</sup> См., например, Akehurst, “Custom as a source of international law”, p. 18 («Практика, которой придерживается весьма небольшое число государств, может создавать норму обычного права, если нет практики, противоречащей этой норме»).

<sup>161</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 42, para. 73 («Что касается других элементов, которые обычно считаются необходимыми для того, чтобы можно было считать договорную норму общей нормой международного права, то можно утверждать, что, даже если прошло не так много времени, весьма широкого и репрезентативного участия в конвенции может быть самого по себе достаточно при условии, что оно включает государства, интересы которых затронуты в особой степени»); *ibid.*, p. 43, para. 74 («Практика государств, в том числе государств, интересы которых затронуты в особой степени»); и *ibid.*, pp. 175–176 (dissenting opinion of Judge Tanaka) («Нельзя отрицать, что вопрос повторяемости – это вопрос количества... Я хочу подчеркнуть, что важно значение, которое [число или цифра] приобретают в конкретных обстоятельствах. Мы не можем оценивать ратификацию Конвенции [о континентальном шельфе] крупной морской державой или государственную практику, выразившуюся в заключении ею соглашения на основе принципа равной удаленности, как имеющие точно такое же значение, что и аналогичные акты страны, которая не имеет выхода к морю и не испытывает особого интереса к вопросу о делимитации континентального шельфа»); см. также *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 90 (separate opinion of Judge De Castro) («Для формирования новой нормы международного права необходимо, чтобы практика государств, в том числе тех, чьи интересы затронуты особо, была в значительной мере или практически единообразна»); и *ibid.*, p. 161 (separate opinion of Judge Petrén) («Таким образом, отсутствует еще один элемент, который необходим для формирования новой нормы обычного права, а именно – ее принятие теми государствами, интересы которых она затрагивает»); Bellinger and Haynes, “A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, p. 445, footnote 4; Treves, “Customary international law”, p. 945, para. 36 («В частности, несмотря на то, что будет трудно определить, существует ли какая-либо норма, касающаяся морского права, в отсутствие соответствующей практики со стороны основных морских держав, или основных прибрежных государств, или в соответствующих случаях основных государств, ведущих рыбный промысел, молчание менее задействованных государств не будет препятствием для определения статуса нормы. Аналогичным образом нормы в отношении экономических отношений, в частности нормы, регулирующие иностранные инвестиции, требуют того, чтобы этой практике следовали основные государства-инвесторы, а также основные государства, в которых эти инвестиции размещаются»).

55. *Последовательность практики.* Для того чтобы установилась норма международного обычного права, соответствующая практика должна быть последовательной<sup>167</sup>. Хотя конкретные обстоятельства каждого деяния могут по естественным причинам различаться, необходимо, чтобы общим для них было некое «ядро смысла, которое не меняется»: только тогда можно отметить систематичность поведения<sup>168</sup>.

глобальное влияние этих пяти государств»). Однако см. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 312 (dissenting opinion of Vice-President Schwebel) («Эта практика в ядерной сфере не является практикой одиночного и второстепенного субъекта, который является последовательно возражающей стороной. Речь не идет о практике государства-парии, глас которого вопиет среди враждебно настроенного международного сообщества. Речь идет о практике пяти крупнейших мировых держав – постоянных членов Совета Безопасности, которых на протяжении почти 50 лет в значительной степени поддерживают их союзники и другие государства, укрывающиеся под их ядерными щитами. Иными словами, речь идет о практике государств, а также практике, поддерживаемой значительным и весомым числом других государств, которые в совокупности представляют основную часть мировой военной, финансово-экономической и технологической мощи и весьма значительную долю мирового населения»); *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 306 (separate opinion of Judge Petřén) («Было бы нереалистично в этой связи не обращать внимания на позицию государства с самым многочисленным населением в мире»); Buergenthal and Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, p. 28 («Представляется очевидным, что она [практика] не должна быть всеобщей. Не менее бесспорным является вывод о том, что в целом эта практика должна быть принята крупными мировыми державами и государствами, которых она непосредственно затрагивает»).

<sup>167</sup> См., например, *Colombian-Peruvian asylum case, I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at pp. 276 («постоянное и единообразное обыкновение»); *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 40 («постоянная и единообразная практика»); *Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955*, p. 4, at p. 30 (dissenting opinion of Judge Klaestad); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 74 (практика должна быть «практически единообразной»); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 90 (separate opinion of Judge De Castro) («Для формирования новой нормы международного права необходимо, чтобы практика государств, в том числе тех, чьи интересы затронуты особо, была в значительной мере или практически единообразна»); и *ibid.*, p. 50 (joint separate opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda) («Еще одно важное требование для того, чтобы практика государств приобрела статус обычного права, заключается в том, что такая практика государств должна быть общей, последовательной и согласованной. Таким образом, противоречие в практике государств или непоследовательное поведение, в частности именно тех государств, которые, как утверждается, следуют обычно или его устанавливают, будет препятствовать возникновению нормы обычного права»). См. также *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/659, стр. 178, замечание 2 («Единообразие практики государств рассматривалось Комиссией в качестве ключевого соображения при идентификации нормы международного обычного права»). Один исследователь пишет, что на практике два требования общности и единообразия «соединяются в едином аналитическом процессе. Юристы-международники не могут, например, определить, является ли практика государств общей, не выявив единообразной практики» (Fidler, «Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law», p. 202).

<sup>168</sup> Barboza, «The customary rule: from chrysalis to butterfly», p. 7 («Повторение поведения – это суть обычая. Разумеется, факты не всегда одинаковы: Гераклит говорил, что в одну и ту же реку нельзя войти дважды. Факты могут меняться, могут быть разные субъекты, могут варьироваться обстоятельства, но остается ядро смысла, которое не меняется. Всегда, когда есть повторение, есть отдельные факты, одного и того же рода; если мы говорим о повторении, то подразумеваем абстрагирование и исключение определенных предшествующих данных, относящихся к отдельным фактам, фактам, имевшим место в реальной жизни. В то же

Напротив, в тех случаях, когда практика показывает, что «в конечном итоге каждый конкретный случай отличается от всех других... это исключает возможность возникновения условий, которые необходимы для формирования принципов и норм обычного права»<sup>169</sup>. Иными словами, если факты свидетельствуют о том, что

в различных случаях так много неопределенности и противоречий, так много изменений и расхождений... так много несоответствий... и практика столь подвержена влиянию соображений политической целесообразности в самых различных случаях... что в связи с предполагаемой нормой во всем этом невозможно выделить какое-либо постоянное и единообразное обыкновение, признанное в качестве правовой нормы<sup>170</sup>.

56. При установлении последовательности практики, разумеется, важно рассматривать ситуации, которые, по сути, сопоставимы, поскольку в их рамках возникали одинаковые или похожие вопросы<sup>171</sup>.

время ядро *генерального смысла* сохраняется, т. е. сохраняется смысл, который можно применить к другим ситуациям... Этот *генеральный смысл* повторяется в каждом прецеденте и определяет содержание того, что признано соответствующими государствами в качестве правовых норм в отношениях между ними»). См. также Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 96 («Любая обычная норма является нормативным обобщением отдельных прецедентов»).

<sup>169</sup> *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at p. 290, para. 81.

<sup>170</sup> *Colombian-Peruvian asylum case, I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 277; см. также *Corfu Channel case, Merits, Judgment of April 9th, 1949, I.C.J. Reports 1949*, p. 4, at p. 74 (dissenting opinion by Judge Krylov) («Практика государств по этому вопросу далеко не единообразна, и невозможно утверждать, что применительно к ней существует соответствующий международный обычай»); *ibid.*, p. 128 (dissenting opinion by Dr. Ečer) («Практика государств настолько разнообразна, что нельзя найти никаких доказательств существования такой нормы [международного обычного права]»); *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 131 (где сделан вывод о том, что в тех случаях, когда «одни государства» приняли или применяли одну норму, а «другие государства» приняли иную практику, «вследствие этого данная... норма не приобрела статуса общей нормы международного права»); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at pp. 56–57 (separate opinion of President Bustamante у Rivero) (где утверждается, что в тех случаях, когда практика «носит спорадический характер, [что] препятствует систематизации», возникновение международного обычного права «в таких обстоятельствах маловероятно»); *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 175, at p. 212 (declaration of Judge Nagendra Singh) («значительные расхождения и несоответствия в практике государств [не позволяют норме сформироваться]»); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at pp. 117–118 (separate opinion of Judge Bula-Bula) («Наличие множества несоответствий и расхождений, которые, по сути, характеризуют как одностороннюю, так и единичную практику... [означает], что обычная норма не сложилась»).

<sup>171</sup> См., например, *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 45, para. 79; German Federal Constitutional Court, Order of the Second Senate (сноска 74 выше), para. 42 («Следует особо учитывать, что подавляющая часть соответствующей практики государств и доктрин, которые Высший региональный суд принял во внимание, относится к ситуациям, которые касаются лишь двух государств. Однако в данном случае правовые отношения существуют между Йеменской Республикой как государством происхождения заявителя, Соединенными Штатами Америки как запрашивающим государством суда и Федеративной Республикой Германия как запрашиваемым государством проживания. Таким образом, правовые последствия предполагаемого нарушения международного права прямо не касаются уголовного разбирательства в государстве суда... а касаются процедуры выдачи в запрашиваемом государстве проживания»); *Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Case No. SCSL-04-14-A, Judgment (Special Court for Sierra Leone Appeals Chamber), 28 May 2008, para. 406.*

И хотя естественно, что частое повторение последовательной практики придаст ей большее значение, «степень частоты необходимо оценивать в сопоставлении с частотой возникновения обстоятельств, в которых действие, составляющее практику, должно быть совершено или является уместным»<sup>172</sup>.

57. *Некоторая непоследовательность не страшна.* Полного единообразия практики не требуется: «не следует уделять слишком много внимания поверхностным противоречиям и несоответствиям»<sup>173</sup>. Как отметил Международный Суд:

Нельзя ожидать, что в практике государств применение норм, о которых идет речь, будет идеальным... Суд не считает, что для установления обычной нормы соответствующая практика должна абсолютно точно соответствовать этой норме. Суд считает, что для установления существования норм обычного права достаточно, чтобы поведение государств в целом соответствовало таким нормам, и что случаи несоответствия поведения государств определенной норме следует в целом рассматривать как нарушение этой нормы, а не как знак признания новой нормы<sup>174</sup>.

<sup>172</sup> Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 65.

<sup>173</sup> G. Fitzmaurice, "The law and procedure of the International Court of Justice, 1951–54: general principles and sources of law", p. 45. См. также Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 44 («Слишком строгие критерии поставят под угрозу... формирование международного обычного права. Например, это будет означать игнорирование неизбежно общего характера обычного права при слишком подробном рассмотрении примеров практики. Кроме того, практика, которая, на первый взгляд, кажется непоследовательной, вполне может содержать в качестве общего знаменателя общую норму, или по меньшей мере она может быть единообразной в отношении частичных или специальных норм. После установления нормы в ее рамках вполне возможны различные варианты... Отклонение от этой нормы может фактически свидетельствовать о допустимом исключении»); Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 24 («Полного единообразия практики не требуется, однако необходимо значительное единообразие»); Bodansky, "Customary (and not so customary) international environmental law", p. 109 («Обычные нормы являются закономерностями, но не обязательно единообразными характеристиками поведения... возможны ошибки и нарушения норм»); Müllerson, "The interplay of objective and subjective elements in customary law", p. 167 (где сделано общее замечание о том, что «правовое регулирование необходимо только в случае отклонений от ожидаемых моделей практики»). По словам Бриггса, «отклонения от согласованности, общности или последовательности в практике являются материалом для юридического толкования» ("Colombian–Peruvian asylum case and proof of customary international law", p. 45). Согласно *Ежегоднику... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/659, стр. 180, замечание 5: «Если в международной практике присутствовала какая-то объединяющая линия или тема, то Комиссия часто не обращала внимания на некоторые расхождения в практике при идентификации нормы международного обычного права».

<sup>174</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 98, para. 186. Суд добавил: «Если государство prima facie действует в нарушение признанной нормы, но защищает свое поведение, ссылаясь на исключения или оправдывающие обстоятельства, содержащиеся в самой этой норме, то вне зависимости от того, является ли поведение государства по сути оправданным на этом основании, значение этого подхода заключается скорее в подтверждении, а не ослаблении данной нормы» (*ibid.*); см. также *Colombian–Peruvian asylum case*, I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 336 (dissenting opinion by Judge Azevedo); *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 40, and also at pp. 104, 107 (dissenting opinion of Judge Sir Percy Spender); *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 229 (dissenting opinion of Judge Lachs). В деле *Fisheries* Суд отметил, что он «считает, что не нужно придавать слишком большое значение незначительному числу факторов неопределенности или противоречий, реальных или предполагаемых, которые правительство

58. *Продолжительность практики.* Хотя нормы международного обычного права традиционно складывались в результате практики, существовавшей в течение продолжительного периода времени, широко признается тот факт, что отсутствуют какие-либо конкретные требования в отношении того, сколько времени должна существовать практика, чтобы она могла превратиться в норму международного обычного права<sup>175</sup>. Как постановил Международный Суд в деле *Континентальный шельф Северного моря*:

[Хотя] краткость прошедшего периода не является непременно, или сама по себе, препятствием для формирования новой нормы международного обычного права... необходимо, чтобы в течение этого периода, пусть даже непродолжительного, правоприменительная практика государств, включая те, чьи интересы затронуты особо, была обширной и практически единообразной... а также свидетельствовала о всеобщем признании правовой нормы или правового обязательства<sup>176</sup>.

Соединенного Королевства обнаружило в практике Норвегии. Они могут быть легко истолкованы в свете различных фактов и условий, которые существовали в течение длительного периода, прошедшего после 1812 года, и не могут изменить выводы, сделанные Судом» (*Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 138).

<sup>175</sup> См., например, Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 27 («В большинстве случаев для превращения практики в обычную норму требуется некоторый период времени. Однако в некоторых случаях, когда для установления нормы необходим небольшой объем практики, эта норма может возникнуть очень быстро»); Corten, *Méthodologie du droit international public*, pp. 150–151 («Если ранее в соответствии с доктриной, как представляется, требовалась весьма длительная практика, то недавние изменения в судебной практике привели к упразднению этого условия. В отношении *ratione temporis* обычай вполне может сложиться на основе практики, ограниченной во времени, при условии, что, как правило, она будет интенсивной и однозначной»); Kunz, "The nature of customary international law", p. 666 («Международное право не содержит норм в отношении того, сколько раз или в течение какого времени эта практика должна повторяться»); Wolfke, "Some persistent controversies regarding customary international law", p. 3 («Более не требуется, чтобы эта практика имела место в течение продолжительного периода времени»); London Statement of Principles (сноска 42 выше), p. 731, conclusion 12 (i): «Определенной продолжительности не требуется». Однако см. особое мнение судьи Сепульведы Амора по делу *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 279 («Время является еще одним важным элементом процесса создания международного обычного права... Утверждение о существовании нормы обычного права, созданной в столь короткий промежуток времени, явно противоречит прошлым решениям Суда по этому вопросу») (ссылка на дело *Right of Passage*); Jennings, "The identification of international law", p. 5 («Разумеется, практика, имевшая место в течение более или менее длительного периода времени, является важным элементом обычного права»).

<sup>176</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 43, para. 74; см. также p. 124 (separate opinion of Judge Ammoun), p. 230 (dissenting opinion of Judge Lachs) («Что касается фактора времени, то формирование права на основе практики государств в прошлом было часто связано с длительным периодом времени. Нет сомнений в том, что в некоторых случаях это может быть оправдано. Однако, значительное ускорение социально-экономических перемен, а также перемен в науке и технике ставит перед правом серьезную задачу: задачу, которую необходимо решить, чтобы право не отстало от событий еще больше, чем это обычно происходит... короткий период времени, в течение которого сформировались и закрепились правовые положения, касающиеся континентального шельфа, не является препятствием для признания их принципов и норм, в том числе нормы о равном отстоянии, частью общего права»); и *ibid.*, p. 244 (dissenting opinion of Judge Sørensen) («Таким образом, была зарезервирована возможность признания быстрого формирования новой нормы обычного права на основе недавней практики государств. Это особенно важно с учетом весьма динамичного процесса эволюции, который

Хотя для возникновения некоторых норм неизбежно может потребоваться больше времени<sup>177</sup>, при условии, что практика является достаточно общей и последовательной, какой-либо конкретной продолжительности не требуется<sup>178</sup>. Тем не менее в этом контексте следует

происходит в международном сообществе на данном историческом этапе»). Межамериканский суд по правам человека постановил в отношении «обычной практики», что «важный момент заключается в том, что практика существует непрерывно и постоянно, и что нет необходимости в том, чтобы поведение имело место в течение конкретного периода времени» (*Baena Ricardo et al. v. Panama*, Judgment of November 28, 2003, *Inter-American Yearbook on Human Rights* 2003, vol. II, para. 104).

<sup>177</sup> См. Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 64 («Если вопрос, который необходимо решить, возникает часто и регулируется по сути одинаково в каждом случае, то необходимый период времени может быть коротким; если вопрос возникает только время от времени, то может потребоваться больше времени для выявления последовательности в решении этого вопроса... По сути, наибольший вес имеют именно последовательность и повторение, а не продолжительность практики»). См. также Lauterpacht, «Sovereignty over submarine areas», p. 393 («Доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы», говоря словами Статьи 38 Статута, не обязательно должно существовать на протяжении десятилетий. Любые попытки установить определенную продолжительность времени для закрепления обычая должны быть соразмерны степени и интенсивности изменения, которое он должен или предположительно должен установить»); Li, *Guoji Fa De Gainian Yu Yuanquan (Concepts and Sources of International Law)*, p. 91 (цитируется в Cai, «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law rules», p. 661).

<sup>178</sup> См. также Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, p. 19; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», p. 25 («Принятие Судом быстро складывающейся практики показывает, что традиционное требование в отношении продолжительности является не самоцелью, а лишь средством демонстрации общности и единообразия практики того или иного государства»); Sohn, «Unratified treaties as a source of customary international law», p. 234 («Продолжительность существования практики не имеет решающего значения для формирования обычая. Более важное значение имеет сила других факторов: частоты и повторяемости этой практики, числа государств, применяющих эту практику, и относительной силы конкурирующей практики»); Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 55 («Нет необходимости в том, чтобы это поведение существовало в течение длительного периода времени, хотя к утверждениям о быстром или спонтанном формировании обычных норм следует относиться

помнить о том, что «у всех государств, для которых в результате их бездействия какая-либо норма может приобрести обязательную силу, должно быть время, необходимое для того, чтобы избежать подразумеваемого принятия посредством противодействия этой норме»<sup>179</sup>).

59. Предлагается следующий проект вывода:

«Проект вывода 9. Практика должна быть общей и последовательной

1. Для установления нормы международного обычного права соответствующая практика должна быть общей в том смысле, что она должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна. Практика не обязательно должна носить универсальный характер.

2. Практика должна быть в целом последовательной.

3. При условии, что практика является достаточно общей и последовательной, какой-либо конкретной продолжительности не требуется.

4. При оценке практики должно внимание уделять практике государств, чьи интересы затронуты особо».

с осторожностью. Более важно установить, что существует широкое признание мнения о том, что такое поведение соответствует праву и предписывается правом, а также что существует фактическое поведение, соответствующее вышеприведенным положениям»). Ср. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*.

<sup>179</sup> Meijers, «How is international law made?—The stages of growth of international law and the use of its customary rules», pp. 23–24 («Все государства, которые, возможно, подпадут под действие формирующейся нормы, должны получить возможность высказаться против ее возникновения»). Однако см. Arangio-Ruiz, «Customary law: a few more thoughts about the theory of ‘spontaneous’ international custom», p. 100 («Сегодня в особенности любое действие или бездействие государства становится известным во всем мире со скоростью света»).

## ГЛАВА V

### Признание в качестве правовой нормы

60. Второй необходимый элемент для формирования и выявления норм международного обычного права (признание «всеобщей практики» в качестве правовой нормы) обычно называют *opinio juris* (или «*opinio juris sive necessitatis*»). Согласно этому «субъективному элементу» международного обычного права требуется, по сути, чтобы практика, о которой идет речь, осуществлялась «исходя из того понимания... что такие действия предписываются законом»<sup>180</sup>. Государства должны «сами считать... что они применяют обязательную норму международного обычного права»<sup>181</sup>, или, иными словами, «[считать], что они юридически обязаны... [совершить соответствующее

действие] в силу обязывающей нормы обычного права»<sup>182</sup>. Именно эта «внутренняя точка зрения»<sup>183</sup> позволяет закрепить повторяющиеся действия в качестве нормы права, а также провести различие между правом и неправом<sup>184</sup>. Как отметил судья Чагла:

<sup>182</sup> *Ibid.*, at pp. 44–45, para. 78.

<sup>183</sup> Bodansky, «Customary (and not so customary) international environmental law», p. 109.

<sup>184</sup> Практика, не сопровождающаяся такого рода чувством обязанности, не вносит вклад в международное обычное право. См. также *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77 («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 обязывающей нормы права.

<sup>180</sup> Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920–1942—A Treatise*, p. 609.

<sup>181</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 76.

Для признания обычая в международном праве требуется гораздо больше, чем [накопление большого числа случаев]. Недостаточно доказать его внешнее проявление; в равной мере необходимо установить его ментальный или психический элемент. Именно этот исключительно важный элемент позволяет отличить простую практику или обыкновение от обычая. Совершая то или иное действие либо воздерживаясь от того или иного действия, стороны должны чувствовать, что они совершают такое действие или воздерживаются от него из чувства обязанности. Они должны считать, что такое деяние обладает такой же силой, как и право... должно преобладать неопределимое чувство принуждения – не физического, а юридического<sup>185</sup>.

61. *Другие мотивы для действия.* «Признание в качестве правовой нормы» следует отличать от других, неправовых соображений, которые государство может иметь относительно соответствующей практики. В связи с определением существования нормы международного обычного права необходимо установить, что соответствующая практика не была мотивирована (исключительно) соображениями «любезности, добрососедства и политической целесообразности»<sup>186</sup>, а также «удобством или традици-

(продолжение сноски 184)

Необходимость наличия такой убежденности, т. е. наличия субъективного элемента, заложена в самом понятии *opinio juris sive necessitatis*); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55 («Хотя в некоторых случаях государства принимают решение предоставить более широкий иммунитет, чем это предписывается международным правом, для настоящих целей основной момент заключается в том, что предоставление иммунитета в таком случае не сопровождается требуемым элементом *opinio juris* и поэтому не проливает свет на вопрос, который в настоящее время находится на рассмотрении Суда»); см. также Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 48 («Хотя необходимость наличия *opinio juris*, безусловно, влечет за собой многочисленные проблемы на практике... безусловно трудно провести различие между обыкновением, которое стало обязательным в качестве нормы обычного права, и обыкновением, которое таковым не стало... без того, чтобы психологический элемент формирования обычая вновь заставил нас вернуться к извилистым путем к обсуждению этого явления под другим названием»). По вопросу о важной функции *opinio juris* в предотвращении превращения в целом нежелательной общей практики в норму международного обычного права см. Dahlman, «The function of *opinio juris* in customary international law». Виллиджер отмечает, что, «помимо этого, *opinio juris* позволяет, в частности, отличать нарушения норм обычного права от последующих изменений нормы, а это не лишено значимости с учетом динамичности международного обычного права. До тех пор, пока предыдущее *opinio* не оказалось размыто, а новое *opinio* установлено, расхождение в практике остается формой настоячивого или последующего возражения» (*Customary International Law and Treaties*, p. 48).

<sup>185</sup> *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 120 (dissenting opinion of Judge Chagla), где есть ссылка на местный обычай, но опора в этом контексте делается на общую формулировку Статьи 38, пункт 1 b), Статута Международного Суда.

<sup>186</sup> *Colombian-Peruvian asylum case*, I.C.J. Reports 1950, p. 266, at pp. 285–286 (где добавляется, что «соображения удобства или простой политической целесообразности, похоже, обусловили решимость государства территориальной юрисдикции признать убежище, хотя это решение не было продиктовано каким бы то ни было чувством юридического обязательства»); см. также *Case concerning Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections*, Judgment of 26 November 1957, I.C.J. Reports 1957, p. 125, at p. 177 (dissenting opinion of Judge Chagla) («Кроме того, [государство] должно установить, что... [практика] осуществлялась... по праву, а не из чувства любезности или в качестве уступки»); *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, at pp. 305–306 (separate opinion of Judge Petřén) («Воздержание от поведения должно быть» мотивировано не политическими или экономическими факторами, а убежденностью в том, что... [то или иное поведение] запрещено международным обычным

ей»<sup>187</sup>. Государства должны проявлять уважение к норме «из чувства юридического обязательства, а не просто в порядке проявления взаимной терпимости или вежливости»<sup>188</sup>. «Признание в качестве правовой нормы» не следует также путать с факторами социального или экономического характера<sup>189</sup>, хотя последние

правом»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 109 (где Суд противопоставляет «заявления о международной политике» и «подтверждение норм действующего международного права»); *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 221 (dissenting opinion of Judges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro and Sir Benegal Rau) (где говорится об «обыкновении в качестве по меньшей мере одного из оснований имеющихся прав... [и поэтому] речь шла не только о простой “милостивой терпеливости”»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at pp. 423–424 (dissenting opinion of Judge Shahabuddeen) («Важно также иметь в виду, что простое доказательство действий или упущений, составляющих, как предполагается, практику государств, не избавляет от необходимости толкования таких действий или упущений. Того факта, что государства могут считать, что в сложившихся условиях у них не остается иного выбора, кроме как делать то, что они делают, недостаточно для того, чтобы исключить возможность отнесения того, что они делают, к практике государства, при том условии, однако, что то, что они делают, делается с убежденностью в том, что они действуют из чувства юридического обязательства»); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at p. 145 (dissenting opinion of Judge *ad hoc* Van den Wyngaert) («Неразрешимая практика государств», которая заключается в том, что они воздерживаются от возбуждения уголовных дел, сама по себе не может считаться доказательством *opinio juris*. Воздержание от действия может объясняться многими другими причинами, в том числе любезностью, политическими соображениями, практическими задачами или отсутствием экстерриториальной уголовной юрисдикции. Только в том случае, когда такое воздержание стало результатом сознательного решения соответствующих государств, такая практика может сформировать норму международного обычного права»); De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, p. 149 («Правительству придают большое значение проведению различия между обычаем, который они считают для себя обязательным, и простой практикой, которая зачастую продиктована соображениями целесообразности и поэтому не имеет четкого правового обоснования. Тот факт, что в этом вопросе зачастую замешаны политические интересы, не является причиной для отрицания его значимости»).

<sup>187</sup> *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para. 77 («Есть множество международных актов, например в области церемониала и протокола, которые совершаются почти всегда, однако они мотивируются лишь любезностью, удобством или традицией, а не каким бы то ни было чувством обязательства»); см. также *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/ Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 13, at p. 69 (separate opinion of Vice-President Sette-Camara) («В поддержку принципа расстояния может быть указано на политическую и дипломатическую целесообразность, однако это вряд ли является *opinio juris sive necessitatis*»).

<sup>188</sup> *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 58 (separate opinion of Judge Dillard).

<sup>189</sup> См. также *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 23, para. 23, где по вопросу о методе равного удаления в связи с делимитацией морских пространств Международный Суд заявил: «Словом, по всей вероятности, было бы справедливо утверждать, что ни один другой метод делимитации не сочетает в себе в той же степени практическое удобство и определенность применения. Однако эти факторы не являются сами по себе достаточными для преобразования того, что является методом, в норму права, которая делает признание результатов использования этого метода обязательным во всех тех случаях, когда стороны не договорились об ином... С юридической точки зрения в случае наличия такой нормы она должна черпать свою юридическую силу из других факторов, нежели наличие этих преимуществ, какими бы важными они ни были»; *South West Africa, Second Phase*, Judgment,

вполне могут существовать, особенно на начальном этапе формирования практики.

62. Аналогичным образом практика, мотивируемая (исключительно) необходимостью выполнения обязательств по договору (или некоторых других обязательств вне поля обычного права), не может считаться признаком «признания в качестве правовой нормы»<sup>190</sup>. Когда стороны договора действуют в порядке осуществления своих договорных обязательств, то это, как правило, не доказывает существование *opinio juris*<sup>191</sup>. Напротив, в тех случаях, когда

*I.C.J. Reports 1966*, p. 6, at p. 34 («Соображения гуманности могут вдохновлять создание правовых норм... Однако такие соображения сами по себе не являются правовыми нормами. Все государства заинтересованы – обладают интересом – в таких вопросах. Однако существование “интереса” само по себе не означает, что этот интерес является именно юридическим по своему характеру»).

<sup>190</sup> См. также Schachter, “Entangled treaty and custom”, p. 729; Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, p. 81 («Практика соблюдения некоторых других норм вне поля обычного права не будет считаться независимым доказательством наличия *opinio juris* в отношении обычного права, как было установлено в деле *North Sea*). Бакстер в этой связи указал на парадокс, согласно которому «по мере расширения масштабов признания договора сокращается число не являющихся его участниками государств, практика которых сохраняет свою актуальность» (“Treaties and custom”, p. 73); см. также Cryer, “Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the ICRC customary law study”, p. 244 («В некотором смысле может представлять большую сложность оценка практики применительно к норме, которая уже обладает существующей договорной основой, поскольку практика участников договоров *inter se* может объясняться существованием договора»).

<sup>191</sup> См., например, *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 76 («Свыше половины соответствующих государств, действующих как в одностороннем порядке, так и вместе, являлись или вскоре стали участниками [Конвенции о континентальном шельфе], и поэтому предположительно в этой связи они действовали фактически или потенциально в рамках исполнения Конвенции. В связи с их действиями нельзя законно сделать вывод о том, что существует норма международного обычного права»); *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952, I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at pp. 199–200 («В течение всего этого периода [150 лет] консульская юрисдикция Соединенных Штатов была фактически основана не на обычаях или обыкновениях, а на договорных правах... не достаточно установить, что государства, осуществляющие консульскую юрисдикцию в исполнение своих договорных прав, помимо этого, обладают дополнительным правомочием на основе обычая или обыкновения»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 531 (dissenting opinion of Judge Sir Robert Jennings) («Существуют очевидные трудности в связи с получением даже малой доли соответствующей “практики” по этим вопросам, исходя из поведения тех немногих государств, которые не являются участниками Устава; а поведение всех остальных, а также наличие *opinio juris*, которое в ином случае такое поведение могло бы доказывать, безусловно, объясняется тем, что государства обладают обязательствами по самому Уставу»); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at p. 479 (separate opinion of Judge Abraham) («Такой подход не демонстрирует существование *opinio juris*, т. е. убежденности в том, что обязательство существует... вне каких бы то ни было договорных обязательств»); *Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.*, Case No. IT-96-21T (сноска 115 выше), p. 111, para. 302. Верховный Суд Соединенных Штатов аналогичным образом в деле *The Paquete Habana* (сноска 117 выше) сослался на норму международного права, существующую «независимо от любого явного договора или другого публичного акта»: p. 708. См. также Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, p. 204 («Определение того, кодифицируется ли в конвенции уже существовавшая норма права, не всегда является проблемой с учетом проведения обширной подготовительной работы, а также возможностей высказывать

государства действуют в соответствии с договором, который (еще) не является для них обязательным, или действуют по отношению к государствам, не являющимся участниками договора, то в таких случаях действительно может быть установлено «признание в качестве правовой нормы»<sup>192</sup>. Это может также иметь место тогда, когда государства, не являющиеся участниками договора, действуют согласно содержащимся в нем нормам, как, например, в случае с некоторыми государствами, не являющимися участниками Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву<sup>193</sup>.

63. В тех случаях, когда государства «могут свободно прибегать [к различным методам], с тем чтобы примирить свои национальные интересы», обычно отсутствует указание на «наличие любого рода *opinio juris*, которое связано с осознанием государствами обязательного характера осуществляемой практики»<sup>194</sup>. Иными словами, «практика государств не может служить обоснованием формирования какой бы то ни было общей правовой нормы» в тех случаях, когда такие государства могут выбирать надлежащую практику, исходя из своих конкретных обстоятельств (и таким образом, не признают конкретную практику в качестве обязательной)<sup>195</sup>.

64. Обычно концепция признания в качестве правовой нормы применима к заинтересованным государствам (как к тем, которые осуществляют практику, так и к тем, которые могут действовать в порядке реагирования на нее):

Либо государства, принимающие такие меры, либо другие государства, имеющие возможность реагировать на них, должны вести себя так, чтобы их поведение являлось «доказательством убежденности в том, что эта практика является обязательной в силу наличия обязывающей правовой нормы»<sup>196</sup>.

конкретные замечания в течение всего процесса принятия кодификационной конвенции, а также с учетом обстоятельств принятия, которые могут пролить свет на этот вопрос»).

<sup>192</sup> См., например, ссылку на практику Венесуэлы в *Colombian–Peruvian asylum case, I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 370 (dissenting opinion of M. Caicedo Castilla).

<sup>193</sup> В деле *Peru v. Chile*, которое слушалось в Международном Суде, представитель Перу заявил, что «Перу принимает и применяет нормы международного обычного морского права, как об этом говорится в [Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву]: *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, CR 2012/34, p. 43, para. 10 (Wagner).

<sup>194</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 127 (separate opinion of Judge Ammoun). Если только, конечно, сама норма не допускает нескольких вариантов действий.

<sup>195</sup> *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 131.

<sup>196</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 109, para. 207; см. также *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 121 (dissenting opinion of Judge Chagla) («Необходимо также наличие такого же четкого осознания у другой стороны обязательства»); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 315 (separate opinion of Judge Ammoun) («та или иная практика способствует формированию нормы обычного права лишь в том случае, если... как государство, которое осуществляет такую практику или пытается навязать ее, так и государство, которое подчиняется этому или соглашается выполнять такую практику,

Сейчас в условиях существования многочисленных международных форумов такой поиск того, что некоторые называют «индивидуальное *opinio juris*», может быть дополнен или облегчен за счет поиска наличия «скоординированного или общего *opinio juris*»<sup>197</sup>, т. е. признания некоторой практики в качестве правовой нормы (либо наоборот) на основе общего консенсуса государств<sup>198</sup>. Помимо удобства изучения совместной практики государств, такой подход может облегчить задачу определения того, действительно ли члены международного сообщества достигли согласия относительно обязательного характера той или иной практики, либо же между ними наблюдаются расхождения.

65. Хотя идея о том, что принятие в качестве нормы права необходимо для превращения практики в

(продолжение сноски 196)

полагают, что эта практика выражает юридическое обязательство, которое никто из них не может обойти»; Thirlway, *The Sources of International Law*, pp. 70–71. В отличие от этого авторы иногда говорили о том, что важнейшим значением обладает в основном *opinio juris* одной из этих групп государств: в связи с мнением о том, что наибольшей важностью обладает *opinio juris* «принимающего» государства, см., например, Wolfke, *Custom in Present International Law*, pp. 44 and 47 («В случае типичного обычая достаточно, чтобы признание практики в качестве правовой нормы осуществлялось с учетом всех обстоятельств дела, о котором идет речь, прежде всего отношения, а следовательно, и поведения государства, которое соглашается признать для себя обязательной обычную норму... Следует добавить, что требование осознания действующим государством какого бы то ни было «чувства долга» или «убеждения» даже несколько нелогично, поскольку с правовой точки зрения важна только реакция других государств на практику, в частности считают ли они, что она обязательна или разрешена по закону»); MacGibbon, «Customary international law and acquiescence», p. 126 («Безусловно, наличие *opinio juris* важно для формирования обычных прав, но только с точки зрения государств, затрагиваемых в результате осуществления права, о котором идет речь»).

<sup>197</sup> См., например, Danilenko, *Law-making in the International Community*, pp. 102–107.

<sup>198</sup> См. также Pellet, «Article 38», p. 819 (где приводится в пример ряд случаев и утверждается, что «наряду с практикой [Международный Суд] обычно полагается на общее мнение, а не на мнение отдельных государств»); Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», p. 11 («[Международный Суд] стремится добиться общего консенсуса среди государств вместо того, чтобы с точки зрения позитивизма требовать строгого доказательства согласия государства-ответчика»); Casella, «Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law» («*Opinio juris* больше не рассматривается как индивидуальное мнение одного или нескольких государств, а рассматривается как коллективные заявления, изданные от имени международного сообщества в целом или значительной его части»); Charney, «The contemporary role of customary international law», p. 21 («Некоторые утверждают, что выбор в пользу признания нормы права должны делать отдельные государства. Однако очевидно, что требуется лишь признание со стороны международного сообщества, а не каждого отдельного государства или иных субъектов международного права»). В своем частично несогласном мнении по делу *Nahimana et al. v. Prosecutor* (Апелляционная камера Международного трибунала по Руанде) судья Мерон заявляет, что в случае, когда «консенсус между государствами не складывается, очевидно, что никакой нормы международного обычного права не существует» (Case No. ICTR-99-52-A, 28 November 2007, p. 376, para. 5); см. также *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 315 (dissenting opinion of Vice-President Schwebel) («решительный протест и резервирование права, как показывают последующие резолюции Генеральной Ассамблеи... напротив, препятствуют зарождению или сохранению *opinio juris*»).

юридическую норму, берет свое начало в античном мире<sup>199</sup>, латинская фраза «*opinio juris sive necessitatis*» появилась гораздо позже. Означая буквально «убеждение (или мнение) права или необходимости»<sup>200</sup>, это «техническое название»<sup>201</sup> субъективного элемента обычно сокращается до «*opinio juris*», что «само по себе вполне может иметь самостоятельное значение. В целом необходимым элементом считается наличие *opinio* (мнения) о праве, что право является или становится таковым, что требует или разрешает совершение того или иного действия»<sup>202</sup>.

66. Ученые, которые пытаются интерпретировать значение и функцию понятия *opinio juris*, испытывают сложности не только в связи с его лингвистической неопределенностью и неясностью происхождения<sup>203</sup>, но и с давними теоретическими проблемами, связанными с попытками описания в точных выражениях аморфного процесса, в соответствии с которым модель поведения государства приобретает юридическую силу<sup>204</sup>. В частности, одни авторы обсуждают, действительно ли субъективный элемент выражает убежденность (или мнение) государств или даже их согласие (или волю)<sup>205</sup>. Другие обсуждают «пара-

<sup>199</sup> Кроуфорд ссылается на работу Исидора Севильского *Etymologiae, Liber V: De Legibus et Temporibus*, в которой говорится, что «обычай как правовая норма устанавливается в силу моральных привычек, которые признаются в качестве правовой нормы в тех случаях, когда отсутствует писаное право. Независимо, закреплен ли он в письменном виде либо же существует в соответствии со здравым смыслом, поскольку здравый смысл также подчиняется праву... Обычай так называется еще и потому, что он имеет общее употребление» (*Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 26, footnote 32). По вопросу «интеллектуальной генеалогии» «дополнительного элемента» международного обычного права см. Kadens and Young, «How customary is customary international law?».

<sup>200</sup> Терлуэй предложил следующий вариант перевода «с учетом его правового применения»: «(мнение (или убеждение), что речь идет (или, возможно, должна идти) о требуемом элементе в силу закона или необходимости» (*The Sources of International Law*, p. 57).

<sup>201</sup> Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 55.

<sup>202</sup> Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 78. См. также Millán Moro, *La "Opinio Iuris" en el Derecho Internacional Contemporáneo*; Huesa Vinaixa, *El Nuevo Alcance de la "Opinio Iuris" en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Некоторые предположили, что *opinio juris* выполняет еще одну роль, помимо обычно отводимой ему в международном обычном праве: см., например, несогласное мнение судьи Кансалу Триндаде по делу *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 283, para. 290 (Не следует рассматривать *opinio juris* весьма узко, сводя это понятие к субъективному компоненту обычая и отдаляя его от общих принципов права»).

<sup>203</sup> См., например, Mendelson, «The subjective element in customary international law», pp. 194 and 207 («Отмечается, что лингвистическая непоследовательность словосочетания *opinio juris sive necessitatis* отражает некоторую непоследовательность концепции этого понятия... в свою очередь, [это] словосочетание имеет сомнительное происхождение и неясное значение»).

<sup>204</sup> См. также Kadens and Young, «How customary is customary international law?», p. 907 («Центральная проблема в связи с обычаям заключается в «дополнительном элементе», который необходим для преобразования повторяющейся практики в обязательную норму. А один из главных уроков нашего обсуждения истории заключается в том, что это *всегда* было центральной проблемой»).

<sup>205</sup> Как отмечают ученые, Постоянная палата международного правосудия и Международный Суд ссылаются как на понятие воли, так и на понятие убежденности (см. соответственно *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey), Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 18; и *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77). По вопросу о попытках примирить



докс» *opinio juris*, приводя довод о «порочном круге», согласно которому ставится под сомнение то, как вообще может возникнуть новая норма международного обычного права, если соответствующая практика должна сопровождаться убежденностью в том, что такая практика уже является правовой нормой<sup>206</sup>. При этом другие ставят под сомнение то, могут ли государства в целом иметь убеждения<sup>207</sup>, а также возможно ли вообще доказать такие внутренние мотивы<sup>208</sup>. Одни авторы утверждают, что *opinio juris* следует понимать как воплощение принципов этики и морали<sup>209</sup>, в то время как другие отрицают значение таких принципов

эти два подхода см., например, London Statement of Principles (сноска 42 выше), p. 741, para. 3 («Можно добиться нивелирования или видимого примирения этих двух подходов за счет использования таких терминов, как “принимается” или “признается” в качестве правовой нормы»); и Elias, “The nature of the subjective element in customary international law”.

<sup>206</sup> См., например, Kelsen, “Théorie du droit international coutumier”; см. также Takі, “*Opinio juris* and the formation of customary international law: a theoretical analysis”, p. 450. Некоторые из предлагаемых решений проблемы «парадокса» см. в Maluwa, “Custom, authority and law: some jurisprudential perspectives on the theory of customary international law”; Verdross, “Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts”; Tasioulas, “*Opinio juris* and the genesis of custom: a solution to the ‘paradox’”; Lefkowitz, “(Dis)solving the chronological paradox in customary international law: a Hartian approach”; D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, pp. 52–53; Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications*, p. 112; Elias and Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, pp. 3–21.

<sup>207</sup> См., например, D’Amato, “Custom and treaty: a response to Professor Weisburd”, p. 471 («Будет ошибочным проводить антропоморфное сравнение, утверждая, что образования, которые мы называем государствами, могут быть в чем бы то ни было “убеждены”; поэтому нет основания при попытке описать, как работает международное право и как может быть доказано его содержание, призывать к проведению каких бы то ни было субъективных и абсолютно неопределенных проверок на предмет наличия убежденности»); Cheng, “Custom: the future of general State practice in a divided world”, p. 530 («В первую очередь, речь идет о том, могут ли государства, будучи субъектами права, “мыслить”, однако это простой вопрос вменения в международном праве. Если государства могут “действовать” и “совершать противоправные деяния” через своих представителей, то почему они не могут “мыслить”? Являются ли все их акты бессознательными? Следующий вопрос заключается в том, можем ли мы установить, о чем мыслит человек, не говоря уже о юридическом лице? Это старая проблема. В праве можно без труда установить “намерение сторон”, “намерение законодателя”, *mens rea*, “умысел” и целый ряд других психических элементов. В праве эти психические элементы не обязательно должны соответствовать действительности. По логике юристов, они являются лишь заключением, которое выносится из того, что было сказано или сделано»).

<sup>208</sup> Akehurst, “Custom as a source of international law”, p. 36 («Традиционный подход заключается в стремлении найти доказательства того, что считают государства; автор же предпочитает искать выражение государствами своей убежденности путем заявлений»); Takі, “*Opinio juris* and the formation of customary international law: a theoretical analysis”, p. 449 («“проблему доказательства” можно решить, сделав заключение о внутреннем сознании действующего лица по некоторым внешним явлениям (например, наблюдаемому поведению)»); Slama, “*Opinio juris* in customary international law”, p. 656 («Действия, прямые заявления, согласие, молчаливое согласие, протесты или отсутствие протестов со стороны государства – все это объективные факторы, которые могут позволить установить *opinio juris*»).

<sup>209</sup> См., например, Wolfmum, “Sources of international law”, p. 304, para. 25 («*Opinio juris*, убежденность в том, что определенное поведение требуется или разрешается по международному праву, на самом деле говорит об уверенности в том, что такое поведение является справедливым, честным и разумным и поэтому необходимым с точки зрения права»).

в этом контексте<sup>210</sup>. Эти и другие научные споры, которые один автор назвал «архисложными»<sup>211</sup>, зачастую в широком плане отражают более глубокие противоречия в отношении (международного) права<sup>212</sup>. Между тем субъективный элемент международного обычного права «создает больше трудностей в теоретической плоскости, чем на практике»<sup>213</sup>, и буря тео-

<sup>210</sup> См., например, Skubiszewski, “Elements of custom and the Hague Court”, p. 838 («Отстаивание права одним государством или государствами, терпимое отношение или признание другими того, что первые вправе обладать этим правом, подчинение обязательству – все это свидетельствует о том, что государства считают, что они перешли из сферы фактов в область права. Поскольку права и обязанности, о которых здесь идет речь, имеют строго и исключительно правовую, а не моральную или этическую окраску и не основаны на чувстве вежливости или удобства»); Akehurst, “Custom as a source of international law”, p. 37 («Заявление о том, что нечто является морально обязательным, может способствовать созданию международных норм морали; это не поможет созданию норм международного права»).

<sup>211</sup> MacGibbon, “Customary international law and acquiescence”, p. 125.

<sup>212</sup> См. также Mendelson, “The subjective element in customary international law”, p. 177 («Одна из причин того, почему споры не могут быть разрешены в течение столь долгого времени, заключается в том, что сторонники различных теорий видят в этом явлении то, что они хотят в нем увидеть, что тем самым укрепляет их предвзятое мнение»); Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44 («Различия во мнениях по поводу этого субъективного элемента обычая тесно связаны с бесконечными спорами о том, что такое международное право в целом и что составляет так называемую “основу обязательной силы” этого права»); Klabbbers, “International organizations in the formation of customary international law”, p. 180 («Еще важнее, вероятно, то, что сама идея обычного права порождает всевозможные споры не только по причине практической значимости вместе с присущей этому понятию неопределенностью, но и в связи с его острой политической актуальностью. Именно посредством источников международного права (а обычай по-прежнему входит в число двух основных источников этого конкретного правового порядка) распространяются политические ценности, что делает доктрину источников права в целом весьма неустойчивой... В таком случае неудивительно, что эта доктрина источников продолжает становиться предметом споров, и неудивительно, что большинство споров, как правило, являются методологическими по своему характеру»); Fidler, “Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law”, p. 199 («Проблемы, связанные с [международным обычным правом], в конечном счете вытекают из коллидирующих взглядов на международные отношения»). Многие трудности и дебаты объясняются временным анализом субъективного элемента, т. е. его роли на ранней стадии формирования нормы в противовес более поздней стадии появления и выявления: см. также Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, pp. 80–84. Следующие замечания Чэна имеют наибольшую актуальность: «В противовес довольно распространенному мнению, *opinio juris* не обязательно является признанием обязательного характера уже существующей нормы, причем в таком случае встает вопрос о том, как возникла эта уже существующая норма. В такой горизонтальной правовой системе, как международное право, где субъекты являются также законодателями, *opinio juris* – это всего лишь то, что субъект/законодатель в любой момент времени признает в качестве правовой нормы, в качестве общего права» (“On the nature and sources of international law”, p. 223).

<sup>213</sup> Briggs, “Colombian–Peruvian asylum case and proof of customary international law”, pp. 729–730 («Теоретическим трудностям, с которыми сопряжено определение этих элементов [необходимых для создания нормы международного обычного права], или методам и процедурам, с помощью которых обычные нормы международного права создаются или развиваются из необязательной практики, часто уделяется больше внимания, чем тому факту, что в том или ином деле суды без особых трудностей могут определить, существует или нет применимая норма международного обычного права»); см. также London Statement of Principles (сноска 42 выше),

ретических споров, которая может возникать вокруг этого понятия в книгах, редко препятствует его применению на практике<sup>214</sup>.

67. Международный Суд для обозначения субъективного элемента, названного в его Статуте словами «признанный в качестве правовой нормы», использовал целый ряд различных выражений. В их числе были «ощущение юридической обязательности»<sup>215</sup>; «убежденность в обязательности [такой] практики ввиду существования нормы права, предписывающей ей следовать... сознание правового обязательства»<sup>216</sup>; «признание необходимости»<sup>217</sup>; «уверенность в необходимости»<sup>218</sup>; «убежденность в соблюдении благодаря этой давно сложившейся практике»<sup>219</sup>; «осознанное намерение... общее представление, отражающее уверенность... в отношении права»<sup>220</sup>; «общее ощущение... обязательного характера [практики]»<sup>221</sup>; «фактическое осознание подчинения... правовому обязательству» или «осознание обязательного

араактера этой нормы»<sup>222</sup>; «уверенность в том, что они [стороны] применяют право»<sup>223</sup>; и «присутствие в представлении [государств] уверенности, уверенности в законности, в соответствии с которой они... принимали эту практику в качестве правовой нормы, от применения которой они, соответственно, не могли уклониться»<sup>224</sup>. Другие суды и трибуналы, равно как и государства, аналогичным образом задействовали все богатство языка для обозначения этого «психического»/«качественного»/«нематериального»/«оценочного» требования международного обычного права<sup>225</sup>. В целом, однако, все подобные упоминания, как представляется, отражают общее значение: признание государствами того, что их поведение или поведение других согласуется с международным обычным правом:

Убежденность, молчаливое согласие, молчаливое признание, согласие имеют одну общую черту – все они выражают субъективное отношение государств либо к их собственному поведению, либо к поведению других государств в свете международного права<sup>226</sup>.

68. Так называемый «субъективный элемент», являющийся конститутивным для международного обычного права, относится, таким образом, к требованию о том, чтобы соответствующая практика «свидетельствовала о всеобщем признании нормы [международного обычного] права или правового обязательства»<sup>227</sup>. Хотя термин *opinio juris* применительно к этому

(продолжение сноски 213)

р. 741, пара. 2 («В реальном мире дипломатии вопрос [о субъективном элементе международного обычного права] может быть менее проблематичным, чем в научных кругах»); Yee, “The news that *opinio juris* ‘is not a necessary element of customary [international] law’ is greatly exaggerated”, p. 230 («Концепция *opinio juris* остается основным источником путаницы среди ученых и специалистов практического толка в области международного права в целом, однако, вероятно, в большей степени среди теоретиков права»); De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, p. 149, footnote 29 («Доказательство наличия психического элемента обычая не вызывает непреодолимых сложностей, о которых иногда говорят»); Jiménez de Aréchaga, “International law in the past third of a century”, p. 24 (где со ссылкой на утверждение о том, что наличие *opinio juris* в конкретных случаях трудно доказать, отмечается, что «эта проблема может быть несколько преувеличена»); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 47 («Вопрос точного определения *opinio juris*, психического элемента формирования обычая, философского камня, который позволяет преобразовать инертную массу накопленных обыкновений в золото обязательных правовых норм, вероятно, вызвал больше споров в академических кругах, чем все фактические оспариваемые требования государств на основании предполагаемого обычая вместе взятые»); Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, p. 21 («На практике вопрос доказывания оказался не таким трудным, как предполагали авторы»); *Restatement of the Law (Third): the Foreign Relations Law of the United States*, para. 102, reporter’s note 2 («Самой проблемой с концептуальной точки зрения является идея «циркулярности», которая заключается в том, что право основывается на практике, опирающейся на чувство юридического обязательства... Однако такие концептуальные трудности не препятствуют в целом признанию обычного права в соответствии с приводимым здесь определением»).

<sup>214</sup> В связи с утверждением о том, что чисто теоретические обсуждения, в частности о том, какие требования должны или могут предъявляться к международному обычному праву, не изменяют право, см. Kammerhofer, “Law-making by scholars”.

<sup>215</sup> *Colombian–Peruvian asylum case*, *I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 286.

<sup>216</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment*, *I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77.

<sup>217</sup> *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, *Judgment of 12 April 1960*, *I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 60 (separate opinion of Judge Wellington Koo).

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 121 (dissenting opinion of Judge Chagla).

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 82 (dissenting opinion of Judge Armand-Ugon).

<sup>220</sup> *Ibid.*

<sup>221</sup> *Colombian–Peruvian asylum case*, *I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 370 (dissenting opinion by M. Caicedo Castilla).

<sup>222</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment*, *I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 104 and 130 (separate opinion of Judge Ammoun).

<sup>223</sup> *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, *Judgment of 12 April 1960*, *I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 90 (dissenting opinion of Judge Moreno Quintana).

<sup>224</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, *I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at pp. 305–306 (separate opinion of Judge Ammoun).

<sup>225</sup> См., например, *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada* (Award on Jurisdiction, 22 November 2002), p. 31, para. 97 («осознание обязательства»); Pre-Trial Chamber of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, 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 («*Opinio juris*, что означает, что то, что государства делают и говорят, представляет собой право»); см. также *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ А/СН.4/659, стр. 182–183, пункты 26–27 («Комиссия часто характеризует субъективный элемент как ощущение государств в отношении существования или несуществования обязательной нормы. [...] В некоторых случаях Комиссия ссылалась на субъективный элемент, употребляя иную терминологию...»).

<sup>226</sup> Müllerson, “The interplay of objective and subjective elements in customary law”, p. 163. См. также Waldock, “General course on public international law”, p. 49 («Окончательный критерий [в определении нормы международного обычного права] всегда должен быть следующим: “Признается ли эта практика в качестве правовой нормы?”. Это особенно справедливо в отношении международного сообщества, где в формировании обычая участвуют суверенные государства, которые сами принимают решения и создают нормы права в рамках сообщества. Признание ими практики в качестве правовой нормы самым непосредственным образом становится важнейшей основой обычного права»).

<sup>227</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment*, *I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 74. См. также Wolke, *Custom in Present International Law*, p. 44 («Такая практика должна обеспечивать достаточные основания как минимум для презумпции того, что соответствующие государства признают ее в качестве юридически обязательной»).

элементу, несомненно, стал общепринятым<sup>228</sup>, предполагается, что термин «признанный в качестве правовой нормы», возможно, подходит в большей степени<sup>229</sup>. Международный Суд, базируясь на формулировках своего Статута, использовал эти формулировки в деле *Право прохода*, одном из первых дел, в связи с которыми Суд высказал свое мнение о методологии выявления международного обычного права, сделав вывод о том, что «с учетом всех обстоятельств дела [он] убедился в том, что эта практика была признана в качестве правовой нормы»<sup>230</sup>. Употребление этого упомянутого в Статуте термина в значительной степени позволяет преодолеть «парадокс» *opinio juris*, о котором говорилось выше.

69. Предлагается следующий проект вывода:

*«Проект вывода 10. Роль признания в качестве правовой нормы»*

1. Являющееся одним из элементов международного обычного права требование, заключающееся в признании всеобщей практики в качестве правовой нормы, означает, что такая практика должна сопровождаться сознанием юридической обязательности.

<sup>228</sup> Что, по словам Кроуфорда, «быть может, достойно сожаления» (*Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 25); Вольфке назвал латинский термин «по-прежнему широко применяющимся, но вводящим в заблуждение», пояснив, что «недоразумения возникают вследствие того, что этот термин, имеющий определенный смысл в истории теории права, современными авторами и, как было показано, даже [Международным Судом] применяется с другими коннотациями или оттенками значения» (*Custom in Present International Law*, pp. 45–46). См., однако, Müllerson, «The interplay of objective and subjective elements in customary law», p. 164 («В зависимости от контекста мы можем говорить о воле, согласии, консенсусе, убежденности, молчаливом согласии, протесте, эстапеле или, быть может, даже о чем-то еще. Однако, поскольку термин *opinio juris* пустил столь глубокие корни в международной правовой практике и литературе, вряд ли был смысл пытаться избавиться от него»).

<sup>229</sup> См. также MacGibbon, «Customary international law and acquiescence», p. 129 («[По сравнению с термином “*opinio juris*”] выражение “признанный в качестве правовой нормы”, однако, может допускать толкование смысловых оттенков, которые более точно отражают реальные процессы эволюции от практики или обычновения к обычаю, как с точки зрения осуществления прав, так и с точки зрения выполнения обязательств»); Santulli, *Introduction au droit international*, p. 50 («Статут Международного Суда в Статье 38 определяет, что обычай представляет собой “признанную” практику. Таким образом, Статут порывает с традицией, согласно которой *opinio iuris sive necessitatis* обычно рассматривалось в качестве “убежденности” в необходимости следовать правовой нормой»); Pellet, «Article 38», p. 819 (где со ссылкой на историю разработки Статьи 38, пункт 1 b), Статута Международного Суда и практику Суда высказывается мнение о том, что «“принятие” сводится не обязательно к воле государств, но также и к “признанию”, что может быть истолковано менее строго»); Skubiszewski, «Elements of custom and the Hague Court», pp. 839–840.

<sup>230</sup> *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 40 («Принимая во внимание то, что такая практика в отношении промежуточной территории сохранялась в течение более чем столетия с четвертью независимо от смены режима, что произошло, когда Индия обрела независимость, Суд, с учетом всех обстоятельств дела, убедился в том, что эта практика признавалась сторонами в качестве правовой нормы и привела к возникновению права и соответствующего обязательства»).

2. Признание в качестве правовой нормы является именно тем, что отличает норму международного обычного права от простой привычки или обычновения».

70. *Доказательства «признания в качестве правовой нормы»*. Для определения нормы международного обычного права необходимо четкое понимание мотивов, стоящих за определенной практикой: «практическое влияние на сложную задачу проведения различия между “правовым” обычаем и неправовым “обычноением” может оказать лишь объективизация понятия *opinio iuris*»<sup>231</sup>. На практике обнаруживается признание в качестве правовой нормы или судить о нем можно по целому ряду соответствующих действий, совершаемых государствами. Некоторые виды практики могут, таким образом, сами по себе быть доказательством *opinio iuris*, или, иными словами, подходить как для установления необходимой практики, так и для ее «признания в качестве правовой нормы»<sup>232</sup>. В этом смысле:

Все, что делают государства... представляет собой государственную практику, имеющую две грани или два аспекта: видимое, наблюдаемое поведение государств (или других субъектов международного права) и их субъективное отношение к такому

<sup>231</sup> Slama, «*Opinio juris* in customary international law», p. 656. См. также Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 48.

<sup>232</sup> См. также *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at p. 299 («Присутствие [норм обычного права] в *opinio iuris* государств может быть проверено методом индукции на основе анализа достаточно обширной и убедительной практики, а не путем дедукции из апрорных предположений»); *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 305 (separate opinion of Judge Petřen) («Поведение этих государств [, которые проводили ядерные испытания в атмосфере,] доказывает, что их правительства не придерживались мнения о том, что международное обычное право запрещает ядерные испытания в атмосфере»); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 147 (dissenting opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert); Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», p. 24 («Многое из того, что описывается в качестве материального элемента практики государств, содержится в себе имплицитный субъективный элемент, признак *opinio iuris*»); Bos, «The identification of custom in international law», p. 30 («В целом, можно сказать, что доказательством “всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы” в рамках практики государств может служить что угодно»); Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, p. 63 («В каком-то смысле в качестве “практики государств” может быть квалифицировано все, что государства делают или не делают, поскольку их поведение – это то, что они делают. Поведение государств в более широком смысле, однако, является также нашим единственным ориентиром, указывающим на то, что они хотят в качестве нормы права или считают таковой»); Koskeniemi, «Theory: implications for the practitioner», p. 15 («В юридической практике не существует способа установить наличие или отсутствие субъективного элемента без установления наличия последовательного единообразного поведения»); Conforti and Labella, *An Introduction to International Law*, p. 32 («Субъективный элемент... связывает воедино все многообразные виды поведения государств»); Zemanek, «What is ‘State practice’ and who makes it?», p. 292–293 («Отделение материальной фиксации “практики государств” от материальной фиксации *opinio iuris*, хотя и, быть может, желательна теоретически, практически невозможно, поскольку первая может, посредством своих формулировок, служить доказательством второго»); Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 70 («Поскольку *opinio iuris* – это состояние ума, возникает очевидная трудность при его присвоении такому субъекту, как государство; и поэтому оно должно устанавливаться на основании заявлений и действий государства, особенно таких действий, которые предположительно представляют собой “практический” элемент обычая»).

поведению, которое может косвенно присутствовать в самом деянии или поведении или которое может доводиться до сведения других государств посредством различных поведенческих действий, представляющих собой, в свою очередь, государственную практику иного рода<sup>233</sup>.

В любом случае важно, чтобы суд или трибунал тем не менее действительно идентифицировал эти два элемента отдельно.

71. Способ определения доказательства «признания в качестве правовой нормы» может зависеть от содержания нормы и от обстоятельств, при которых эта норма должна применяться. Можно, например, провести различие между случаями, связанными с установлением законного права, и случаями, связанными с подтверждением юридического обязательства, а также между случаями, когда соответствующая практика заключается в поведении «на местах», и случаями, связанными с вербальной практикой.

72. Соблюдение предполагаемой нормы само по себе, как правило, не является достаточным доказательством *opinio juris*: «такое применение не обязательно свидетельствует о том, что субъекты считают, что они действуют в силу юридического обязательства»<sup>234</sup>. По словам Международного Суда, «действие или согласие действовать определенным образом само по себе не является демонстрацией чего-то юридически значимого»<sup>235</sup>.

73. Аналогичным образом, несмотря на то, что, по мнению некоторых, большое число согласующихся действий<sup>236</sup> или тот факт, что такие случаи происхо-

<sup>233</sup> Müllerson, “On the nature and scope of customary international law”, p. 344. Международный Суд также ссылался, например, на «практику, демонстрирующую убежденность» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 108, para. 206). См., однако, Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, p. 437 («Мы не можем сделать каких-либо автоматических выводов о воле или представлениях государства – наличии или отсутствии обычая, – глядя на внешние проявления поведения этого государства. Нормативный смысл поведения может быть определен лишь после того, как мы сначала выясним “внутренний аспект”, т. е. как само государство понимает свое поведение... Доктрина обычного права расплывчата, поскольку тавтологична. Она исходит из того, что поведение является доказательством *opinio juris*, а последнее служит доказательством того, какое поведение можно рассматривать в качестве обычая»).

<sup>234</sup> Weisburd, “Customary international law: the problem of treaties”, p. 9. См. также *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 423–424 (dissenting opinion of Judge Shahabuddeen) («Важно также иметь в виду, что простое доказательство действий или упущений, предположительно составляющих практику государств, не избавляет от необходимости толкования таких действий или упущений. Того факта, что, по мнению государств, реальность не оставляет им ничего иного, как делать то, что они делают, недостаточно, чтобы не квалифицировать их деяния как составную часть практики государств, при условии, однако, что они совершают свои деяния, исходя из убежденности, что действуют, руководствуясь чувством юридической обязательности»).

<sup>235</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 76.

<sup>236</sup> См., например, *Colombian–Peruvian asylum case, I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 336 (dissenting opinion by Judge Azevedo) («Согласующиеся эпизоды, в силу их количества, со всей очевидностью будут обнаруживать *opinio juris*»); заявление Португалии в деле *Right of Passage* о том, что «невозможно утверждать, что

дят на протяжении длительного периода времени»<sup>237</sup>, могут оказаться достаточными для установления наличия *opinio juris*, это не так. Хотя эти факты действительно могут повлечь за собой признание практики в качестве правовой нормы<sup>238</sup>, они не являются воплощением такого признания сами по себе. Как отметил Международный Суд:

Даже если примеры таких действий... были бы гораздо более многочисленными, чем на самом деле, они все равно сами по себе не были бы достаточными, даже в совокупности, для отражения *opinio juris*... Повторяемость или даже привычный характер действий самих по себе не являются достаточными<sup>239</sup>.

74. Таким образом, «признание в качестве правовой нормы» не следует, как правило, доказывать самой практикой, которая, как принято считать, предписывается международным обычным правом. Это к тому же означает, что одно и то же поведение в каком-либо конкретном случае не должно использоваться в качестве доказательства как практики, так и признания этой практики в качестве правовой нормы<sup>240</sup>. Приме-

единодушие и единообразии [практики государств] не свидетельствуют об убежденности в существовании юридической обязанности (*opinio juris sive necessitatis*)» (*Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 11); Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, p. 380 («Если целью судебной деятельности не является умаление правовой значимости наиболее мощного источника норм международного права, а именно поведения государств, то представляется, что верный подход к этому вопросу заключается в том, чтобы рассматривать весь массив единообразного поведения правительств (или, в соответствующих случаях, отказ от него) в качестве доказательства *opinio necessitatis juris*, за исключением тех случаев, когда было продемонстрировано, что рассматриваемое поведение не сопровождалось каким-либо подобным намерением»), процитировано с выражением согласия в *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 246–247 (dissenting opinion of Judge Sørensen).

<sup>237</sup> *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 83 (dissenting opinion of Judge Armand-Ugon) («Факт, наблюдаемый на протяжении многих лет... приобретает обязательную силу и приобретает свойства правовой нормы»).

<sup>238</sup> См., например, *ibid.*, p. 40 («Принимая во внимание то, что такая практика в отношении промежуточной территории сохранялась в течение более чем столетия с четвертью независимо от смены режима, что произошло, когда Индия обрела независимость, Суд, с учетом всех обстоятельств дела, убедился в том, что эта практика была признана сторонами в качестве правовой нормы и привела к возникновению права и соответствующего обязательства»); и *ibid.*, p. 82 (dissenting opinion of Judge Armand-Ugon) («Постоянное повторение действия в течение длительного периода времени не ослабляет такое применение; напротив, оно его укрепляет; отношения между этим действием и волей санкционировавших его государств развиваются. Повторение таких действий на протяжении столь длительного периода порождает как в государстве, их осуществляющем, так и в государстве, их допускающем, убежденность в соблюдении благодаря этой давно сложившейся практике (подпункт b) пункта 1 Статьи 38 Статута Суда»).

<sup>239</sup> *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77. См. также *The Case of the S.S. “Lotus” (France/Turkey), Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 28; Pre-Trial Chamber of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, 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 («Обширность государственной практики обычно не предполагает презумпцию наличия *opinio juris*»).

<sup>240</sup> См. также Mendelson, “The formation of customary international law”, pp. 206–207: «Не следует, однако, ни в коем случае допускать рассмотрения одного и того же действия в качестве проявления как субъективного, так и объективного элемента. Если

нение этого правила к «нематериальной» практике может также служить гарантией того, что абстрактные заявления сами по себе не могут создавать право<sup>241</sup>.

75. Проявления «признания в качестве правовой нормы». «Задача определения *opinio iuris* пусть и трудная, но выполнимая (и она значительно облегчается в рамках современного процесса нормотворчества)»<sup>242</sup>. Прямое заявление государства о том, что данная норма является обязательной, поскольку относится к международному обычному праву, для начала служит «ярчайшим доказательством» того, что оно «считает себя связанным [этим] определенным принципом или нормой или что отныне оно будет их соблюдать»<sup>243</sup>. И наоборот, когда государство заявляет, что нечто не является нормой международного обычного права, это является доказательством отсутствия *opinio iuris*. Подобное подтверждение государствами прав или обязательств по международному (обычному) праву (или их отсутствия) могло бы, в частности, принимать форму официального заявления правительства или какого-либо министра этого правительства<sup>244</sup>, притязаний и юридических меморандумов в судах и трибуналах, сопроводительных заявлений, посредством которых правительства вносят законопроекты в парламент<sup>245</sup>, совместного заявления государств

придерживаться “преобладающего” мнения о необходимости присутствия обоих элементов, и в частности о необходимости дополнения субъективного элемента “реальной” практикой, то это заведомо исключает рассмотрение заявления в качестве как действия, так и проявления убежденности (или воли)»; Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, p. 136–141.

<sup>241</sup> См. также Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 19 («Поскольку такие опасения [что отдельный орган или конференция могут “создать” правовую норму посредством абстрактных заявлений представителей государств.] являются оправданными, мы можем сначала попытаться обобщить мнения, проистекающие из утверждения судьи Рида о том, что “притязания могут иметь важное значение на начальных этапах”. Разумеется, условия для формирования обычного права таковы, что один эпизод из практики или несколько эпизодов в рамках одного случая не могут создать правовую норму. Необходим, скорее, определенный ряд эпизодов, и заявления на конференции потеряли бы всякую ценность, если бы за ними не последовала единообразная и согласованная практика. Вместе с тем столь же очевидно, что эти условия представляют собой достаточные гарантии, и страх перед мгновенным возникновением обычного права вряд ли служит оправданием для присовокупления дополнительных условий к отдельным эпизодам практики»).

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>243</sup> Sohn, “Unratified treaties as a source of customary international law”, p. 235; см. также, например, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at pp. 122–123, para. 55; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 50 («Прямое заявление государства о том, что данная норма является обязательной (либо обычной, либо кодифицированной), служит ярчайшим доказательством правовой убежденности государства»).

<sup>244</sup> См., например, *Colombian–Peruvian asylum case*, I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 367 (dissenting opinion by M. Caicedo Castilla); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at pp. 74–75 (separate opinion of Vice-President Ammoun); *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (International Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber), 2 October 1995, paras. 100, 105, 113–114, and 120–122.

<sup>245</sup> См. также *Mondev International Ltd. v. United States of America* (ICSID, Award, 11 October 2002), p. 106, para. 111 («Могут

посредством официального документа или заявлений на многосторонних конференциях, таких как конференции по принятию кодификационных конвенций или обсуждения в Организации Объединенных Наций»<sup>246</sup>. Дипломатические протесты, в частности, «могут выражать и часто выражают мнение о праве по соответствующим вопросам, которого придерживаются выражающие протест государства: в этом отношении они могут стать доказательством признания практики в качестве правовой нормы»<sup>247</sup>.

76. Доказательство «признания в качестве правовой нормы» (или его отсутствие) можно также найти в целом ряде других видов практики<sup>248</sup> в зависимости от конкретного случая и с учетом того, что «для типичного обычая достаточно, чтобы признание практики в качестве правовой нормы основывалось на всех обстоятельствах конкретного дела, прежде всего на отношении, а значит, и поведении признающих государств, для которых эта обычная норма станет обязательной»<sup>249</sup>. Как это было в случае с практикой (см. пункт 41 выше), приводимый ниже перечень не является исчерпывающим: он предназначен для того,

ли объяснения, предоставленные подписавшим правительством своему законодательному органу в ходе ратификации или осуществления договора, быть частью истории разработки договора для целей его толкования, или нет, они, безусловно, могут пролить свет на лежащие в основе договора цели и подходы и тем самым могут служить доказательством *opinio iuris*»).

<sup>246</sup> См., например, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1951, p.15, at p. 26; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 48 (joint separate opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda) («Что касается области, в которой практика является противоречивой и неточной, можно ли и разумно ли полностью отвергнуть как несущественное доказательство того, что именно государство готовы отстаивать и с чем соглашаться, раз оно было получено с позиций, занятых ими в связи с конференцией по кодификации и прогрессивному развитию права в этой области или в ходе ее подготовки? [...] Самое малое, что можно сказать... заключается в том, что такие декларации и заявления, а также письменные предложения, представленные представителями государств, имеют существенно важное значение для определения мнения этих государств по вопросу права в отношении юрисдикции над рыбными промыслами и их *opinio iuris* по вопросу, регулируемому международным обычным правом»); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, at p. 329 (separate opinion of Judge Tomka); Jiménez de Aréchaga, “International law in the past third of a century”, pp. 14 and 24 («Обсуждения в ходе самой конференции полномочных представителей, даже до принятия конвенции и независимо от этого, могут сами по себе привести к формированию консенсуса государств, который в результате их фактической практики кристаллизуется в обычную норму... Прямые или косвенные признаки *opinio iuris* особенно важны и часты, когда государство участвует в процессе кодификации и прогрессивного развития международного права под эгидой Организации Объединенных Наций»).

<sup>247</sup> MacGibbon, “Customary international law and acquiescence”, p. 124.

<sup>248</sup> См. также *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/659, стр. 184, замечание 12 («В ходе оценки субъективного элемента для целей идентификации норм международного обычного права Комиссия использует различные материалы»); *Restatement of the Law (Third): Foreign Relations Law of the United States*, para. 102, comment (c) («Явное доказательство осознания правового обязательства (например, содержащееся в официальных заявлениях) не является необходимым; наличие *opinio iuris* может быть установлено на основе действий или бездействия»).

<sup>249</sup> Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44.

чтобы предложить те материалы, в которых можно найти субъективный элемент:

а) *межправительственная (дипломатическая) переписка*<sup>250</sup>, такая как меморандум от имени дипломатического представительства в адрес министра иностранных дел государства, в котором оно аккредитовано<sup>251</sup>, или ноты, которыми обмениваются правительства. Используемые в такой переписке формулировки должны быть тщательно проанализированы в контексте для определения того, высказывает ли государство мнение в отношении существования правовой нормы;

б) *практика национальных судов*<sup>252</sup> четко отражает осознание правового обязательства. Вместе с тем необходимо проявлять осмотрительность, поскольку «может быть трудно определить... вытекает ли это осознание правового обязательства из международного права, национального права или национального толкования международного права»<sup>253</sup>. Только в тех случаях, когда при принятии подобных решений соответствующая норма применяется таким образом, который демонстрирует, в основном посредством аргументации, что эта норма признана, как это требуется в соответствии с международным обычным правом, они могут использоваться как доказательства «признания в качестве правовой нормы»;

в) *заклучения официальных советников по правовым вопросам, когда они заявляют о том, что что-либо соответствует или не соответствует*

<sup>250</sup> См., например, *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at pp. 135–136; *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 42.

<sup>251</sup> См., например, *Colombian-Peruvian asylum case, I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 371 (dissenting opinion by M. Caicedo Castilla).

<sup>252</sup> См., например, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 135, para. 77 (где субъективный элемент «явствовал из позиций государств и практики ряда национальных судов, которые ясно дали понять, что, по их мнению, в соответствии с международным обычным правом требуется предоставить иммунитет»); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 76 (joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal); *Special Tribunal for Lebanon, Case No. STL-11-01/1, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging (Appeals Chamber), 16 February 2011*, pp. 63–65, para. 100.

<sup>253</sup> Moremen, “National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?”, p. 274; см. также *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at pp. 171–172 (dissenting opinion of Judge *ad hoc* Van den Wyngaert) («И даже в тех случаях, когда национальное законодательство требует присутствия правонарушителя, это не обязательно является выражением *opinio juris* в том смысле, в каком такое требование существует в международном праве. К решениям национальных судов следует относиться с большой осторожностью»). Г-н Хмуд также подчеркнул этот момент в своем выступлении в прошлом году, заявив, что решения национальных судов являются важным источником материала, но их необходимо тщательно анализировать, поскольку национальные суды обычно осуществляют внутренние правовые процедуры соответствующего государства и не обязательно обладают опытом или надлежащими ресурсами для выявления норм международного обычного права (*Ежегодник... 2013 год*, том I, 3183-е заседание, 19 июля 2013 года).

*международному обычному праву*<sup>254</sup>, и такое заключение принято правительством в качестве юридически обязательного<sup>255</sup>;

д) *официальные публикации в области международного права*, такие как военные наставления или инструкции для дипломатов;

е) *внутренние меморандумы официальных лиц государства*, такие как инструкции министерства иностранных дел для своих дипломатов<sup>256</sup>;

ф) *договоры* (и история их разработки) потенциально также могут продемонстрировать наличие «признания в качестве правовой нормы»<sup>257</sup> с учетом того, что «конвенции по-прежнему являются очень важной формой выражения правового сознания народов»<sup>258</sup>. Для настоящих целей такое правовое сознание (в отношении конвенции в целом или ее определенных положений) должно существовать *за рамками*

<sup>254</sup> См., например, *Prosecutor v. Galić, Case No. IT-98-29-A, Judgment (International Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber), 30 November 2006*, para. 89.

<sup>255</sup> Действительно, следует помнить о том, что такие мнения необязательно становятся мнениями правительства и что иногда, как уже ранее отмечала Комиссия, «деятельность советников по правовым вопросам неизбежно направлена на осуществление политики» (*Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 372 англ. текста, пункт 76, где было добавлено, что «воспроизведение таких мнений также не будет особо полезным, если оно не будет сопровождаться надлежащим анализом истории вопроса, в отношении которого эти мнения были высказаны»).

<sup>256</sup> См., например, *Colombian-Peruvian asylum case, I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 372 (dissenting opinion by M. Caicedo Castilla).

<sup>257</sup> См. также *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic (ICSID case No. ARB/03/2, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 May 2005)*, p. 38, para. 144 («В международном праве нет никаких препятствий для того, чтобы волеизъявление государств посредством договоров одновременно являлось проявлением практики и *opinio juris*, необходимых для возникновения обычной нормы, если соблюдены соответствующие условия»); *Colombian-Peruvian asylum case, I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at pp. 369–370 (dissenting opinion by M. Caicedo Castilla) («Настоящая статья Боливарианского соглашения имеет особое значение в том, что касается обычая в вопросах предоставления убежища, а именно в том, что она демонстрирует наличие как в Колумбии, так и в Перу одного из элементов, которые необходимы для существования обычая – психического элемента, *opinio juris sive necessitatis*. В Боливарианском соглашении признается убежище, признается ценность принципов, применяемых в Америке; вследствие этого принципы, которые оно содержит, являются обязательными. В связи с чем их признание правительствами или правительством отдельно взятой страны предполагает их признание этим правительством в качестве “права”, т. е. того, что они являются применимым правом. Этот вопрос имеет огромное значение, поскольку наличие психического элемента обычая, которое всегда так трудно доказать, в этом случае полностью доказано»); *Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Case No. SCSL-04-14-A, Judgment (Special Court for Sierra Leone Appeals Chamber), 28 May 2008*, para. 403; *Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal (Argentinian Supreme Court), case No. 24.079, 11 July 2007*, para. III-A (of the State Attorney-General’s brief); *Appeal Judgment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (Supreme Court Chamber), Case number 001/18-07-2007-ECCC/SC (3 February 2012)*, p. 48, para. 94.

<sup>258</sup> *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 148 (individual opinion of Judge Alvarez); см. также Guzman and Meyer, “Customary international law in the 21st century”, p. 207 («Использование договоров в качестве доказательства существования международного обычного права может остаться ценной практикой... поскольку договоры могут содержать заслуживающие доверия свидетельства того, какие нормы государства считают обязательными для неучастников договора»).

договора, а не только в его рамках: для того, чтобы договор служил доказательством *opinio juris*, необходимо, чтобы государства (и международные организации), будь то участники договора или нет, независимо от этого договора продемонстрировали, что они считают норму или нормы, приведенные в этом договоре, обязательными правовыми нормами<sup>259</sup>. Это вполне может произойти в том случае, когда в договоре принята попытка прямо или косвенно *декларировать* норму международного обычного права<sup>260</sup>: тогда «договор является явным доказательством воли государств [участников договора], свободным от двусмысленности и непоследовательности, характерных для разрозненных доказательств из практики государств, которые обычно приводятся при доказывании состояния международного права»<sup>261</sup>. Иными словами, когда государства признают (в договоре, в ходе переговоров, которые завершились его принятием, в момент его принятия или после него), что договор или некоторые его положения декларируют существующее международное обычное право, это может служить явным доказательством «признания в качестве правовой нормы»<sup>262</sup>. В то же время «доказательства прак-

<sup>259</sup> Памятуя о том, что, как утверждает Вайсбурд, «из этого не следует, что заключение договора в обязательном порядке предполагает *opinio juris*, т. е. то, что стороны считают, что его положения будут юридически обязательными для них за рамками этого договора» (“Customary international law: the problem of treaties”, p. 24). Разумеется, договоры могут служить доказательством существования международного обычного права или способствовать его формированию не только в связи с закрепленными в них нормами, но и в связи с обычным правом международных договоров.

<sup>260</sup> Как поясняет Бакстер, «декларативный характер договора чаще всего можно определить благодаря прямому заявлению на этот счет, которое обычно содержится в преамбуле такого документа, но характер договора также можно установить на основе анализа работы по подготовке к его заключению и истории его разработки» (“Treaties and custom”, p. 56). См. также Wolfke, “Treaties and custom: aspects of interrelation”, p. 36 («Если в договоре прямо или даже косвенно признается наличие уже существующей обычной нормы, то такое признание является еще одним доказательством существования соответствующей обычной нормы»). Вайсбурд верно поясняет, что «даже в тех случаях, когда такого рода заявление [что в договоре декларируется обычай,] является неточным описанием состояния права на момент заключения договора, оно равносильно явному признанию участниками договора, что они были бы юридически связаны нормами договора, даже если бы этот договор не существовал» (“Customary international law: the problem of treaties”, p. 23). Вместе с тем важно то, что «сложные вопросы... необходимо учитывать при определении того, можно ли новую норму, изложенную в кодификационной конвенции, считать выражением существующей или формирующейся нормы обычного права, и если можно, то в какой степени. Любая такая норма должна быть проанализирована в ее контексте и в свете обстоятельств ее принятия. Кроме того, ее необходимо рассматривать с учетом того, что может быть быстро развивающейся практикой государств в направлении создания новой нормы» (Sinclair, “The impact of the unratified codification convention”, p. 220).

<sup>261</sup> Baxter, “Treaties and custom”, p. 36.

<sup>262</sup> См. также Weisburd, “Customary international law: the problem of treaties”, p. 25 («Тот или иной договор не является доказательством существования *opinio juris*, если участники в тексте договора прямо отрицают *opinio juris* в отношении наличия правового статуса норм договора за пределами этого документа [т. е. в договорах декларируется, что стороны заключили договор исключительно из любезности]. Это – вопрос, касающийся убежденности сторон. Однако, если убежденность является ключевым вопросом, то из этого, судя по всему, следует, что договор может содержать отрицание *opinio juris* даже без прямого заявления на этот счет, если он содержит другие доказательства того, что участники договора считают содержащиеся в нем нормы обязательными только в его рамках. Это не означает, что такие договоры как таковые не являются юридически обязательными, или то, что такое отрицание

тики участников договора, объединенные в договоре, должны оцениваться в соотношении со всеми другими [последовательными и непоследовательными] доказательствами существования международного обычного права в соответствии с обычной процедурой, используемой для доказывания существования международного обычного права», в частности в соотношении с «имевшей место практикой или заявлениями соответствующего государства [соответствующих государств]»<sup>263</sup>. Тот факт, подписали ли и/или ратифицировали ли договор в действительности соответствующие государства, и возможность участников договора делать оговорки к статьям договора также могут иметь отношение к оценке существования *opinio juris*<sup>264</sup>, но эти аспекты необязательно свидетельствуют о его отсутствии с учетом того, что обычай и договор могут сосуществовать независимо друг от друга<sup>265</sup>. В любом случае «вопрос о том, является ли

*opinio juris* в договоре станет препятствием для возникновения обычной нормы по данному вопросу за пределами договора. Это лишь означает, что нельзя считать такой договор сам по себе доказательством того, что устанавливаемые в нем нормы имеют статус норм обычного права»).

<sup>263</sup> Baxter, “Treaties and custom”, pp. 43, 44. См. также Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 154 («Следует подчеркнуть, что кодифицирующие конвенции, даже те, в которых прямо указывается, что они содержат существующие нормы обычного права, ни в коей мере нельзя считать окончательным доказательством существования обычного права»). Согласно мнению Международного Суда, высказанному в ином контексте, «в области международного обычного права общее мнение сторон в отношении содержания того, что они считают нормой, недостаточное. Суд должен убедиться в том, что существование этой нормы в *opinio juris* государств подтверждается практикой» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 98, para. 184).

<sup>264</sup> См., например, *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 38–39, para. 63, and p. 42, para. 72; и см. p. 130 (separate opinion of Judge Ammoun) («Полномочия обусловить осуществление... [положения договора оговорками] предполагают отсутствие в сознании субъектов, подписавших Конвенцию, *opinio juris sive necessitatis*. Последнее требует осознания обязательного характера этой нормы, и само собой разумеется, что норма не может осознаваться обязательной в тех случаях, когда стороны оставили за собой право ее не применять»); см. также *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 305 (separate opinion of Judge Petřín) (где отмечается, что стороны, подписавшие договор, который можно денонсировать, «демонстрируют... что они по-прежнему считают, что международное обычное право не препятствует выполнению [обязательств, перечисленных в договоре]»); *Nahimana et al. v. Prosecutor*, Case No. ICTR-99-52-A, Judgment (International Tribunal for Rwanda Appeals Chamber), 28 November 2007 (Partly dissenting opinion of Judge Meron), p. 376, para. 5 («Число и объем оговорок свидетельствуют о том, что в международном сообществе существуют глубокие разногласия относительно того, является ли просто мотивированные ненавистью заявления запрещенными или их следует запретить, что указывает на то, что статья 4 [Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации] и статья 20 [Международного пакта о гражданских и политических правах] не отражают сложившегося принципа. Поскольку государства не пришли к консенсусу, очевидно, что в международном обычном праве нет нормы, предусматривающей уголовную ответственность за просто мотивированные ненавистью заявления»); *Diplomatic Immunity of Domestic Servants Case (Austrian Supreme Court)*, OGH 6 Ob 94/71, judgment of 28 April 1971, SZ 1971 No. 44/56, 204.

<sup>265</sup> В отношении оговорок (и по аналогии деносации) см. также Baxter, “Treaties and Custom”, pp. 47–53; см. также London Statement of Principles (сноска 42 выше), p. 755, conclusion 22 («Тот факт, что в договоре разрешается делать оговорки ко всем или к определенным

договорная норма надежным доказательством существования *opinio juris* для целей обычного права, по существу является вопросом факта». Для того чтобы это определить, «необходимо рассмотреть заявления, утверждения и поведение государств»<sup>266</sup>.

Еще один вопрос заключается в том, может ли повторение схожих или идентичных положений в большом числе двусторонних договоров быть доказательством «признания в качестве правовой нормы». И в этом случае будет необходимо проанализировать это положение (и договор, в котором оно приведено) в их контексте и в свете обстоятельств их принятия. Это особенно верно, поскольку «многообразие... договоров... является в определенной степени палкой о двух концах»<sup>267</sup>:

Согласованность даже значительного числа договоров сама по себе не является ни достаточным доказательством, ни даже достаточной презумпцией того, что международное сообщество в целом считает такие договоры доказательством существования международного обычного права. Напротив, имеется довольно много случаев, когда такие договоры, как представляется, являются доказательством существования исключений из общих правил<sup>268</sup>.

(продолжение сноски 265)

его положениям, сам по себе не создает презумпции того, что в этих положениях не декларируется существующее обычное право»); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 197–198 (dissenting opinion of Judge Morelli). В отношении ратификации (или нератификации) кодифицирующих конвенций как доказательства признания в качестве правовой нормы см., например, Sinclair, “The impact of the unratified codification convention”, p. 227 («Справедливо будет отметить, что кодифицирующие конвенции, которые ратифицированы даже небольшим числом государств, в целом могут быть вполне приняты во внимание в качестве определенного доказательства существования *opinio juris* в отношении соответствующего предмета. Качество доказательства будет зависеть от источника конкретного положения, о котором может идти речь. Если работа по подготовке конкретной кодифицирующей конвенции свидетельствует о том, что определенное положение было принято на конференции по кодификации в результате голосования, характеризовавшегося резким разделением мнений, и что возникшие в этой связи противоречия, возможно, привели к тому, что ряд государств отказался от участия в конвенции, то налицо веские основания для того, чтобы не придавать этому положению большого значения в контексте последующей деятельности по кодификации»).

<sup>266</sup> Schachter, “Entangled treaty and custom”, p. 735.

<sup>267</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 306 (separate opinion of Judge Ammoun).

<sup>268</sup> Wolfke, “Treaties and custom: aspects of interrelation”, p. 36; см. также Ahmadou Sadio Diallo, (*Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 582, at p. 615, para. 90 («Факт, на который ссылалась Гвинея, а именно что в различных международных соглашениях, таких как соглашения о поощрении и защите иностранных инвестиций и Вашингтонская конвенция, были созданы специальные правовые режимы, регулирующие защиту инвестиций, или что соответствующие положения обычно включаются в контракты, которые заключаются напрямую между государствами и иностранными инвесторами, не является достаточным для того, чтобы показать, что произошло изменение обычных норм, касающихся дипломатической защиты; он может в равной степени свидетельствовать об обратном»); Kunz, “The nature of customary international law”, p. 668 («Договоры могут в одних обстоятельствах быть доказательством соблюдения обоих условий, а в других – доказательством обратного»); Wolfke, “Some persistent controversies regarding

g) *Резолюции заседающих органов междуна-  
родных организаций, таких как Генеральная  
Ассамблея и Совет Безопасности Организации  
Объединенных Наций, и резолюции международных  
конференций*. *Opinio juris* может быть установлено на  
основе позиций государств по отношению к этим не  
имеющим обязательного характера текстам, целью  
которых, прямо или косвенно, является декларация  
существующей правовой нормы, что может быть  
выражено голосованием (за, против или воздержались)  
по резолюции, присоединением к консенсусу  
или посредством заявлений, сделанных в связи с этой  
резолюцией<sup>269</sup>. Такие выводы необходимо, однако,

customary international law”, pp. 9–10; Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 71; London Statement of Principles (сноска 42 выше), p. 758, conclusion 25 : «Нет никакой презумпции того, что ряд аналогичных положений договоров создает новую обычную норму того же содержания».

<sup>269</sup> См., например, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 99–101, paras. 188 and 191 («Это *opinio juris* может, хотя и с должной осторожностью, быть установлено на основе, в частности, позиции сторон и позиции государств по отношению к некоторым резолюциям Генеральной Ассамблеи... Факт согласия с текстами таких резолюций... может пониматься как признание действительности провозглашенной в резолюции нормы или ряда норм самих по себе... [П]ринятие государствами... [резолюции] позволяет определить их *opinio juris* в отношении международного обычного права по данному вопросу»); *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (International Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber), 2 October 1995, paras. 111–112; *Libyan American Oil Company (LLAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, Arbitral Award (1977), 62 ILR, p. 140, at p. 188 («Указанные резолюции если и не являются общепринятым источником права, то свидетельствуют о преобладающем в последнее время в международном сообществе представлении о суверенном праве государств на свои природные ресурсы»); *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Arbitral Award (1977), 53 ILR, pp. 491–495; Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, pp. 210–211; Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 65 («Предполагается... что в действительности обсуждения, а также заявления, сделанные от имени государств-членов в ходе обсуждений, почти всегда будут иметь большее значение, чем резолюции»); Pellet, “Article 38”, pp. 817, 825 («В случае установления обычной нормы общего международного права... предполагается, что... [резолюции, принятые органами международных организаций], являются скорее проявлением *opinio juris*, нежели формированием практики... при оценке их юридической значимости важным элементом является не то, что говорится в них, а то, что говорят о них государства»); Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, p. 260 («Резолюции [Генеральной Ассамблеи] могут быть эффективным механизмом для обнаружения... *opinio juris*, особенно по сравнению с досадным стремлением государств любой ценой не обсуждать эту концепцию в рамках своих двусторонних дипломатических сношений»); доклад Рабочей группы Совета по правам человека по произвольным задержаниям, A/HRC/22/44 от 24 декабря 2012 года, пункт 43. См. также выводы Комиссии Института международного права о «разработке общих многосторонних конвенций и документов недоговорного характера, имеющих ненормативные функции или цели» в связи с резолюциями Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций (Session of Cairo 1987, vol. 62, part II (Paris, Pedone, 1987) pp. 65–71): «Целью резолюции, декларирующей норму права, является изложение существующей правовой нормы. В частности, она может служить средством определения или толкования международного права, она может служить доказательством международного обычая, или в ней могут быть



делать «с должной осторожностью»<sup>270</sup>, поскольку государства, выражая согласие (или несогласие) с текстом резолюции, могут на самом деле иметь различные мотивы: действительно, «поддержку резолюций, декларирующих нормы права... следует оценивать в контексте обстоятельств, связанных с этим действием. Совершенно не очевидно, что голосование за декларирующую нормы права резолюцию само по себе является неопровержимым доказательством убежденности в том, что в резолюции выражается определенная правовая норма»<sup>271</sup>. Как отметил Международный Суд по поводу резолюций Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций:

изложены общие принципы права» (вывод 4); «Резолюция может служить доказательством наличия обычного права или одного из его компонентов (практики, ведущей к возникновению обычая, *opinio juris*), в частности в тех случаях, когда в этом заключалось намерение государств при принятии данной резолюции или когда применяемые процедуры привели к выработке правовой установки» (вывод 21); «Содержащееся в резолюции доказательство [международного обычая] может быть опровергнуто» (вывод 22). Розен отметил, что «для определения того, согласно ли на самом деле конкретное государство с данной резолюцией, полностью или частично, необходим тщательный анализ всех протоколов принявшего эту резолюцию органа» (*Practice and Methods of International Law*, p. 112).

<sup>270</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 99, para. 188; и см. at p. 184, para. 7 (separate opinion of Judge Ago) («Кроме того, имеются сомнения, которые я считаю своим долгом выразить в связи с идеей... о том, что принятие определенных резолюций или заявлений, разработанных в рамках Организации Объединенных Наций и Организации американских государств, а также в другом контексте, можно рассматривать как убедительные доказательства наличия у соответствующих государств сходного *opinio juris*, обладающего всей силой нормы международного обычного права»); см. также руководящие положения 3.1.5.3 (Оговорки к положению, отражающему обычную норму) и 4.4.2 (Отсутствие последствий для прав и обязательств по международному обычному праву) Руководства Комиссии по практике в отношении оговорок к международным договорам (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 30 и 33 соответственно).

<sup>271</sup> Schachter, “Entangled treaty and custom”, p. 730. См. также Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112 («Часто бывает так, что голосование является свидетельством политического устремления, а не заявлением об убежденности в том, что правовая норма действительно требует такого голосования или содержит какой-либо элемент *opinio juris sive necessitatis*... или что эта резолюция представляет собой правовую установку»); Hannikainen, “The collective factor as a promoter of customary international law”, p. 138 («Подавляющее большинство резолюций международных организаций официально являются лишь рекомендациями. Это хорошо известно государствам – у них могут быть самые разные причины голосовать за какую-либо резолюцию. Эти причины могут включать политическую целесообразность и желание не оказаться в одиночестве на фоне остальных. Даже если в резолюции используется юридическая терминология и говорится об обязательствах всех государств, голос какого-либо государства, поданный за эту резолюцию, не может считаться исчерпывающим доказательством *opinio juris*»).

Даже если они не носят обязательного характера, [такие резолюции] иногда могут иметь нормативное значение. При определенных обстоятельствах они могут обеспечивать свидетельства, важные для установления наличия какой-либо нормы или появления *opinio juris*. Чтобы установить, верно ли это по отношению к какой-либо конкретной резолюции Генеральной Ассамблеи, необходимо изучить ее содержание и условия ее принятия; необходимо также установить, существует ли *opinio juris* в отношении ее нормативного характера<sup>272</sup>.

Хотя исследование формулировок и конкретных обстоятельств принятия определенной резолюции, безусловно, необходимо, можно предположить, что, как правило, там, где можно обнаружить поданное государствами «значительное число голосов против и воздержавшихся», всеобщее *opinio juris* в отношении нормативного характера резолюции отсутствует; иными словами, такой резолюции будет «недостаточно для установления факта существования *opinio juris*»<sup>273</sup>. Аналогичным образом резолюция, принятая единогласно (или подавляющим и репрезентативным большинством голосов), может служить доказательством общепринятой правовой установки<sup>274</sup>. Кроме того, если государство не только воздерживается от высказывания возражений против принятия какой-либо резолюции, декларирующей нормы права, но и играет активную роль в ее продвижении, то его вполне можно считать выразившим «признание в качестве правовой нормы» ее нормативного содержания<sup>275</sup>. Наконец, «целый ряд резолюций [содержащих согласующиеся заявления.] может свидетельствовать о постепенной эволюции *opinio juris*, требуемого для

<sup>272</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 254–255, para. 70; см. также обобщенное мнение Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и США в деле *Sedco, Inc., v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran* (27 March 1986): «Резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций не имеют прямой обязательной силы для государств и, как правило, не являются доказательством наличия обычного права. Тем не менее общепризнано, что эти резолюции в определенных конкретных обстоятельствах могут рассматриваться как доказательство международного обычного права или могут внести свой вклад – наряду с другими факторами – в создание такого права» (ILM, vol. 25 (1986), pp. 633–634).

<sup>273</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 255, para. 71.

<sup>274</sup> См. также *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 79 (separate opinion of Vice-President Ammoun); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at pp. 235–236 (separate opinion of Judge AlKhasawneh); Barboza, “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, p. 5 («Вероятность того, что такого рода [нормативные резолюции Генеральной Ассамблеи] послужат декларацией обычного права или основой для формирования обычая, зависит как раз от стоящего за ними большинства. Если они приняты единогласно или на основе консенсуса, то они в большей степени выражают мнение международного сообщества, чем многосторонние договоры, состав участников которых сравнительно ограничен»).

<sup>275</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 133, para. 264.

установления новой нормы»<sup>276</sup>; это также, разумеется, зависит от конкретных обстоятельств<sup>277</sup>.

<sup>276</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 255, para. 70; см. также at p. 532 (dissenting opinion of Judge Weeramantry) («Сами декларации главного представительного органа мирового сообщества, Генеральной Ассамблеи, не являются источником права, но, будучи... повторенными в целом потоке резолюций... [они] во многом усиливают [представление о норме международного обычного права]»); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 236 (separate opinion of Judge Al-Khasawneh) («[Большое количество резолюций, принятых подавляющим большинством или консенсусом, постоянно подчеркивающих одну и ту же мысль,] хотя и не имеют обязательной силы, порождают тем не менее правовые последствия и указывают на постоянный характер opinio juris международного сообщества»); *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6, at p. 292 (dissenting opinion of Judge Tanaka) («Разумеется, мы не можем признать, что отдельные резолюции, декларации, решения, постановления и т. д. имеют обязательную силу для членов [международной] организации. Для международного обычного права требуется повторение одной и той же практики; соответственно, в данном случае одни и те же или разные организации должны регулярно принимать резолюции, декларации и т. д. по одному и тому же вопросу. Параллельно с таким регулярным повторением, при том что каждая резолюция, декларация и т. д., рассматривается как проявление коллективной воли отдельных государств-участников, воля международного сообщества может, безусловно, быть сформулирована более быстро и более точно по сравнению с традиционным методом нормативного процесса. Этот коллективный, комплексный и органичный процесс формирования обычая можно охарактеризовать как срединный путь между нормотворчеством посредством конвенций и традиционным процессом возникновения обычая, и он может рассматриваться как важный элемент с точки зрения развития международного права. Одним словом, увеличение числа авторитетных заявлений, таких как резолюции, декларации, решения и т. д., касающихся толкования Устава компетентными органами международного сообщества, может быть квалифицировано как доказательство наличия международного обычая, о котором говорится в Статье 38, пункт 1 b)»); Suy, «Innovations in international law-making processes», p. 190 («[Opinio juris] может также возникнуть... путем простого повторения принципов в последующих резолюциях, одобряемых государствами»). См., однако, Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112 («В настоящее время в повестках дня международных органов наблюдается тенденция к чрезмерному повторению, и многократное голосование представляет собой слабое отражение политического решения, принятого, когда этот вопрос был впервые вынесен на обсуждение»). Ср. *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 12, at p. 99 (separate opinion of Vice-President Ammoun) («Генеральная Ассамблея подтвердила законность этой борьбы [за освобождение от иностранного господства] по меньшей мере в четырех резолюциях... совокупность которых уже представляет собой обычай»); и *ibid.*, p. 121 (separate opinion of Judge Dillard) («Даже если определенная резолюция Генеральной Ассамблеи не носит обязательного характера, совокупное воздействие многих резолюций, если они аналогичны по своему содержанию, за которые было подано подавляющее большинство голосов и которые часто повторялись за определенный период времени, может привести к возникновению общего opinio juris и, таким образом, создать норму международного обычного права»).

<sup>277</sup> См. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 254–255, and at pp. 319–320 (dissenting opinion of Vice-President Schwebel) («[Резолюции Генеральной Ассамблеи] были приняты различным большинством голосов перед лицом сильной, последовательной и качественно значимой оппозиции... состоящей из государств, которые вместе обладают большей частью военной и экономической мощи мира и население которых составляет весьма значительную часть населения земного шара, чего более чем достаточно для лишения данных резолюций [Генеральной Ассамблеи] правового авторитета... Повторяемость резолюций Генеральной Ассамблеи в этом ключе... скорее, демонстрирует то, чем право не является. Перед лицом сохраняющейся и значительной оппозиции повторяемость резолюций Генеральной Ассамблеи является признаком неэффективности с точки зрения как нормотворчества, так и практического эффекта»); *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J.*

77. *Бездействие как доказательство субъективного элемента.* «Признание в качестве правовой нормы» может также быть установлено на основании бездействия или воздержания от действия в тех случаях, когда они представляют собой согласие с определенной практикой или ее молчаливое одобрение<sup>278</sup>. По словам сэра Джеральда Фидмориса:

Разумеется, отсутствие возражений имеет значение лишь в той степени, в какой оно подразумевает согласие, молчаливое одобрение и терпимое отношение со стороны соответствующих государств; однако отсутствие возражений как таковое не обязательно и не во всех случаях несет в себе такой смысл. Это зависит от того, вызывают ли обстоятельства необходимость таких возражений, поскольку их отсутствие будет считаться согласием или молчаливым одобрением. Обстоятельства не всегда носят такой характер, в частности когда, например, другие государства не были информированы о соответствующей практике или обыкновении или, во всяком случае, не очевидно, на основании чего можно было бы предположить их информированность; или же если соответствующая практика или обыкновение принимают такую форму, что другие государства не имеют объективной возможности сделать вывод об их подлинном характере<sup>279</sup>.

*Reports 1974*, p. 253, at pp. 435–436 (dissenting opinion of Judge Sir Garfield Barwick) («[Возможно, что] резолюций Организации Объединенных Наций и других способов выражения мнения международного сообщества, сколь бы частыми, многочисленными и настойчивыми они ни были, недостаточно для обоснования точки зрения о том, что международное обычное право в настоящее время включает [определенную норму]»). См. также Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112 («В особенности дезориентирующим понятием является консенсус, поскольку формальный элемент отсутствия голосования часто будет скрывать многочисленные оговорки, погребенные в протоколах, и зачастую он означает только согласие с использованием определенных слов и с их местом в предложении при отсутствии согласия или даже при несогласии с их значением и с замыслом документа в целом»); London Statement of Principles (сноска 42 выше).

<sup>278</sup> См., например, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 221, at p. 242 (Dissenting opinion of Judge Read) («Тот факт, что ни одно государство не приняло эту позицию [о том, что государство, участвующее в споре, может препятствовать его арбитражному урегулированию путем затягивания назначения представителя в Комиссию], является лучшим подтверждением рассмотренного выше международного обычая или практики в вопросах арбитражного разрешения споров»); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 232 (dissenting opinion of Judge Lachs); *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición (Argentinian Supreme Court), case No. 16.063/94*, 2 November 1995, para. 90. См. также Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 48 («Терпимое отношение к определенной практике со стороны других государств, учитывая все соответствующие обстоятельства, служит обоснованием презумпции ее признания в качестве правовой нормы»); Charney, «Universal international law», p. 536. Хадсон писал о том, что «если другие государства своевременно не оспаривают такое представление [осуществившего действие государства о том, что данная практика диктуется правом], то оно становится одним из элементов международного обычного права (*The Permanent Court of International Justice, 1920–1942—A Treatise*, p. 609).

<sup>279</sup> Fitzmaurice, «The law and procedure of the International Court of Justice, 1951–54: general principles and sources of law», p. 33. См. также *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey), Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 28 («Говорить о международном обычае можно только тогда, когда такие случаи воздержания от совершения действий были основаны на осознании ими [государствами] обязанности воздерживаться»); *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 42, para. 73 («То, что нератификация иногда может быть обусловлена и другими факторами, а не только активным неодобрением соответствующей конвенции, вряд ли может служить основой для вывода о позитивном признании ее принципов: причины умозрительны, а факты есть факты»). Даниленко подчеркивает, что «в действующем международном праве отсутствие протеста означает молчаливое одобрение только в том случае, когда практика затрагивает

78. Противоречивая практика (т. е. практика, не согласующаяся с предполагаемой нормой международного обычного права) может служить доказательством отсутствия «признания в качестве правовой нормы»<sup>280</sup>, точно так же она может способствовать тому, чтобы определенная практика не рассматривалась в качестве устоявшейся. Однако практика, которая не соответствует норме, может стать примером, подтверждающим *opinio juris*, если такое действие обосновывается с позиций, поддерживающих обычную норму<sup>281</sup>.

79. Доказательства «признания в качестве правовой нормы» тем или иным конкретным государством (или международной организацией) могут быть непоследовательными; например, «правительства и национальные суды в одном и том же государстве могут иметь разные мнения по одному и тому же вопросу, что еще больше затрудняет определение *opinio juris* в этом государстве»<sup>282</sup>. Как и в случае с практикой, такая двойственность может подорвать значимость *opinio juris* этого государства (или международной

интересы [(прямые или косвенные)] и права бездействующего государства» (*Law-making in the International Community*, p. 108).

<sup>280</sup> См., например, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 305 (separate opinion of Judge Petřen) («Поведение этих государств [, которые проводили ядерные испытания в атмосфере,] доказывает, что их правительства не придерживались мнения о том, что международное обычное право запрещает ядерные испытания в атмосфере»).

<sup>281</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 106, 108–109, paras. 202, 207.

<sup>282</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 171 (dissenting opinion of Judge *ad hoc* Van den Wyngaert).

организации) при попытке выявить наличие или отсутствие нормы международного обычного права.

80. Предлагается следующий проект вывода:

*«Проект вывода 11. Доказательства признания в качестве правовой нормы»*

1. Доказательства признания всеобщей практики в качестве правовой нормы могут принимать самые различные формы. Они могут варьироваться в зависимости от содержания нормы и обстоятельств, при которых эта норма может применяться.

2. К формам доказательств относятся, в частности, заявления государств, указывающие на то, что является или не является нормами международного обычного права, дипломатическая переписка, практика национальных судов, заключения правительственных юрисконсультов, официальные публикации в различных отраслях международного права, договорная практика и действия в связи с резолюциями органов международных организаций и международных конференций.

3. Бездействие также может служить доказательством признания в качестве правовой нормы.

4. Тот факт, что какое-либо действие (включая бездействие) государства устанавливает практику для целей выявления нормы международного обычного права, не исключает того, что то же действие может служить доказательством признания рассматриваемой практики в качестве правовой нормы».

## ГЛАВА VI

### Будущая программа работы

81. Как уже было объявлено<sup>283</sup>, в третьем докладе в 2015 году будет продолжено обсуждение этих двух элементов международного обычного права («всеобщая практика»; «признание в качестве правовой нормы»), а также связи между ними с учетом прогресса, достигнутого в рассмотрении темы в 2014 году. В нем будут более подробно рассмотрены некоторые конкретные аспекты, затронутые в настоящем докладе, в частности роль договоров, резолюций международных организаций и конференций и роль международных организаций в целом. В третьем докладе будет также рассмотрена норма о «последовательно возражающей стороне» и «специальное» или «региональное» международное обычное право, а также «двусторонний обычай».

82. Как отмечалось в первом докладе, на своей первой и второй сессиях соответственно в 1949 и 1950 годах Комиссия согласно мандату, содержащемуся в статье 24 ее Положения, включила в повестку дня тему «Пути и средства, делающие более

доступными свидетельства из области обычного международного права»<sup>284</sup>. Это привело к вынесению ряда рекомендаций, которые были приняты Генеральной Ассамблеей и которые до сих пор имеют важное значение<sup>285</sup>.

83. Как упоминалось выше, одной из важных практических проблем в условиях современного мира остается распространение и местонахождение практики (и *opinio juris*)<sup>286</sup>. В этой связи предлагается дополнить проект выводов указаниями на то, где и как выявлять практику и признание в качестве правовой нормы. Такие указания позволят дать описание различных источников, в которых могут быть обнаружены практика и *opinio juris*, например в сводах права и других публикациях отдельных государств, а также

<sup>284</sup> Там же, стр. 142, пункт 9.

<sup>285</sup> См. также там же, документ A/CN.4/659, стр. 176, пункты 9–11; и там же, документ A/CN.4/663, стр. 142, пункт 9.

<sup>286</sup> См., например, Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pp. 58–61; Corten, *Méthodologie du droit international public*, pp. 149–178.

<sup>283</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/663, стр. 172, пункт 102.

в публикациях по вопросам практики в конкретных областях международного права.

84. Специальный докладчик по-прежнему намерен представить в 2016 году заключительный доклад,

содержащий пересмотренные проекты выводов и комментарии с учетом обсуждений и решений 2014 и 2015 годов, однако признает, что, как отметили некоторые члены Комиссии, эта программа работы весьма амбициозна.

## ПРИЛОЖЕНИЕ

## Предлагаемые проекты выводов относительно выявления международного обычного права

## ЧАСТЬ ПЕРВАЯ

## ВВЕДЕНИЕ

*Проект вывода 1. Сфера охвата*

1. Настоящие проекты выводов касаются методологии определения существования и содержания норм международного обычного права.

2. Настоящие проекты выводов не наносят ущерба методологии, касающейся других источников международного права и вопросов, связанных с императивными нормами международного права (*ius cogens*).

*Проект вывода 2. Употребление терминов*

Для целей настоящих проектов выводов:

a) термин «международное обычное право» означает те нормы международного права, которые вытекают из всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, и отражают ее;

b) термин «международная организация» означает межправительственную организацию;

c) ...

## ЧАСТЬ ВТОРАЯ

## ДВА КОНСТИТУТИВНЫХ ЭЛЕМЕНТА

*Проект вывода 3. Основной подход*

Для определения существования нормы международного обычного права и ее содержания необходимо удостовериться в наличии всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы.

*Проект вывода 4. Оценка доказательств*

При оценке доказательств наличия всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, следует уделять внимание контексту, включая сложившиеся обстоятельства.

## ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ

## ВСЕОБЩАЯ ПРАКТИКА

*Проект вывода 5. Роль практики*

Требование – как элемент международного обычного права – в отношении наличия всеобщей практики означает, что в первую очередь именно практика государств способствует созданию или выражению норм международного обычного права.

*Проект вывода 6. Присвоение поведения*

Практика государств состоит из присваиваемого государству поведения, будь то при осуществлении исполнительной, законодательной, судебной или любой другой функции.

*Проект вывода 7. Формы практики*

1. Практика может принимать самые различные формы. Она может иметь форму как физического действия, так и вербального действия.

2. К видам практики, среди прочего, относятся: поведение государств «на местах», дипломатические шаги и дипломатическая переписка, законодательные акты, решения национальных судов, официальные публикации в сфере международного права, заявления от имени государств в отношении мер по кодификации, практика в связи с договорами, а также действия в связи с резолюциями органов международных организаций и конференций.

3. Бездействие также может считаться практикой.

4. Действия (включая бездействие) международных организаций также могут считаться практикой.

*Проект вывода 8. Оценка доказательств практики*

1. Заранее установленной иерархии различных форм практики не существует.

2. Следует учитывать всю совокупность имеющейся практики конкретного государства. В тех случаях, когда органы какого-либо государства не выступают с единых позиций, их практике придается менее весомое значение.

*Проект вывода 9. Практика должна быть общей и последовательной*

1. Для установления нормы международного обычного права соответствующая практика должна быть общей в том смысле, что она должна быть достаточно широко распространена и репрезентативна. Практика не обязательно должна носить универсальный характер.

2. Практика должна быть в целом последовательной.

3. При условии, что практика является достаточно общей и последовательной, какой-либо конкретной продолжительности не требуется.

4. При оценке практики должное внимание следует уделять практике государств, чьи интересы затронуты особо.

## ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ

## ПРИЗНАНИЕ В КАЧЕСТВЕ ПРАВОВОЙ НОРМЫ

*Проект вывода 10. Роль признания в качестве правовой нормы*

1. Являющееся одним из элементов международного обычного права требование, заключающееся в признании всеобщей практики в качестве правовой нормы, означает, что такая практика должна сопровождаться сознанием юридической обязательности.

2. Признание в качестве правовой нормы является именно тем, что отличает норму международного обычного права от простой привычки или обыкновения.

*Проект вывода 11. Доказательства признания в качестве правовой нормы*

1. Доказательства признания всеобщей практики в качестве правовой нормы могут принимать самые

различные формы. Они могут варьироваться в зависимости от содержания нормы и обстоятельств, при которых эта норма может применяться.

2. К формам доказательств относятся, в частности, заявления государств, указывающие на то, что является или не является нормами международного обычного права, дипломатическая переписка, практика национальных судов, заключения правительственных юрисконсультов, официальные публикации в различных отраслях международного права, договорная практика и действия в связи с резолюциями органов международных организаций и международных конференций.

3. Бездействие также может служить доказательством признания в качестве правовой нормы.

4. Тот факт, что какое-либо действие (включая бездействие) государства устанавливает практику для целей выявления нормы международного обычного права, не исключает того, что то же действие может служить доказательством признания рассматриваемой практики в качестве правовой нормы.

# ОХРАНА ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ В СВЯЗИ С ВООРУЖЕННЫМИ КОНФЛИКТАМИ

[Пункт 10 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/674\*

## Предварительный доклад по вопросу об охране окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, подготовленный Специальным докладчиком г-жой Марией Г. Якобссон

[Подлинный текст на английском языке]  
[30 мая 2014 года]

### СОДЕРЖАНИЕ

		Стр.
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе .....		248
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....		250
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ .....	1–7	251
<i>Глава</i>		
I. Включение темы в программу работы Комиссии и предыдущие консультации в Комиссии .....	8–12	252
II. Обсуждение в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи на ее шестьдесят восьмой сессии .....	13–15	253
III. Ответы на конкретные вопросы, замечания по которым представляли бы особый интерес для Комиссии .....	16–22	254
IV. Практика, принятая в государствах и международных организациях .....	23–48	255
A. Миротворческие операции Организации Объединенных Наций .....	43–44	258
B. Организация Североатлантического договора .....	45–46	259
C. Выводы и оговорка .....	47–48	259
V. Цель настоящего доклада .....	49–57	259
VI. Некоторые соображения относительно сферы применения, методологии и итогов рассмотрения темы, сформулированные по результатам предыдущих обсуждений в рамках Комиссии и Организации Объединенных Наций .....	58–67	261
VII. Употребление терминов .....	68–86	263
A. «Вооруженный конфликт» .....	69–78	263
B. «Окружающая среда» .....	79–86	264
VIII. Источники и другие справочные материалы для работы по теме .....	87–93	266
IX. Взаимосвязь с другими рассматриваемыми Комиссией темами, включая темы нынешней повестки дня .....	94–116	267
A. Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков .....	97–101	267
B. Проекты статей по праву трансграничных водоносных горизонтов .....	102–105	268
C. Проекты статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров .....	106–111	269

\* Включает документ A/CN.4/674/Corr.1.

Глава	Пункты	Стр.
D. Проекты статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности .....	112	270
E. Проекты принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности .....	113	270
F. Другая работа Комиссии .....	114–116	270
X. Принципы и понятия ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ПРАВА .....	117–156	270
A. Устойчивое развитие .....	125–132	271
B. Принципы предотвращения и предосторожности.....	133–147	272
C. Принцип «загрязнитель платит» .....	148–149	276
D. Оценка воздействия на окружающую среду .....	150–153	276
E. Должная осмотрительность .....	154–156	276
XI. ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И ОКРУЖАЮЩАЯ СРЕДА .....	157–166	277
XII. БУДУЩАЯ ПРОГРАММА РАБОТЫ .....	167–173	279
Приложение. Избранная библиография.....		280

### Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

	<i>Источник</i>
Гагская конвенция 1907 года (IV) о законах и обычаях сухопутной войны (Гаага, 18 октября 1907 года)	Ф. Лист, <i>Международное право в систематическом изложении</i> , Юрьев, типография К. Маттисена, 1912, стр. СІХ–СХІХ.
Генеральное соглашение по тарифам и торговле (Женева, 30 октября 1947 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 55, No. 814, p. 187.
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> ; см. также текст на русском языке: 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) (Женева, 12 августа 1949 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 75, No. 970, p. 31; см. также текст на русском языке: 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) (Женева, 12 августа 1949 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 75, No. 971, p. 85; см. также текст на русском языке: 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) (Женева, 12 августа 1949 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 75, No. 972, p. 135; см. также текст на русском языке: МИД СССР, <i>Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами</i> , выпуск XVI, Госполитиздат, М., 1957, стр. 125.



## Источник

- Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (Конвенция IV) (Женева, 12 августа 1949 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, No. 973, p. 287; см. также текст на русском языке: МИД СССР, *Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами*, 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), и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) (Женева, 8 июня 1977 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, Nos. 17512–17513, pp. 330 and 658.
- Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 года) *Ibid.*, vol. 213, No. 2889, p. 221; см. также текст на русском языке: *Бюллетень международных договоров*, М., Юридическая литература, 2001, № 3, стр. 29.
- Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (Гаага, 14 мая 1954 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 249, No. 3511, p. 292.
- Протокол к Конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (Гаага, 14 мая 1954 года) *Ibid.*, p. 366.
- Второй протокол к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1954 года (Гаага, 26 марта 1999 года) *Ibid.*, vol. 2253, No. 3511, p. 246.
- Договор о функционировании Европейского союза (Рим, 25 марта 1957 года) Сводный текст, *Official Journal of the European Union*, C 326/47, 26 October 2012.
- Договор об учреждении Европейского экономического сообщества (Рим, 25 марта 1957 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 298, No. 4300, p. 3. См. также сводный текст Договора об учреждении Европейского сообщества, *Official Journal of the European Communities*, No. C 340, 10 November 1997, p. 173.
- Конвенция МОТ (№ 107) о защите и интеграции коренного и другого населения, ведущего племенной и полуплеменной образ жизни, в независимых странах (Женева, 26 июня 1957 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 328, No. 4738, p. 247.
- Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года) *Ibid.*, vol. 993, No. 14531, p. 35.
- Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года) *Ibid.*, vol. 999, No. 14668, p. 225.
- Американская конвенция о правах человека: «Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика» (Сан-Хосе, 22 ноября 1969 года) *Ibid.*, vol. 1144, No. 17955, p. 123.
- Дополнительный протокол к Американской конвенции о правах человека, касающийся экономических, социальных и культурных прав («Сан-Сальвадорский протокол») (Сан-Сальвадор, 17 ноября 1988 года) OAS, *Treaty Series*, No. 69, document OEA-Ser. A-44.
- Конвенция об охране всемирного культурного и природного наследия (Париж, 16 ноября 1972 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1037, No. 15511, p. 185.
- Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (Вашингтон, округ Колумбия, Лондон, Мехико и Москва, 29 декабря 1972 года) *Ibid.*, vol. 1046, No. 15749, p. 146.
- Конвенция о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду (Нью-Йорк, 10 декабря 1976 года) *Ibid.*, vol. 1108, No. 17119, p. 171.
- Конвенция о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие (Женева, 10 октября 1980 года) *Ibid.*, vol. 1342, No. 22495, p. 184.
- Африканская хартия прав человека и народов (Найроби, 27 июня 1981 года) *Ibid.*, vol. 1520, No. 26363, p. 217.
- Конвенция МОТ (№ 169) о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, в независимых странах (Женева, 27 июня 1989 года) *Ibid.*, vol. 1650, No. 28383, p. 383.

## Источник

Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте (Эспо, 25 февраля 1991 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1989, No. 34028, p. 352.
Конвенция о биологическом разнообразии (Рио-де-Жанейро, 5 июня 1992 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1760, No. 30619, p. 199.
Конвенция о защите морской среды Северо-Восточной Атлантики (Париж, 22 сентября 1922 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2354, No. 42279, p. 67.
Марракешское соглашение о создании Всемирной торговой организации (Марракеш, 15 апреля 1994 года)	<i>Ibid.</i> , vols. 1867–1869, No. 31874, p. 3.
Соглашение по применению санитарных и фитосанитарных мер (Марракеш, 15 апреля 1994 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1867, No. 31874, annex 1A, p. 493.
Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков (Нью-Йорк, 21 мая 1997 года)	Резолюция 51/229 Генеральной Ассамблеи от 21 мая 1997 года.
Конвенция о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Орхусская конвенция) (Орхус, 25 июня 1998 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 2161, No. 37770, p. 498.
Римский статут Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 2187, No. 38544, p. 230.

## Работы, цитируемые в настоящем докладе

- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE, and Catherine REDGEWELL  
*International Law and the Environment*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BODANSKY, Daniel  
*Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*. Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2003.
- BOWMAN, Michael  
“Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm”, в Michael Bowman and Alan Boyle, eds., *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Evaluation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 41–61.
- DAS, Onita  
*Environmental Protection, Security and Armed Conflict: A Sustainable Development Perspective*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.
- DE SADELEER, Nicolas  
*EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford, Oxford University Press, 2014.
- ELIAS, Olufemi  
“Environmental impact assessment”, в Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 227–242.
- FRENCH, Duncan  
“Sustainable development”, в Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 51–68.
- JENSEN, David, and Silja HALLE, eds.  
*Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*. Nairobi, UNEP, 2012.
- KOROMA, Abdul G.  
“Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice”, в Jonas Ebbesson and others, eds., *International Law and Changing Perceptions of Security*, Liber Amicorum Said Mahmoudi, Leiden, Brill, 2014, pp. 189–201.
- MOORE, John Bassett, ed.  
*History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. IV. Washington, D.C., Government Printing Office, 1898.
- OVIDO, Gonzalo, Luisa MAFFI, and Peter Bille LARSEN  
*Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity*. Gland, World Wide Fund for Nature, 2000.
- PLANT, Roger  
*Land Rights and Minorities*. Minority Rights Group International Report 94/2. London, Minority Rights Group, 1994.
- SANDS, Philippe  
*Principles of International Environmental Law*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SCHWARTZ, Priscilla  
“The polluter-pays principle”, в Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 243–257.
- TROUWBORST, Arie  
*Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*. International Environmental Law and Policy Series, vol. 62. The Hague, Kluwer Law International, 2002.
- VOIGT, Christina  
*Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- WALEJ, Annica and others  
*Greening Peace Operations—Policy and Practice*. Stockholm, Defence Research Agency, 2011.

WARSTA, Matias

“Towards sustainable defence—the strategic environmental protection plan of the Finnish defence forces”, в Matias

Warsta, ed., *Conference Proceedings 2013: European Conference of Defence and the Environment*, Helsinki, Ministry of Defence of Finland, 2013, pp. 165–171.

## Введение

1. Давно признано, что воздействие на окружающую среду во время вооруженного конфликта и после него может создавать серьезную угрозу для уклада жизни и даже самого существования людей и общин. В отличие от многих других последствий вооруженного конфликта воздействие на окружающую среду может быть долговременным и неустраняемым, препятствовать эффективному восстановлению общества, приводить к уничтожению уголков нетронутой природы или сбоям в функционировании важных экосистем<sup>1</sup>.

2. Охрана окружающей среды при вооруженных конфликтах до настоящего времени рассматривалась через призму законодательства, применяемого в период вооруженных конфликтов. Однако этот взгляд слишком узок, ибо современным международным правом признается, что нормы международного права, применяемые в период вооруженных конфликтов, могут быть шире норм законодательства, применяемых в период вооруженных конфликтов. Этот принцип также был признан Комиссией во время ее недавней работы над темой о последствиях вооруженных конфликтов для договоров. Она основывается на презумпции того, что существование вооруженного конфликта *ipso facto* не прекращает или приостанавливает действие договоров<sup>2</sup>.

3. Поскольку право, применимое к вооруженным конфликтам, явно шире норм законодательства, применяемых в период вооруженных конфликтов, иногда недостаточно признать международное гуманитарное право в качестве *lex specialis* в надежде отыскать решение для конкретной правовой проблемы. Здесь могут быть также применимы и другие отрасли международного права, например международные стандарты в области прав человека и нормы международного экологического права. Это же признал Международный Суд, хотя он не разъяснил конкретно, когда один комплекс норм имеет преимущество перед другим:

В более общем плане Суд считает, что защита, обеспечиваемая конвенциями по правам человека, не прекращается во время вооруженного конфликта, за исключением того, что вытекает из положений об отступлении такого рода, которые содержатся в статье 4 Международного пакта о гражданских и политических правах. Что касается взаимосвязи между международным гуманитарным правом и стандартами в области прав человека, то существует, таким образом, три возможные ситуации: одни права могут быть исключительно вопросами международного гуманитарного права; другие – могут быть исключительно вопросами стандартов в области прав человека; третьи – могут быть вопросами, охватываемыми обеими этими отраслями международного права. Чтобы ответить на поставленный перед ним вопрос, Суд должен принять во внимание обе эти отрасли международного права, а именно

<sup>1</sup> См. краткую информацию на эту тему, содержащуюся в *Ежегоднике... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 251, приложение V.

<sup>2</sup> Там же, стр. 126, пункт 100, проект статьи 3 о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров.

стандарты в области прав человека и – как *lex specialis* – международное гуманитарное право<sup>3</sup>.

4. Суд в своем консультативном заключении *Законность угрозы ядерным оружием или его применения* также признал, что экологические соображения должны учитываться в военное время:

Таким образом, Суд считает, что, хотя действующие нормы международного права в области защиты и охраны окружающей среды прямо не запрещают применение ядерного оружия, они указывают на важные экологические факторы, которые должны надлежащим образом учитываться в контексте соблюдения принципов и норм права, применяемых во время вооруженных конфликтов<sup>4</sup>.

Делая этот вывод, Суд напомнил свое заключение, содержащееся в постановлении по делу *Ходатайство о рассмотрении ситуации в соответствии с пунктом 63 решения Суда от 20 декабря 1974 года по делу «Ядерные испытания (Новая Зеландия против Франции)»*. В этом постановлении Суд заявил, что его заключение «не умаляет обязательств государств в отношении защиты и охраны окружающей среды»<sup>5</sup>. Суд указал, что, «хотя это заявление было сделано в связи с проведением ядерных испытаний, оно, естественно, также касается проблемы фактического применения ядерного оружия в ходе вооруженных конфликтов»<sup>6</sup>. Исходная посылка, которой руководствовался Суд в своей мотивировке, также признается Комиссией, в частности в ее работе по фрагментации<sup>7</sup>.

5. Даже если предположить, что во время вооруженного конфликта действует лишь право вооруженного конфликта, то это право также должно действовать до и после вооруженного конфликта, поскольку оно содержит правила, касающиеся мер, принимаемых до и после вооруженного конфликта. Таким образом,

<sup>3</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, at p. 178, para. 106.

<sup>4</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (см. сноску 4 выше), p. 243, para. 33. Следует подчеркнуть, что Суд вынес общее заключение о том, что «важные экологические факторы должны надлежащим образом учитываться в контексте соблюдения принципов и норм права, применяемых во время вооруженных конфликтов», которое представляет интерес в свете рассмотрения настоящей темы независимо от используемых видов оружия.

<sup>5</sup> *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, I.C.J. Reports 1995*, p. 288, at p. 306, para. 64.

<sup>6</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (см. сноску 4 выше), p. 226, at p. 243, para. 32.

<sup>7</sup> См. доклад Исследовательской группы по фрагментации международного права, *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 213 и далее, пункты 241–251, и документ A/CN.4/L.682 и Corr.1 и Add.1 (отпечатан на mimeографе; размещен на веб-сайте Комиссии, документы пятьдесят восьмой сессии; окончательный текст будет опубликован в качестве добавления к *Ежегоднику... 2006 год*, том II (часть первая)).

действие норм права вооруженного конфликта не ограничивается вооруженным конфликтом как таковым. Соответственно, применимые нормы *lex specialis* (т. е. право вооруженного конфликта) сосуществуют с другими нормами международного права<sup>8</sup>.

6. Похоже, ни одно государство и ни один судебный орган не ставит под сомнение параллельное применение различных отраслей международного права, включая право прав человека, беженское право и экологическое право. Представляется также, что государства и судебные органы не уверены в конкретной сфере применения и соотношении этих отраслей права. Можно понять, почему государства и судебные органы проявляют осторожность при определении того, как именно может осуществляться такое параллельное применение и когда *lex specialis* явно преобладает в качестве единственного применимого источника права. В то же время проявление такой нерешительности нужно проанализировать и сделать в этой связи соответствующие выводы.

<sup>8</sup> A/CN.4/L.682 (см. предыдущую сноску), пункт 173.

7. С тех пор, как почти 40 лет назад в целях охраны окружающей среды во время вооруженного конфликта были приняты конкретные нормативные документы, а именно Конвенция о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду (далее «Конвенция о воздействии на природную среду») и Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), в политико-правовой сфере произошли определенные изменения. В то время международное экологическое право только зарождалось, а вооруженные конфликты носили совершенно иной характер. Если раньше большинство конфликтов имело международные масштабы и принимало форму освободительных войн, то в настоящее время наиболее распространены вооруженные конфликты иного рода, не имеющие международного характера. С учетом этой новой реалии применение существующих правовых норм может наталкиваться на определенные трудности.

## ГЛАВА I

### Включение темы в программу работы Комиссии и предыдущие консультации в Комиссии

8. С учетом вышеуказанных обстоятельств Комиссия на своей шестьдесят третьей сессии в 2011 году постановила включить тему «Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами» в свою долгосрочную программу работы<sup>9</sup>. Это было сделано на основе предложения, содержащегося в приложении V к докладу Комиссии о работе этой сессии<sup>10</sup>. Генеральная Ассамблея в пункте 7 своей резолюции 66/98 от 9 декабря 2011 года приняла к сведению включение этой темы в долгосрочную программу работы Комиссии.

9. На своей шестьдесят пятой сессии в 2013 году Комиссия постановила включить тему «Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами» в свою программу работы и назначить г-жу Мари Г. Якобссон Специальным докладчиком по этой теме.

10. После включения в долгосрочную программу работы эта тема стала рассматриваться в ходе неофициальных консультаций, которые впервые были проведены в 2012 году в рамках шестьдесят четвертой сессии Комиссии. В 2012 году в ходе неофициальных консультаций члены имели возможность высказать свои мнения на эту тему. Неофициальные консультации показали, что члены выступают за включение

этой темы в повестку дня Комиссии и что никто среди них не высказался против такого включения.

11. На своей шестьдесят пятой сессии в 2013 году Комиссия провела более обстоятельные неофициальные консультации. Проведение первоначальных консультаций позволило членам Комиссии высказать свои соображения и замечания по поводу предстоящей работы. В частности, были обсуждены такие рабочие вопросы, как сфера охвата и общая методология, в том числе разделение периода работы на временные фазы и составление графика будущих мероприятий. Был предложен трехлетний план работы, предполагающий ежегодное представление Комиссии одного доклада для рассмотрения.

12. По итогам неофициальных консультаций Специальный докладчик представила Комиссии устный доклад, который Комиссия приняла к сведению<sup>11</sup>. Комиссия также обратилась к странам с просьбой представить примеры того, когда международное экологическое право, включая региональные и двусторонние договоры, продолжало применяться во время вооруженных конфликтов международного и немеждународного характера<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 212, пункты 365–367. Это означает, что данная тема отвечала критериям отбора тем, рекомендованных Комиссией. См. *Ежегодник... 1998 год*, том II (часть вторая), стр. 130–131, пункт 553.

<sup>10</sup> См. сноску 1 выше.

<sup>11</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 85, пункт 133. Консультации состоялись 6 июня и 9 июля 2013 года.

<sup>12</sup> Там же, стр. 16, пункт 28.

## ГЛАВА II

**Обсуждение в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи на ее шестьдесят восьмой сессии**

13. В ходе шестьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи в 2013 году в обсуждении этой темы в Шестом комитете приняли участие около 28 государств, которые использовали для этого доклад Комиссии о работе ее шестьдесят пятой сессии (2013 год)<sup>13</sup>. Подавляющее большинство государств открыто приветствовали включение этой темы, а несколько государств выступили с обстоятельными заявлениями<sup>14</sup>. Из 28 государств, выступивших в ходе дискуссии, только 2 выразили сомнения по поводу решения о включении этой темы в программу работы<sup>15</sup>. Кроме того, были высказаны некоторые опасения в отношении сферы охвата темы и угрозы возникновения последствий, выходящих далеко за пределы темы охраны окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами<sup>16</sup>. Одно государство заявило, что необходимо заниматься вопросом прогрессивного развития этой отрасли права<sup>17</sup>.

14. В целом государства приветствовали применение временного подхода и общей методологии. Некоторые из них особо отметили трудности в плане разграничения этапов<sup>18</sup>. И хотя были выражены мнени-

ния в отношении того, какому этапу работы следует уделить главное внимание, прийти к общему решению не представляется возможным. Несколько государств прямо указали на то, что фаза II (меры в период вооруженного конфликта) не должна быть основным направлением работы, ибо нормы и принципы урегулирования ситуаций вооруженного конфликта уже существуют. Ряд государств<sup>19</sup> особо отметили важность урегулирования вооруженных конфликтов как международного, так и немеждународного характера. Несколько государств заявили, что необходимо учитывать вопросы беженского права и экологические последствия в связи с проблемой беженцев и внутренне перемещенных лиц<sup>20</sup>. Ряд государств обсудили необходимость рассмотрения вопроса о применении оружия, в связи с чем были высказаны различные точки зрения<sup>21</sup>. Одно государство выступило за то, чтобы Комиссия занималась вопросами разминирования<sup>22</sup>, а другое подчеркнуло важность рассмотрения темы ответственности за причинение экологического ущерба<sup>23</sup>. Некоторые государства также особо отметили, что военные действия оказывают воздействие на процесс устойчивого развития<sup>24</sup>. Одно государство предложило включить в программу работы вопрос об охране культурных ценностей<sup>25</sup>.

15. Несколько государств рассмотрели возможные результаты работы по данной теме и высказались в пользу разработки проекта руководящих положений, а

<sup>13</sup> К их числу относились: Австрия, Бельгия, Венгрия, Греция, Индия, Индонезия, Иран (Исламская Республика), Ирландия, Испания, Италия, Куба, Малайзия, Мексика, Новая Зеландия, Перу, Португалия, Российская Федерация, Румыния, Сингапур, Словения, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Финляндия (от имени стран Северной Европы: Дании, Исландии, Норвегии, Финляндии и Швеции), Франция, Чешская Республика, Швейцария, Южная Африка и Япония.

<sup>14</sup> Например, Австрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет, 23-е заседание (A/C.6/68/SR.23)*, пункт 68; Куба, там же, 25-е заседание (A/C.6/68/SR.25), пункт 70; Финляндия (от имени стран Северной Европы), там же, 23-е заседание (A/C.6/68/SR.23), пункт 44; Греция, там же, 24-е заседание (A/C.6/68/SR.24), пункт 46; Иран (Исламская Республика), там же, 26-е заседание (A/C.6/68/SR.26), пункт 8; Италия, там же, 24-е заседание (A/C.6/68/SR.24), пункт 2; Малайзия, там же, 25-е заседание (A/C.6/68/SR.25), пункт 29; Мексика, там же, пункт 17; Новая Зеландия, там же, 24-е заседание (A/C.6/68/SR.24), пункт 102; Португалия, там же, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17), пункт 86; и Южная Африка, там же, 24-е заседание (A/C.6/68/SR.24), пункт 24.

<sup>15</sup> Российская Федерация выразила мнение о том, что «в международном гуманитарном праве уже содержатся соответствующие регулирующие механизмы» и что «периоды времени до и после вооруженного конфликта считаются мирным временем, в течение которого в полном объеме применяются общие нормы в области защиты окружающей среды», там же, 25-е заседание (A/C.6/68/SR.25), пункт 47. Франция вновь выразила «сомнения, которые уже высказывались ранее по поводу целесообразности работы по такому вопросу», там же, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17), пункт 105.

<sup>16</sup> Соединенные Штаты, там же, 23-е заседание (A/C.6/68/SR.23), пункт 54.

<sup>17</sup> Малайзия, там же, 25-е заседание (A/C.6/68/SR.25), пункт 29.

<sup>18</sup> Эта точка зрения согласуется с позицией Специального докладчика, выраженной в ее устном докладе Комиссии в

2013 году, в котором было отмечено, что провести четкие границы между разными фазами невозможно; см. *Ежегодник... 2013 год, том II (часть вторая)*, стр. 85–86, пункт 137.

<sup>19</sup> Австрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет, 23-е заседание (A/C.6/68/SR.23)*, пункт 68; Южная Африка, там же, 24-е заседание (A/C.6/68/SR.24), пункт 28; и Швейцария, там же, 23-е заседание (A/C.6/68/SR.23), пункт 61.

<sup>20</sup> Иран (Исламская Республика), там же, 26-е заседание (A/C.6/68/SR.26), пункт 9; и Южная Африка, там же, 24-е заседание (A/C.6/68/SR.24), пункт 28.

<sup>21</sup> Куба (там же, 25-е заседание (A/C.6/68/SR.25), пункт 70), Малайзия (там же, пункт 30) и Португалия (там же, 23-е заседание (A/C.6/68/SR.23), пункт 82) высказали мнение о том, что нужно рассмотреть вопрос об оружии, в то время как Австрия (там же, пункт 69), Румыния (там же, 24-е заседание (A/C.6/68/SR.24), пункт 87), Сингапур (там же, 25-е заседание (A/C.6/68/SR.25), пункт 114) и Соединенное Королевство (там же, 23-е заседание (A/C.6/68/SR.23), пункт 89) считали, что этот вопрос включать не нужно.

<sup>22</sup> Иран (Исламская Республика), там же, 26-е заседание (A/C.6/68/SR.26), пункт 9.

<sup>23</sup> Новая Зеландия, там же, 24-е заседание (A/C.6/68/SR.24), пункт 103.

<sup>24</sup> Перу, там же, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18), пункт 27, и Южная Африка, там же, 24-е заседание (A/C.6/68/SR.24), пункт 24.

<sup>25</sup> Италия, там же, 24-е заседание (A/C.6/68/SR.24), пункт 4.

не проектов статей<sup>26</sup>. Два государства заявили, что эта тема не подходит для проекта конвенции<sup>27</sup>. С другой

<sup>26</sup> Индия, там же, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19), пункт 21; Италия, там же, 24-е заседание (A/C.6/68/SR.24), пункт 5; и Сингапур, там же, 25-е заседание (A/C.6/68/SR.25), пункт 114.

<sup>27</sup> Соединенные Штаты, там же, 23-е заседание (A/C.6/68/SR.23), пункт 55, и Испания, там же, 25-е заседание (A/C.6/68/SR.25), пункт 2. Соображения о том, что эта тема лучше подходит для принятия необязательного проекта практических рекомендаций, были также упомянуты в заявлении Специального докладчика в

сторону, одно государство заявило о том, что подготовка проектов статей стала бы одним из конкретных результатов осуществляемой Комиссией работы по этому вопросу<sup>28</sup>.

ходе представления темы Комиссии в 2013 году, см. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 86, пункт 143.

<sup>28</sup> Чешская Республика, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 25-е заседание (A/C.6/68/SR.25), пункт 95.

### ГЛАВА III

## Ответы на конкретные вопросы, замечания по которым представляли бы особый интерес для Комиссии

16. В соответствии с установившейся практикой Комиссия в своем докладе о работе шестьдесят пятой сессии запросила информацию по конкретным вопросам, замечания по которым представляли бы особый интерес для Комиссии<sup>29</sup>. Комиссия выразила желание

получить информацию от государств о том, толковалось ли в их практике международное и внутригосударственное экологическое право как применимое в связи с вооруженными конфликтами международного и немеждународного характера. Особенно Комиссию интересуют примеры:

a) договоров, в частности соответствующих региональных или двусторонних договоров;

b) национального законодательства в этой области, в частности законодательства, регулирующего применение региональных или двусторонних договоров;

c) судебных решений, в которых международное или внутригосударственное экологическое право применялось при разрешении споров, вытекающих из ситуаций вооруженных конфликтов<sup>30</sup>.

17. На просьбу Комиссии ответили следующие государства: Ботсвана, Чешская Республика<sup>31</sup>, Сальвадор, Германия и Мексика.

18. Ботсвана сообщила Комиссии о том, что эта страна не является участником договоров по охране окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами и не приняла какого-либо внутреннего законодательства по этому вопросу. Кроме того, Ботсвана проинформировала Комиссию о том, что ни один национальный суд этим вопросом не занимался<sup>32</sup>.

19. Ответ Сальвадора<sup>33</sup> состоял из трех частей: a) деятельность на национальном уровне; b) деятельность на международном уровне; и c) деятельность

на региональном уровне. В конституции Сальвадора закрепляется обязанность государства охранять природные ресурсы, а также разнообразие и целостность окружающей среды в целях обеспечения устойчивого развития. Кроме того, в ней предусматривается, что задача охраны, сбережения, рационального использования, восстановления и восполнения природных ресурсов представляет общественный интерес. Более подробно это изложено в Законе об окружающей среде 1998 года<sup>34</sup>, который направлен на комплексное решение экологических проблем путем обеспечения соблюдения действующих правовых нормативов в соответствии с принципом устойчивости экономического и социального развития. Сальвадор подчеркнул, что закрепленное обязательство является основным обязательством государства, муниципалитетов и населения в целом и обеспечивает выполнение международных конвенций и договоров в этой области, участником которых является Сальвадор. Хотя в Законе об окружающей среде вопрос об охране окружающей среды в период вооруженных конфликтов конкретно не упоминается, в нем поставлена амбициозная цель по всеохватному выполнению обязательств, содержащихся в различных нормативных документах. Кроме того, поскольку обязанности государства в этой связи вытекают непосредственно из Конституции Республики, можно сказать, что обязательство по охране окружающей среды применимо во все времена, поскольку каких-либо исключений или положений о приостановлении его действия даже во время вооруженных конфликтов не предусматривается.

20. Сальвадор сделал вывод о том, что это отражает неразрывную взаимосвязь между безопасностью и охраной окружающей среды, которая сохраняется даже в ситуациях, не подпадающих под определение вооруженного конфликта в буквальном смысле этого слова. Эта взаимосвязь имеет также и обратное действие: угрозы для окружающей среды, особенно стихийные бедствия, могут оказывать негативное воздействие на положение в области безопасности, так как они порождают напряженность и не оставляют людям иного выбора, кроме вступления в ряды

<sup>29</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 16, пункт 28.

<sup>30</sup> Там же.

<sup>31</sup> Вербальная нота Постоянного представительства Чешской Республики при Организации Объединенных Наций от 31 января 2014 года на имя Генерального секретаря.

<sup>32</sup> Вербальная нота Постоянного представительства Ботсваны при Организации Объединенных Наций от 24 января 2014 года на имя Генерального секретаря.

<sup>33</sup> Вербальная нота Постоянного представительства Сальвадора при Организации Объединенных Наций от 29 января 2014 года в адрес Управления по правовым вопросам Секретариата.

<sup>34</sup> *Diario Oficial de la República de El Salvador*, vol. 339, No. 79, 4 May 1998.

вооруженных групп или совершения различных преступлений.

21. Мексика отметила, что двусторонние и многосторонние природоохранные соглашения, участником которых она является, не предусматривают конкретных обязательств в отношении охраны окружающей среды в период вооруженного конфликта<sup>35</sup>. Мексика напомнила, что в Дополнительном протоколе к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающемся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) запрещается использование боевых средств, которые могут причинить серьезный и долговременный ущерб окружающей среде, а также вновь подтвердила важность принципа 24 Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию<sup>36</sup>.

22. Германия представила информацию о двусторонних соглашениях и данные об исследовании 2001 года, проведенном Федеральным агентством по охране окружающей среды и посвященном правовому регулированию факторов влияния военной деятельности на окружающую среду. В частности, было

<sup>35</sup> Вербальная нота Постоянного представительства Мексики при Организации Объединенных Наций от 26 февраля 2014 года на имя секретаря Комиссии международного права.

<sup>36</sup> Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 года (A/CONF.151.26/Rev.1 (Vol I)), vol. I, Резолюции, принятые на Конференции (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.93.1.8 и исправление), резолюция I, приложение I.

отмечено, что «действующее международное право обеспечивает недостаточную охрану окружающей среды от современных угроз, связанных с войной»<sup>37</sup>. Германия также сообщила Комиссии, что методы и средства ведения войны, влияющие на окружающую среду, рассматриваются в руководстве *Federal Armed Forces 2013 Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict* («Объединенное служебное руководство федеральных вооруженных сил 2013 года по вопросу о праве вооруженных конфликтов») <sup>38</sup>. Кроме того, Германия привела ссылки на двусторонние соглашения, которые представляют собой практику государства, – соглашение между Германией и Силами для Косово (СДК)/НАТО и соглашение между Германией и Афганистаном<sup>39</sup>. Оба эти соглашения касаются экспорта отходов в связи с развертыванием соответственно подразделений СДК и федеральных вооруженных сил.

<sup>37</sup> Bodansky, *Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*, Executive Summary, para. 2.

<sup>38</sup> Вербальная нота Постоянного представительства Германии при Организации Объединенных Наций от 30 декабря 2013 года на имя Генерального секретаря.

<sup>39</sup> Соглашение от 3 декабря 1999 года и 15 февраля 2000 года между правительством Германии и СДК/НАТО о надзоре и контроле за перемещением отходов в пределах Европейского сообщества, при их ввозе и вывозе в связи с транспортировкой отходов войск СДК/НАТО в Германию. Второе соглашение от 6 июля и 9 ноября 2002 года было заключено между Германией и Переходным Исламским Государством Афганистан и касалось экспорта из Афганистана отходов в связи с развертыванием федеральных вооруженных сил в целях их экологически безопасной утилизации, как указывается в вербальной ноте Постоянного представительства Германии от 30 декабря 2013 года.

## ГЛАВА IV

### Практика, принятая в государствах и международных организациях

23. Помимо информации, представленной государствами непосредственно в ответ на просьбу Комиссии, Специальный докладчик также получила информацию в ходе переписки с государствами и международными организациями. Для облегчения восприятия доклада эта информация представлена в нижеследующих разделах.

24. Несмотря на то, что ответы на вопросы, поставленные Комиссией в ее докладе 2013 года, были получены лишь от небольшого числа государств, Специальный докладчик по-прежнему убеждена в том, что законы или нормативные положения об охране окружающей среды в период вооруженных конфликтов действуют во многих государствах. Во-первых, вооруженные силы должны соблюдать национальное законодательство, действующее в мирное время. Поскольку вооруженные силы являются государственной структурой, на них, скорее всего, распространяются те же законы, что и на любую другую государственную структуру, хотя могут существовать и особые нормативные положения, касающиеся выполнения вооруженными силами своих конкретных задач. Во-вторых, международно-правовые

обязательства и национальные ограничения чаще всего отражаются в правилах применения силы вооруженными силами государств. В-третьих, после прекращения боевых действий вновь по умолчанию начинают действовать нормативные положения, применяемые в мирное время. И это не считая конкретных положений, касающихся работ по очистке территории и восстановлению (например, разминирование минных полей).

25. Специальный докладчик надеется на то, что государства представят дополнительную информацию в ответ на вопросы, поставленные Комиссией. Между тем интересно обратиться к некоторым примерам национальных законов.

26. В ходе прений в Шестом комитете в 2013 году ряд государств упомянули свои законы и/или говорили о своих соображениях в отношении природоохранной политики. Например, Соединенные Штаты заявили, что их «вооруженные силы уже давно включили задачу охраны окружающей среды в число своих приоритетных задач, причем не только для того, чтобы иметь земельные и водные ресурсы и

воздушное пространство, необходимые для обеспечения боевой готовности, но и ради сохранения невозобновляемых ресурсов для будущих поколений», и подтвердили, что «задачу охраны окружающей среды в условиях конфликта желательно включить в число стратегических\* по целому ряду причин, помимо собственно экологических, в том числе по соображениям военного, гражданского, медицинского и экономического характера»<sup>40</sup>.

27. В принятых Китаем Положениях об охране окружающей среды для Народно-освободительной армии Китая (2004 год) содержатся положения о недопущении и сокращении масштабов загрязнения окружающей среды и наносимого ей ущерба. Кроме того, Положения обязывают соблюдать требования в области охраны окружающей среды при проведении испытаний и производстве военной техники, с тем чтобы при испытании, применении и утилизации такой техники в обязательном порядке принимались меры по недопущению или сокращению масштабов любого загрязнения окружающей среды и наносимого ей ущерба. Вооруженные силы должны использовать (внедрить) систему проведения оценок экологического воздействия, которая будет охватывать целый спектр мероприятий, таких как проведение военных учений, испытание военной техники, удаление (военных) отходов и проведение инженерно-строительных работ. Меры, предусмотренные в Положениях, как представляется, касаются предконфликтных ситуаций, включая испытания ядерного оружия. Кроме того, они, судя по всему, (частично) удовлетворяют требованиям, изложенным в Дополнительном протоколе к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающемся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I).

28. Дания, Норвегия, Финляндия и Швеция уже давно занимаются экологическими вопросами в целом и вопросами охраны окружающей среды во время конфликта в частности. В 2011 году на тридцать первой Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца страны Северной Европы взяли на себя обязательство, помимо прочего, «провести исследование, в котором особое внимание уделялось бы актуальности существующей правовой базы с учетом задачи охраны окружающей природной среды в условиях современных вооруженных конфликтов и выявлению любых пробелов в этой области, а также содействовать проведению такого исследования»<sup>41</sup>. Такое исследование в настоящее время проводится Норвегией<sup>42</sup>.

29. На вооруженные силы Дании в целом распространяется действие национальных законов, касающихся

таких областей, как городское планирование, энергетика и охрана окружающей среды. Существуют, однако, и определенные исключения и положения, касающиеся непосредственно военных. В качестве примера можно привести в том числе требование о размещении ветровых турбин вблизи авиационных баз и учебных полигонов<sup>43</sup> и изъятия из закона о контроле опасных веществ, распространяющиеся на военные объекты и лагеря<sup>44</sup>. В числе национальных законов, касающихся охраны окружающей среды, следует упомянуть закон о возмещении экологического ущерба<sup>45</sup>, а также общий закон об охране окружающей среды, который, согласно его первой статье, призван способствовать охране природы и окружающей среды, с тем чтобы общество могло развиваться на устойчивой основе, обеспечивая при этом уважение человеческой жизни и охрану животного и растительного мира<sup>46</sup>.

30. Помимо национального законодательства, министерство обороны Дании также приняло ряд стратегий и нормативных актов, касающихся экологических вопросов. В экологической стратегии говорится, что Дания стремится обеспечить соответствие ее политики экологическим стандартам, установленным Международной организацией по стандартизации (ИСО)<sup>47</sup>. До конца 2018 года в целях внедрения системы экологического менеджмента все управления министерства обороны должны перейти на эти стандарты<sup>48</sup>. При участии в международных операциях Вооруженные силы Дании соблюдают ряд международных стандартов и положений, касающихся охраны окружающей среды, например стандарты НАТО<sup>49</sup>.

31. Большинство действующих в Финляндии законов об охране окружающей среды, принятых как на уровне Европейского союза, так и на национальном уровне, содержат ряд особых положений, касающихся военных. Силы обороны Финляндии по мере возможности соблюдают законы об охране окружающей среды. Теоретически изъятия из законов необходимы для того, чтобы законодательство в области охраны окружающей среды не ослабляло их функциональности и мобильности. Однако на практике такие

<sup>43</sup> Закон о воздушном сообщении № 1036 от 28 августа 2013 года, пункты 67–68 (на датском языке). Имеется по адресу [www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=158058](http://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=158058).

<sup>44</sup> Исполнительный указ о рисках (на датском языке). Имеется по адресу [www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=13011](http://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=13011).

<sup>45</sup> Закон Министерства юстиции № 225 от 6 апреля 1994 года о компенсации экологического ущерба (на датском языке). Имеется по адресу [www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=59346](http://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=59346).

<sup>46</sup> Закон об охране окружающей среды № 879 от 26 июня 2010 года. Имеется по адресу [www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=132218](http://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=132218).

<sup>47</sup> Дания, Министерство обороны, *Environment and Nature Strategy of the Ministry of Defence 2012–2015* (Copenhagen, 2012), p. 17. Имеется по адресу [www.fimn.dk/eng/news/Documents/Miljoe\\_og\\_naturstrategi\\_2012-2015\\_english.pdf](http://www.fimn.dk/eng/news/Documents/Miljoe_og_naturstrategi_2012-2015_english.pdf). Более подробную информацию о стандартах по охране окружающей среды ИСО см. в ISO, *Environmental Management: The ISO 14000 Family of International Standards*, имеется по адресу [www.iso.org/iso/theiso-14000family\\_2009.pdf](http://www.iso.org/iso/theiso-14000family_2009.pdf).

<sup>48</sup> Дания, Министерство обороны, *Environment and Nature Strategy of the Ministry of Defence 2012–2015* (см. сноску выше), p. 17.

<sup>49</sup> С дополнительной информацией об экологических стандартах и принципах НАТО можно ознакомиться, в частности, по адресу [www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_80802.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_80802.htm).

<sup>40</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет, 23-е заседание (A/C.6/68/SR.23), пункт 54.*

<sup>41</sup> Текст обязательства 1290, представленный правительствами Дании, Норвегии, Финляндии и Швеции и национальными обществами Красного Креста Дании, Норвегии, Финляндии и Швеции. Имеется по адресу [www.icrc.org/pledges](http://www.icrc.org/pledges).

<sup>42</sup> Провести это исследование Министерство иностранных дел Норвегии поручило Институту международного права и политики в Осло.



изъятия применяются нечасто. В качестве примера можно привести изъятия в отношении уровней шума, создаваемого истребителями, и изъятия из Закона об отходах<sup>50</sup>. К числу специальных нормативных актов относятся законы и декреты об охране природы в отдельных районах, позволяющие военным осуществлять свою деятельность в этих районах<sup>51</sup>. Важным изъятием на уровне Европейского союза является наличие в Регламенте Европейского союза о регистрации, оценке, разрешении и ограничении использования химических веществ специальных положений о веществах, используемых военными<sup>52</sup>.

32. В рамках процедуры оперативного планирования до начала проведения каких-либо операций или важных мероприятий по военной подготовке в Финляндии также проводится оценка экологических проблем и последствий, и Финляндия соблюдает положения действующих соглашений НАТО о стандартизации – документов с подробным описанием процесса такого планирования<sup>53</sup>. Кроме того, перед отправлением личного состава в международные операции проводятся базовые экологические исследования<sup>54</sup>.

33. Министерство обороны Финляндии проводит политику по публикации и периодическому обновлению своей Социально-экологической стратегии. И Силы обороны Финляндии, и строительное управление оборонного ведомства Финляндии имеют свои собственные экологические регламенты, разработанные на основе руководящих принципов ИСО. В некоторых гарнизонах используются сертифицированные ИСО системы экологического менеджмента, и администрация в целом соблюдает стандарты ИСО. Силы обороны Финляндии также осуществляют стратегический план по охране окружающей среды<sup>55</sup>, и в последнее время Силы на систематической основе разрабатывают меры по охране окружающей среды в районах расположения стрельбищ и полигонов для

испытания тяжелого оружия<sup>56</sup>. Кроме того, министерство обороны периодически публикует экологический доклад<sup>57</sup>.

34. Норвегия опубликовала руководство по охране окружающей среды в вооруженных силах<sup>58</sup>, а также план действий по этой же теме<sup>59</sup>. В последнем издании министерство обороны Норвегии отмечает, что из-за того, что многие экологические проблемы носят трансграничный характер, важно найти общие трансграничные решения<sup>60</sup>. Участие в международных миротворческих операциях также требует налаживания сотрудничества для разработки механизмов и целевых показателей в области охраны окружающей среды<sup>61</sup>.

35. В соответствии со стратегией экологического менеджмента, принятой в Вооруженных силах Норвегии, экологические факторы должны учитываться во всех процессах планирования и принятия решений<sup>62</sup>. Вооруженные силы разработали свою экологическую стратегию на основе стандартов ИСО в этой области<sup>63</sup>. Кроме того, Вооруженные силы создали базу экологических данных, в которую все подразделения должны регулярно вносить информацию о всех видах деятельности, продуктах и услугах, которые могут оказать воздействие на состояние окружающей среды<sup>64</sup>.

36. Вооруженные силы Норвегии проводили операции в районах, где возникновение конфликта было обусловлено нехваткой ресурсов; они и отмечают в руководстве, что вполне вероятно, что изменение климата будет продолжать сказываться на их деятельности в будущем: на операциях в районах, страдающих от нехватки ресурсов, или в связи с потоками беженцев, покидающих такие районы<sup>65</sup>. Поэтому Вооруженным силам исключительно важно располагать достаточной информацией о глобальных и местных экологических изменениях и условиях, с тем чтобы понимать предысторию соответствующего конфликта и не допустить ухудшения экологических условий в этих областях<sup>66</sup>.

<sup>50</sup> Закон об отходах 646/2011. Имеется по адресу [www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110646](http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110646).

<sup>51</sup> Электронная переписка между Министерством обороны Финляндии и Специальным докладчиком.

<sup>52</sup> См. Регламент (ЕС) № 1907/2006 Европейского парламента и Совета от 18 декабря 2006 года о регистрации, оценке, разрешении и ограничении оборота химических веществ (REACH), учреждающий Европейское химическое агентство, вносящий поправки в Директиву 1999/45/ЕС и отменяющий Регламент Совета (ЕЭС) № 793/93 и Регламент Комиссии (ЕС) № 1488/94, а также Директиву Совета 76/769/ЕЕС и Директивы Комиссии 91/155/ЕЕС, 93/67/ЕЕС, 93/105/ЕС и 2000/21/ЕС (*Official Journal of the European Union* L 396, 30 December 2006), статья 2, пункт 3 (относительно изъятий из Регламента, разрешенных в особых случаях, касающихся определенных веществ, когда это необходимо в интересах обороны).

<sup>53</sup> См. NATO, *Standard Agreement STANAG 7141: Joint NATO Doctrine for Environmental Protection During NATO-led Military Activities, Edition 6* (Brussels, 2014).

<sup>54</sup> Электронная переписка между Министерством обороны Финляндии и Специальным докладчиком. Следует также отметить, что, помимо этого, Министерство иностранных дел Финляндии выделяет значительные средства на деятельность ЮНЕП в области охраны окружающей среды при осуществлении операций по поддержанию мира.

<sup>55</sup> Warsta, "Towards sustainable defence—the strategic environmental protection plan of the Finnish defence forces".

<sup>56</sup> Согласно оценкам Министерства обороны Финляндии, в последнее время объем средств, выделяемых только на научно-исследовательские разработки и обустройство различных объектов в целях охраны окружающей среды, составляет около 6 или 7 млн. евро в год (электронная переписка между Министерством обороны Финляндии и Специальным докладчиком).

<sup>57</sup> См., например, доклад за период с 2010 по 2012 год (на финском языке). Имеется по адресу [www.defmin.fi/files/2585/Puolustushallinnon\\_ymparistoraportti2010\\_2012.pdf](http://www.defmin.fi/files/2585/Puolustushallinnon_ymparistoraportti2010_2012.pdf).

<sup>58</sup> Norwegian Armed Forces, *Håndbok, Miljøvern i Forsvaret* (Oslo, 2013).

<sup>59</sup> Norway, Ministry of Defence, *Handlingsplan-Forsvarets miljøvernarbeid*.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Norwegian Armed Forces, *Bestemmelser for miljøvern til bruk i Forsvaret* (Oslo, 2011), para. 3.1.

<sup>63</sup> Более подробную информацию о стандартах ИСО в области охраны окружающей среды см. в ISO, *Environmental Management: The ISO 14000 Family of International Standards* (сноска 47 выше).

<sup>64</sup> Norwegian Armed Forces, *Bestemmelser for miljøvern til bruk i Forsvaret* (см. сноску 62 выше), para. 3.3.

<sup>65</sup> Norwegian Armed Forces, *Håndbok. Miljøvern i Forsvaret* (см. сноску 58 выше), p. 17.

<sup>66</sup> *Ibid.*

37. В руководстве упоминаются многочисленные исследования ЮНЕП, касающиеся пагубного воздействия войны на окружающую среду, и отмечается, что деятельность Вооруженных сил Норвегии в других странах не должна приводить к истощению их экологических и природных ресурсов. При наличии расхождений между положениями, принятыми в Норвегии, и положениями, принятыми в районах проведения операций, насколько это возможно, должен применяться самый высокий стандарт с учетом оперативных потребностей и других соответствующих условий. Вместе с тем в руководстве также отмечается, насколько сложно в полной мере понять экологические условия в другой стране, и поэтому рекомендуется консультироваться с местными природоохранными учреждениями, или другими субъектами, располагающими соответствующей информацией по данному вопросу, с тем чтобы миссия могла в максимальной степени подстроиться под местные условия и не допустить нанесения ущерба окружающей среде<sup>67</sup>.

38. В рамках усилий по сокращению масштабов использования токсичных химикатов в 2005 году в Норвегии было запрещено использование свинцовых пуль, и было заключено добровольное соглашение о постепенном отказе от применения на учебных полигонах боеприпасов, содержащих свинец<sup>68</sup>.

39. На Вооруженные силы Швеции распространяется действие национального законодательства, а именно Экологического кодекса<sup>69</sup>, других национальных законов, положений об экологических разрешениях и внутренних правил. Экологические разрешения выдаются, как правило, соответствующим окружным административным советом в соответствии с Экологическим кодексом<sup>70</sup>. Командир каждого подразделения несет личную ответственность за неукоснительное соблюдение требований, перечисленных в экологическом разрешении<sup>71</sup>.

40. Вооруженные силы Швеции, Финляндии и Соединенных Штатов опубликовали руководство и совместный документ о комплексе мер по охране окружающей среды<sup>72</sup>. В этих материалах акцент делается на том, как важно не допустить нанесения ущерба окружающей среде, например путем проведения оценок рисков нанесения ущерба природной окружающей среде. В документе о комплексе мер по охране окружающей среды особое внимание уделяется следующим техническим вопросам: удаление твердых отходов, удаление опасных материалов и отходов, водоснабжение и удаление сточных вод, предотвращение разливов и разработка мер реагирования, охрана культурных ценностей и природных

ресурсов<sup>73</sup>. Вооруженные силы Швеции также взаимодействуют с вооруженными силами Норвегии и другими субъектами в рамках совместных военных учений «Холодный ответ», проходящих в северной части Норвегии. Это привело к существенному сокращению ущерба, наносимого территории проведения учений<sup>74</sup>.

41. Начиная с 2006 года Шведское агентство оборонных исследований ведет работу по обеспечению учета экологических аспектов в деятельности миротворческих миссий Организации Объединенных Наций и повышению уровня осведомленности о важной роли экологических аспектов как причины конфликта и как фактора обеспечения успешного проведения миссии<sup>75</sup>. Оно содействовало подготовке доклада *Greening Peace Operations—Policy and Practice* («Экологизация миротворческих операций – стратегия и практика»)<sup>76</sup>.

42. Специальный докладчик получила не только информацию от государств, но и информацию непосредственно от международных организаций и информацию, с ними связанную.

#### А. Миротворческие операции Организации Объединенных Наций

43. Экологические факторы также играют важную роль в контексте миротворческих операций Организации Объединенных Наций. И Департамент операций по поддержанию мира, и Департамент полевой поддержки прямо признают потенциальную возможность нанесения операциями по поддержанию мира ущерба окружающей среде на местах. Поэтому они активно сотрудничают в деле обеспечения экологической устойчивости. Они совместно разработали общую стратегию решения экологических проблем. Оба департамента и их партнеры недавно отметили необходимость использования более четких и системных подходов к проведению экологических оценок и контролю и анализу в рамках общей системы управления оперативной деятельностью.

44. Прделанная работа является частью инициативы Генерального секретаря «Экологизация под флагом Организации Объединенных Наций». В мае 2012 года ЮНЕП опубликовала доклад *Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and*

<sup>73</sup> *Environmental Toolbox for Deploying Forces*, подготовлено в рамках программы трехстороннего сотрудничества экспертов по охране окружающей среды из оборонных ведомств Финляндии, Швеции и Соединенных Штатов. См. [www.defmin.fi/files/2505/02\\_Heikkila\\_Sami.pdf](http://www.defmin.fi/files/2505/02_Heikkila_Sami.pdf).

<sup>74</sup> В связи с тем, что сформировалось более полное представление об экологических издержках и убытках и возможностях их недопущения, с течением времени расходы, согласно оценкам, сократились с около 10 млн. шведских крон до приблизительно 1–2 млн. шведских крон.

<sup>75</sup> Швеция начала вести соответствующую деятельность еще несколько десятилетий назад через организацию – предшественницу Агентства оборонных исследований.

<sup>76</sup> Waleij and others, *Greening Peace Operations—Policy and Practice*. Агентство оборонных исследований является партнером Департамента операций по поддержанию мира и Департамента полевой поддержки.

<sup>67</sup> *Ibid.*, pp. 48–49.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>69</sup> Швеция, Свод законов, Экологический кодекс (SFS 1998:808).

<sup>70</sup> Экологический кодекс, глава 9, статья 8.

<sup>71</sup> Электронная переписка между Министерством обороны Швеции и Специальным докладчиком.

<sup>72</sup> *Environmental Guidebook for Military Operations* (2008). Имеется по адресу [www.defmin.fi/files/1256/Guidebook\\_final\\_printing\\_version.pdf](http://www.defmin.fi/files/1256/Guidebook_final_printing_version.pdf).

*UN Peacekeeping Operations* («Экологизация деятельности миротворцев: окружающая среда, природные ресурсы и миротворческие операции Организации Объединенных Наций»). В докладе среди прочего четко определяется та важная роль, которую миротворческие операции Организации Объединенных Наций могут играть в изучении и решении таких вопросов, как обеспечение в миссиях Организации Объединенных Наций по стабилизации надлежащих санитарных условий для того, чтобы не допустить загрязнения местных водных путей<sup>77</sup>, а также предотвращение обезлесения и незаконной торговли природными ресурсами в Демократической Республике Конго<sup>78</sup>.

## В. Организация Североатлантического договора

45. При разработке всех оперативных планов НАТО в обязательном порядке учитываются экологические аспекты. Эти аспекты обозначены в Военных принципах и правилах НАТО в области охраны окружающей среды<sup>79</sup>, где отмечается, что вопросы охраны окружающей среды во всем мире «приобретают все большее значение» и что «все больше и больше внимания продолжает уделяться правовым и регулятивным аспектам деятельности по недопущению нанесения экологического ущерба при осуществлении запланированных мероприятий и смягчению последствий деятельности, сопряженной с большим риском»<sup>80</sup>. Касательно осуществления в этом документе отмечается, что учетом этих принципов и правил в стратегиях, директивах и процедурах после согласования с государствами занимается стратегическое командование и что странам – членам и странам – партнерам НАТО рекомендуется соответствующим образом адаптировать эти стандарты<sup>81</sup>.

46. Обширный перечень других ссылок и документов, подготовленный НАТО по этому и смежным вопросам, свидетельствует о том, насколько глубоко

<sup>77</sup> Jensen and Halle, *Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*, pp. 8 and 33.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>79</sup> NATO Military Principles and Policies (MC 0469/1), October 2011.

<sup>80</sup> Пункт 1.

<sup>81</sup> Пункт 9.

и широко НАТО рассматривает эти вопросы<sup>82</sup>. Так, в соглашениях НАТО о статусе сил и других аналогичных документах содержатся положения об охране окружающей среды. Кроме того, НАТО осуществляет ряд соглашений о стандартизации, касающихся различных вопросов охраны окружающей среды<sup>83</sup>.

## С. Выводы и оговорка

47. Очевидно, что той ограниченной информации о практике и нормах, применяемых в мирное время и при осуществлении международных миротворческих операций, которая была получена от государств, недостаточно для того, чтобы вынести утверждение о наличии общей универсальной практики. Нет и свидетельств существования соответствующих норм международного обычного права. Тем не менее эта информация свидетельствует об осведомленности государств и международных организаций об этой проблеме и их четко выраженном стремлении учитывать экологические аспекты при планировании и проведении военных операций в мирное время. С учетом того, когда были приняты эти законы и нормы, явление это является новым, и оно отражает факт общего осознания того, что экологические проблемы игнорировать нельзя. Невозможно представить себе осуществление программ военного сотрудничества и миротворческих операций без проведения перед этим анализа экологических проблем. Особый интерес представляет то обстоятельство, что примеры поступают из различных регионов. Одним из примеров является подробная информация, представленная странами Северной Европы. Однако подобную информацию, вероятно, могут представить и другие регионы.

48. Специальный докладчик по-прежнему убеждена в том, что все больше государств уже продвинулись или движутся в том же направлении, и поэтому была бы признательна, если бы государства, которые еще не ответили на просьбу Комиссии, представили соответствующую информацию. Государства и организации также могут обращаться непосредственно к Специальному докладчику.

<sup>82</sup> С дополнительной информацией о природоохранной политике НАТО можно ознакомиться по адресу [www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_80802.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_80802.htm).

<sup>83</sup> Электронная переписка между Управлением по правовым вопросам НАТО и Специальным докладчиком.

## ГЛАВА V

### Цель настоящего доклада

49. В настоящем предварительном докладе представлен общий обзор фазы I в контексте вышеуказанной темы, т. е. анализ соответствующих норм и принципов, применимых в ситуациях, которые могут привести к вооруженному конфликту (обязательства, действующие в мирное время). Поскольку внимание в настоящем докладе сосредоточено на фазе I, в нем не будут освещаться собственно меры, которые следует принимать во время или после вооруженного

конфликта, даже если принятие таких мер требует подготовительных действий до начала вооруженного конфликта.

50. В настоящем докладе не содержится общей истории вопроса и обоснования выбора данной темы. Специальный докладчик полагает, что повторяться в этом случае было бы нецелесообразным, и предпочитает сослаться на план разработки темы,

содержащийся в докладе Комиссии о работе ее шестьдесят третьей сессии<sup>84</sup>. Это означает, что в настоящем докладе отсутствуют ссылки на деятельность других органов, таких как МККК. Кроме того, в настоящем докладе не рассматриваются такие важные документы, как Декларация Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды (Стокгольмская декларация)<sup>85</sup> и Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию<sup>86</sup>.

51. При составлении настоящего доклада Специальный докладчик приняла во внимание следующее:

a) мнения, высказанные в ходе неофициальных консультаций в рамках Комиссии;

b) мнения, выраженные государствами в Шестом комитете;

c) письменную информацию, представленную государствами в ответ на просьбу Комиссии и включенную в главу III доклада Комиссии о работе ее шестьдесят пятой сессии;

d) сведения, полученные в результате прямых контактов с государствами и международными организациями.

52. В настоящем докладе будут рассмотрены некоторые аспекты, имеющие отношение к сфере охвата и методологии, а также использование определенных терминов и источники, которые следует принять во внимание, прежде чем приступить к обсуждению вопроса о том, как данная тема соприкасается с некоторыми другими темами, ранее рассматривавшимися Комиссией, в частности:

a) последствия вооруженных конфликтов для международных договоров;

b) несудоходные виды использования международных водотоков;

c) общие природные ресурсы;

d) предотвращение трансграничного вреда от опасных видов деятельности и распределение убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> См. сноску 1 выше.

<sup>85</sup> См. Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды, Стокгольм, 5–16 июня 1972 года (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под No. R.73.II.A.14), глава I.

<sup>86</sup> Перечень договоров и политических деклараций см. в Ежегоднике... 2011 год, том II (часть вторая), стр. 257, приложение V, дополнение I.

<sup>87</sup> Специальный докладчик при содействии Секретариата выделила ранее рассмотренные Комиссией вопросы, которые могут оказаться актуальными в контексте данной темы.

53. В настоящем докладе также содержится информация о текущей работе Комиссии, которая может иметь непосредственное отношение к данной теме. Автор доклада не преследует цель в очередной раз изложить суть работы Комиссии. Настоящий документ призван напомнить об уже проделанной работе, с тем чтобы обеспечить необходимую степень согласованности.

54. В настоящем докладе будет положено начало процессу разработки содержания фазы I путем выявления действующих правовых обязательств и принципов, вытекающих из норм международного экологического права, которыми можно было бы руководствоваться при разработке превентивных мер, принимаемых в целях уменьшения негативных экологических последствий потенциального вооруженного конфликта. Особое значение имеют принципы и правила, касающиеся предупредительных и профилактических мер, которые будут освещены более подробно. Кроме того, в докладе будут кратко изложены действующие правовые обязательства, имеющие отношение к данной теме и связанные с другими областями международного права, в том числе с правами человека. Здесь же будет рассмотрена и концепция устойчивого развития.

55. Поскольку законы мирного времени полностью применимы в случаях отсутствия текущего вооруженного конфликта, задача состоит в том, чтобы определить те нормы и принципы мирного времени, которые имеют отношение к рассматриваемой теме. На данном этапе работы было бы преждевременным пытаться оценить, в какой степени эти нормы могут продолжать применяться (или иметь влияние) во время и после вооруженных конфликтов. Например, принцип предосторожности и требование о проведении оценок воздействия на окружающую среду имеют свои аналоги в международном гуманитарном праве, однако такие нормы права, применяемого в период вооруженного конфликта, отнюдь не идентичны обязательствам, действующим в мирное время. При этом в отдельных аспектах предмет и цель таких обязательств, действующих в военное и мирное время, несомненно, весьма схожи, и сопоставление таких норм будет проведено в одном из последующих докладов, посвященных фазе II в контексте данной темы.

56. В настоящем докладе Специальный докладчик стремится ограничиться изложением наиболее важных принципов, концепций и обязательств, не занимаясь определением того, какие из конвенций продолжают применяться во время вооруженных конфликтов. Исходя из этого, Специальный докладчик не будет перечислять все международные и двусторонние соглашения, регулирующие охрану окружающей среды и соблюдение прав человека<sup>88</sup>. Эти договоры в полной мере применимы в мирное время, которому в настоящем докладе уделено основное внимание.

<sup>88</sup> Обзор соответствующих договоров и недоговорной практики содержится в плане рассмотрения данной темы; см. сноску 86 выше.

57. Следует напомнить о том, что особое значение для рассматриваемой темы имеет период с 1976 года по настоящее время. В 1976 году была принята Конвенция о воздействии на природную среду, а год спустя – Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I). Оба этих правовых документа имеют большое значение, поскольку они стали первыми правовыми документами, положения которых предусматривали

меры по охране окружающей среды во время вооруженного конфликта<sup>89</sup>. Они являлись порождением той эпохи в том смысле, что отражали в тот период интересы международного сообщества и его обеспокоенность состоянием окружающей среды<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> На момент подготовки настоящего доклада к Протоколу присоединилось 174 государства, а к Конвенции – 76 государств.

<sup>90</sup> Об этом говорится в плане рассмотрения темы; см. сноску 1 выше.

## ГЛАВА VI

### Некоторые соображения относительно сферы применения, методологии и итогов рассмотрения темы, сформулированные по результатам предыдущих обсуждений в рамках Комиссии и Организации Объединенных Наций

58. Вопросы, касающиеся сферы применения, методологии и намеченных итогов деятельности, которая будет осуществляться в связи с этой темой, обсуждались в ходе консультаций на шестьдесят пятой сессии Комиссии (2013 год)<sup>91</sup>. Специальный докладчик остается при своем мнении, впервые высказанном на этой сессии, относительно того, что данную тему следует рассматривать через призму времени, а не с точки зрения того или иного режима международного права, например, экологического права, права вооруженного конфликта и права в области прав человека. В связи с этим предлагается, чтобы Комиссия занялась рассмотрением данной темы в хронологической последовательности, выделив три фазы: до, во время и после вооруженного конфликта (соответственно фазы I, II и III). Предлагаемый подход позволил бы более конкретно обозначить круг рассматриваемых вопросов и четче определить охват темы. С его помощью Комиссия сможет более конкретно обозначить круг правовых вопросов, которые имеют отношение к данной теме и возникают на разных стадиях, связанных с вооруженным конфликтом. Кроме того, он позволил бы упростить разработку конкретных выводов или руководящих указаний.

59. Специальный докладчик также считает, что основное внимание в работе следует уделить фазе I, т. е. обязательствам мирного времени, актуальным в условиях потенциального вооруженного конфликта, а также фазе III, т. е. мерам на постконфликтном этапе. При рассмотрении фазы II было бы особенно полезно сосредоточить внимание на ситуациях вооруженных конфликтов немеждународного характера.

60. На шестьдесят пятой сессии члены Комиссии в целом приветствовали подход к рассмотрению данной темы в привязке к «временным» фазам, однако по вопросу об относительной значимости каждой из

фаз мнения разделились. Некоторые из членов считали фазу II (правила, применимые во время вооруженного конфликта) наиболее важной. По мнению других членов, наиболее важными являются фаза I, либо фаза III, или обе эти фазы. Расхождения во мнениях между членами Комиссии были аналогичны тем, которые возникли между государствами в ходе прений в Шестом комитете.

61. Вместе с тем выше Специальный докладчик уже отмечала, что применение подхода к рассмотрению темы в привязке к фазам будет способствовать работе Комиссии, однако провести четкие границы между разными фазами не представляется возможным. Такое деление было бы искусственным и неточно отражало бы то, как на практике действуют соответствующие правовые нормы. Так, право вооруженных конфликтов включает в себя нормы, применимые до, во время и после вооруженного конфликта. Поэтапный хронологический подход позволяет более конкретно обозначить круг вопросов рассматриваемой темы и четче определить ее охват. По мере продвижения работы станет ясно, каким образом правовые нормы, относящиеся к различным временным фазам, перетекают друг в друга.

62. В конечном итоге, несмотря на относительную значимость, придаваемую каждому этапу, отправная точка для рассмотрения Комиссией данной темы должна оставаться неизменной: Комиссия не намерена и не может позволить себе изменять нормы права, действующего в период вооруженных конфликтов. Вместо этого предлагается сосредоточить основное внимание в работе Комиссии на выявлении и уточнении руководящих принципов и/или обязательств, которые касаются охраны окружающей среды и вытекают из норм международного права в контексте а) подготовки к потенциальным вооруженному конфликту; б) ведения вооруженного конфликта; и в) мер на этапе после конфликта в связи с экологическим ущербом.

<sup>91</sup> См. сноску 1 выше. Обсуждения проводились на основе подготовленного Председателем неофициального рабочего документа, который было решено рассматривать совместно с планом рассмотрения темы, представленным в 2011 году.

63. Прежде чем продолжить, будет уместно перечислить ряд конкретных разделов, которые Специальный докладчик рекомендует не включать в сферу охвата этой темы. При выработке формулировок конкретных руководящих принципов или выводов (или заключительного документа какого-либо иного формата, в котором могли бы быть представлены итоги рассмотрения этой темы) Специальный докладчик руководствуется тем, что, исходя из практических, процедурных и объективных соображений, охват темы следует ограничивать, поэтому некоторые разделы необходимо исключить или подходить к ним с осторожностью.

64. Прежде всего, в ходе работы над этой темой предлагается не рассматривать ситуации, в которых негативное воздействие на окружающую среду, включая эксплуатацию природных ресурсов, является причиной или одним из факторов возникновения вооруженного конфликта. Специальный докладчик полагает, что обсуждение коренных причин вооруженного конфликта выходит за рамки настоящей темы. Между тем это не означает, что такие вопросы не являются важными сами по себе<sup>92</sup>.

65. Кроме того, Специальный докладчик не считает нужным рассматривать в рамках этой темы вопрос о защите культурного наследия. Защита культурных ценностей жестко регулируется положениями конкретных международных конвенций, в первую очередь конвенций, принятых ЮНЕСКО, и такие положения охватывают как мирное время, так и ситуации вооруженного конфликта<sup>93</sup>. Вместе с тем следует отметить, что одно из государств<sup>94</sup> и ряд членов Комиссии призвали Специального докладчика рассмотреть вопрос о культурном наследии в рамках данной темы.

66. В ходе неофициальных консультаций, состоявшихся в рамках Комиссии в прошлом году, некоторые члены рекомендовали воздержаться от рассмотрения вопроса об оружии, в то время как ряд других членов высказался за рассмотрение этого вопроса. Аналогичная ситуация наблюдалась в ходе прений в Шестом комитете<sup>95</sup>. Специальный докладчик по-прежнему придерживается мнения о том, что в рамках данной темы не следует подробно рассматривать вопрос о последствиях применения того или иного вида

оружия. Также не следует делать вопрос об оружии предметом отдельного рассмотрения. В соответствии с нормами права вооруженных конфликтов, применимыми в период вооруженного конфликта, в отношении всех видов оружия действует один и тот же правовой принцип, а именно безусловный запрет на применение оружия, снарядов, материалов и методов ведения военных действий, способных причинить чрезмерные повреждения или излишние страдания. Также запрещается применять оружие, которое не дает возможности проводить различие между гражданскими и военными целями и воздействием которого не может быть ограничено. Вопросы, касающиеся конкретных видов оружия, подпадающих под этот запрет, всегда служили предметом разногласий. Исходя из этого, государства решили подписать конкретные договоры по отдельным видам оружия, таким как разрывные пули, химическое оружие, противопехотные мины и ослепляющее лазерное оружие. Кроме того, приводимые государствами обоснования для заключения таких соглашений не всегда совпадают. В частности, мнения могут расходиться относительно того, как следует рассматривать соглашения и конкретные положения: в качестве меры разоружения, в качестве меры в контексте права вооруженных конфликтов или в качестве обеих этих мер? Этот гибкий подход оказался исключительно ценным для достижения конечной цели, а именно запрещения или ограничения применения конкретных видов оружия.

67. И наконец, Специальный докладчик считает, что к вопросу о беженском праве, и в частности о воздействии беженцев и внутренне перемещенных лиц на окружающую среду, следует подходить с осторожностью. Люди могут становиться беженцами и внутренне перемещенными лицами по целому ряду причин, некоторые из которых никак не связаны с вооруженным конфликтом. То или иное лицо может находиться в лагере беженцев независимо от наличия у него статуса беженца. В то же время следует признать, что миллионы людей вынуждены покидать свои дома вследствие вооруженного конфликта, становясь беженцами или внутренне перемещенными лицами. Воздействие на окружающую среду лиц, покидающих свои места проживания, а также лагерей беженцев и внутренне перемещенных лиц может быть значительным и повлечь за собой выставление требований о возмещении ущерба в связи с приведением земель в непригодное состояние<sup>96</sup>. Некоторые члены Комиссии и ряд государств полагают, что такие вопросы подлежат рассмотрению, и Специальный докладчик соглашается с тем, что эту проблему нельзя полностью игнорировать. Тем не менее, принимая во внимание сложность этой темы и меры правовой защиты, действующие в отношении жертв войны, Специальный докладчик считает, что к таким вопросам следует подходить с осторожностью.

<sup>92</sup> Относительно обновленной информации о дискуссии см. *Das, Environmental Protection, Security and Armed Conflict: A Sustainable Development Perspective*, и в частности анализ таких вопросов, как раннее предупреждение, раннее реагирование и предотвращение угроз экологической безопасности (chap. 3, p. 66 *et seq.*).

<sup>93</sup> Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта и протоколы к ней (1954 и 1999 год). Одна из задач Комитета по защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта заключается в осуществлении контроля за выполнением Второго протокола. ЮНЕСКО располагает надежной системой, которая позволяет оказывать помощь в деле защиты культурного наследия в том числе и во время вооруженных конфликтов, в частности посредством чрезвычайных мер. С информацией о деятельности ЮНЕСКО можно ознакомиться по адресу [www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage](http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage).

<sup>94</sup> Италия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет, 24-е заседание (A/C.6/68/SR.24)*, пункт 4.

<sup>95</sup> См. главу II выше.

<sup>96</sup> Этот факт признается в плане рассмотрения темы (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 252, приложение V, пункт 10).

## ГЛАВА VII

## Употребление терминов

68. Одним из вопросов для предварительного обсуждения, который требует внимания на данном этапе, является определение таких ключевых терминов, как «вооруженный конфликт» и «окружающая среда». В целях упрощения процесса обсуждения ниже приведены проекты предлагаемых определений. На данном этапе работы подготовка этих проектов не преследует цель получить санкцию Комиссии на представление этих определений редакционному комитету. Такая мера была бы преждевременной. Нередки случаи, когда определения требуют доработки и утверждения, после того как работа уже достигла продвинутой стадии, на которой становится возможным получить более полное представление о направлении этой работы. В то же время важно услышать предварительные мнения членов Комиссии относительно проектов предлагаемых определений, представленных в настоящем докладе. Кроме того, важно пояснить некоторые вопросы, которые могут возникнуть при определении указанных терминов. В основе этих предложений лежат принятые ранее Комиссией определения. Нет необходимости говорить о том, что эти определения были приняты в конкретном контексте и с учетом цели того рабочего процесса, элементом которого они являлись. Тем не менее они являются полезными, особенно в свете значительных усилий, затраченных Комиссией на их разработку.

## А. «Вооруженный конфликт»

69. В проекте статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров Комиссия дала следующее определение понятию «вооруженный конфликт»:

...«Вооруженный конфликт» означает ситуацию, в которой имеет место применение вооруженной силы между государствами или длительное применение вооруженной силы между правительственными властями и организованными вооруженными группами<sup>97</sup>.

70. Определение было разработано для проекта статей. В комментариях поясняется, что оно соответствует определению, использованному Международным трибуналом по бывшей Югославии при вынесении решения по делу *Тадич*<sup>98</sup>. Однако заключительные слова «определения», приведенного Трибуналом, опущены. В решении по делу *Тадич* Трибунал трактует вопрос о наличии вооруженного конфликта следующим образом:

...Вооруженный конфликт имеет место во всех случаях, когда в отношениях между государствами применяется вооруженная сила или имеет место длительное применение вооруженной силы между правительственными властями и организованными вооруженными группами или между такими группами внутри какого-либо государства\*.

<sup>97</sup> Там же, стр. 126, пункт 100, проект статьи 2 b).

<sup>98</sup> International Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule"*, Case No. IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, *Judicial Reports 1994–1995*, vol. I, p. 429, para. 70.

71. При рассмотрении вопроса о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров Комиссия постановила опустить слова, завершающие определение («или между такими группами внутри какого-либо государства»), поскольку проекты статей разрабатывались исключительно для применения в ситуациях с участием по меньшей мере одного государства – участника договора<sup>99</sup>. По результатам углубленного анализа и продолжительных обсуждений это определение было принято. Тем не менее оно представляет собой отход от толкований термина «вооруженный конфликт», содержащихся в других договорах<sup>100</sup>. Одним из ярких примеров тому является Римский статут Международного уголовного суда. Этот Суд, в частности, обладает юрисдикцией в отношении серьезных нарушений законов и обычаев, применяемых в период вооруженных конфликтов немеждународного характера. В силу вышесказанного пункт 2 f) статьи 8 Римского статута применяется в отношении «вооруженных конфликтов, которые имеют место на территории государства, когда имеет место длительный вооруженный конфликт между правительственными властями и организованными вооруженными группами или между самими группами». Он не применяется «к случаям нарушения внутреннего порядка и возникновения напряженности, таким как беспорядки, отдельные и спорадические акты насилия или иные акты аналогичного характера»<sup>101</sup>. Таким образом, определение данного термина в Римском статуте почти идентично тому, которое было использовано Международным трибуналом по бывшей Югославии в деле *Тадич*. В то же время определение Трибунала отличается от определения, предложенного МККК<sup>102</sup>, и от определения, предложенного Институтом международного права<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 129, пункт 4) комментария к проекту статьи 1 проекта статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров.

<sup>100</sup> См., например, общие статьи 2 и 3 Женевских конвенций о защите жертв войны и статью 1 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II).

<sup>101</sup> Статья 8, пункт 2 f).

<sup>102</sup> МККК предложил следующие определения в документе “How is the term ‘armed conflict’ defined in international humanitarian law?”, ICRC Opinion Paper, March 2008 (имеется по адресу [www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf)):

«1. Международные вооруженные конфликты имеют место во всех случаях, когда в отношениях между двумя или более государствами применяется вооруженная сила.

2. Немеждународными вооруженными конфликтами называются длительные вооруженные столкновения, происходящие между правительственными вооруженными силами и силами одной и более вооруженных групп или между такими группами на территории какого-либо государства [– участника Женевских конвенций]. Вооруженное столкновение должно достигнуть определенного минимального уровня интенсивности, а вовлеченные в конфликт стороны должны обладать определенным минимальным уровнем организации».

<sup>103</sup> Резолюция от 28 августа 1985 года о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров (Institute of International Law, *Yearbook*, vol. 61, Part II, Session of Helsinki (Paris, Pedone, 1986)). Имеется на веб-сайте: [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org).

72. Приведенный выше краткий обзор использования термина «вооруженный конфликт» указывает на то, что применение определения, содержащегося в проекте статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, может оказаться недостаточным. Для целей рассмотрения данной темы это определение необходимо изменить, чтобы учесть те конфликты, которые происходят между организованными вооруженными группами или между такими группами внутри какого-либо государства. Это позволило бы согласовать или сблизить вышеизложенное определение с определением, использованным в деле *Тадич* и содержащимся в настоящее время в тексте Римского статута.

73. Таким образом, Комиссия может выбрать один из следующих возможных вариантов действий:

a) принять определение, приведенное в статье 2 проектов статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, после чего внести изменения, распространив его на ситуации, в которых вооруженный конфликт происходит без участия какого-либо государства;

b) сформулировать два отдельных определения, одно для международных вооруженных конфликтов, а другое – для вооруженных конфликтов немеждународного характера;

c) сформулировать новое определение для целей работы над этой темой; или

d) полностью отказаться от разработки определения «вооруженный конфликт».

74. Специальный докладчик предлагает Комиссии отойти от определения, содержащегося в статье 2 проектов статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, чтобы охватить те ситуации, в которых вооруженный конфликт происходит без участия какого-либо государства. Это позволило бы обеспечить учет вооруженных конфликтов немеждународного характера. Следует отметить, что между проектами статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров и работой, которой посвящен настоящий документ, существует тесная связь. Именно с учетом данного обстоятельства любые отклонения от этих проектов статей должны быть обоснованы и разъяснены.

75. Вторым вариантом заключался бы в разработке двух определений, одного для международных вооруженных конфликтов, а другого – для вооруженных конфликтов немеждународного характера. Определение вооруженного конфликта немеждународного характера, предложенное МККК, является более точным, чем «определение», приведенное в деле *Тадич*. В первую очередь это обусловлено тем, что в определении МККК упоминаются определенные пороговые уровни. Для целей настоящей темы было бы достаточно охватить обе категории конфликтов в одном определении.

76. Третий вариант, а именно разработка совершенно нового определения для целей работы над этой темой, представляется Специальному докладчику менее перспективным. Значительно более конструктивным было бы отталкиваться от ранее согласованных определений и постараться скорректировать работу Комиссии исходя из тех определений, которые уже были утверждены. Добавление еще одного определения чревато возникновением путаницы.

77. И последний вариант – это полностью отказаться от разработки определения «вооруженный конфликт». Итоги рассмотрения этой темы будут зависеть от закрепленных ранее определений, а также от любых дальнейших уточнений, вытекающих из положений новых договоров и судебных прецедентов.

78. С учетом вышесказанного предлагается использовать этот термин следующим образом:

«Вооруженный конфликт» означает ситуацию, в которой имеет место применение вооруженной силы между государствами или длительное применение вооруженной силы между правительственными властями и организованными вооруженными группами или между такими группами внутри какого-либо государства».

## В. «Окружающая среда»

79. Ранее Комиссия уже сформулировала следующее определение понятия «окружающая среда» в контексте разработки проектов принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности:

...Понятие «окружающая среда» включает природные ресурсы, как абиотические, так и биотические, такие как воздух, вода, почва, фауна и флора, и взаимодействие между этими факторами, и характерные аспекты ландшафта<sup>104</sup>.

80. Комиссия отметила, что международно признанного определения окружающей среды не существует, но сочла целесообразным утвердить «рабочее определение»<sup>105</sup>. При этом Комиссия приняла решение в пользу расширенного определения. Это означает, что определение не ограничивается природными ресурсами, такими как воздух, почва, вода, фауна и флора, и их взаимодействием. Более широкое определение, утвержденное Комиссией, также охватывает экологические ценности. Комиссия решила включить в него «такие неутилитарные ценности, как эстетические аспекты ландшафта»<sup>106</sup>. Сюда входит пользование природой в силу ее природной красоты и связанных

<sup>104</sup> *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 68, проект принципа 2 b).

<sup>105</sup> Там же, стр. 81, пункт 19) комментария к проекту принципа 2.

<sup>106</sup> Там же, стр. 82, пункт 20) комментария к проекту принципа 2. Здесь уместно сослаться на источники, в которых содержится обоснование концептуального анализа, лежащего в основе режимов ответственности за ущерб, причиненный биоразнообразию. См., в частности, Bowman, "Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm". Для ознакомления с другими подходами к определению экологического ущерба см., например, Sands, *Principles of International Environmental Law*, pp. 876–878.



с нею рекреационных условий и возможностей. Такой более широкий подход оправдан общим и остаточным характером проектов принципов<sup>107</sup>.

81. При разработке вышеупомянутого определения Комиссия, в частности, использовала Конвенцию об охране всемирного культурного и природного наследия. Для целей этой Конвенции понятие «природное наследие» было определено следующим образом:

– природные памятники, созданные физическими и биологическими образованиями или группами таких образований, имеющие выдающуюся универсальную ценность с точки зрения эстетики или науки;

– геологические и физиографические образования и строго ограниченные зоны, представляющие ареал подвергающихся угрозе видов животных и растений, имеющих выдающуюся универсальную ценность с точки зрения науки или сохранения;

– природные достопримечательные места или строго ограниченные природные зоны, имеющие выдающуюся универсальную ценность с точки зрения науки, сохранения или природной красоты<sup>108</sup>.

82. Принимая такой комплексный подход, Комиссия руководствовалась обоснованием, приведенным Международным судом в деле *Габчиково – Надьмарош*:

...Памятует о том, что в области охраны окружающей среды необходимо проявлять бдительность и предосторожность в силу часто необратимого характера ущерба, причиняемого окружающей среде, и ограничений, присущих самому механизму возмещения такого рода ущерба<sup>109</sup>.

83. Определение окружающей среды, сформулированное Комиссией, является тщательно проанализированным, обоснованным и понятным. Исходя из этого, Специальный докладчик предлагает использовать это определение в качестве отправной точки для рассмотрения данной темы. В то же время следует отметить, что в одном из наиболее важных положений, касающихся охраны окружающей среды в контексте права вооруженных конфликтов, говорится о «природной среде», а не просто об «окружающей среде». В соответствии с пунктом 3 статьи 35 («основными нормами») Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), «запрещается применять методы или средства ведения военных действий, которые имеют своей целью причинить или, как можно ожидать, причинят обширный, долговременный и серьезный ущерб *природной среде\**». В комментарии МККК к этой статье даются некоторые разъяснения относительно использования определительного слова «природная». «Природная среда» отличается от «окружающей человека среды». «Природной средой» называется «система неразрывных взаимосвязей между живыми организмами и окружающей их неорганической средой», тогда как под воздействием

<sup>107</sup> *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 81–82, пункт 20) комментария к проекту принципа 2.

<sup>108</sup> Статья 2 Конвенции.

<sup>109</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7., at para. 140. В этой связи Суд также сослался на необходимость держать в поле зрения межпоколенческие и внутрипоколенческие интересы и диктуемое сегодняшним днем требование относительно внедрения концепции устойчивого развития.

на «окружающую человека среду» понимается воздействие на «внешние условия и факторы, влияющие на жизнь, развитие и выживание гражданского населения и живых организмов»<sup>110</sup>. В принятой ранее Конвенции о воздействии на природную среду понятие «окружающая среда» приводится без какого бы то ни было определения<sup>111</sup>.

84. Исходя из вышесказанного, Комиссия, как и в случае с определением понятия «вооруженный конфликт», может выбрать один из следующих вариантов:

a) использовать определение, приведенное в тексте проектов принципов, касающихся распределения убытков от трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности;

b) видоизменить определение, приведенное в тексте проектов принципов, касающихся распределения убытков от трансграничного ущерба, причиненного в результате опасных видов деятельности, если этого потребует предстоящая работа;

c) сформулировать новое определение для целей работы над этой темой; или

d) не разрабатывать определение «окружающая среда».

85. Следует отметить, что Комиссия не разработала определение «окружающая среда» при разработке статей по праву несудоходных видов использования международных водотоков. Вместе с тем этот термин часто используется. То же касается и проектов статей по праву трансграничных водоносных горизонтов. В рамках рассматриваемой темы определение может служить ценным инструментом для уточнения сферы охвата выводов, сделанных Комиссией.

86. Специальный докладчик считает, что определение, содержащееся в тексте проектов принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности, является важной отправной точкой, исходя из чего предлагается следующее определение термина «окружающая среда»:

«Понятие “окружающая среда” включает природные ресурсы, как абиотические, так и биотические, такие как воздух, вода, почва, фауна и флора, и взаимодействие между этими факторами и характерные аспекты ландшафта».

<sup>110</sup> Комментарий МККК к статье 35 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), пункт 1451. К понятию «природная среда» отсылает преамбула к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие.

<sup>111</sup> В связи с принятием статьи 35 обсуждалось более широкое определение понятия «окружающая среда», содержащееся в Конвенции; см., в частности, комментарий МККК к статье 35 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), пункты 1450–1452.

## ГЛАВА VIII

**Источники и другие справочные материалы для работы по теме**

87. Работа по данной теме в силу необходимости будет основываться, в частности, на договорном праве, практике государственных и международных организаций, международном обычном праве, общих принципах международного права, решениях судов и трибуналов и юридических трудах. Следует сказать несколько слов о каждом из этих источников в контексте рассматриваемой темы.

88. Что касается договорного права, то только ограниченное число договоров непосредственно регулируют вопросы защиты окружающей среды в период вооруженного конфликта. Такие договоры можно с большой вероятностью отнести к категории договоров, заключенных в соответствии с правом вооруженных конфликтов (международное гуманитарное право, правовые нормы в отношении оккупации и нейтралитет). В то же время существует большое число международных договоров и национальных законов, которые регулируют вопросы охраны окружающей среды. Некоторые из этих договоров и правовых документов предусматривают исключения для вооруженных сил, военных операций или военного имущества. Такие исключения могут быть сформулированы в явном виде, как это было сделано в Конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (Лондонская конвенция о сбросах). В этой конвенции четко прописано, что она не применяется к «тем судам и самолетам, которые пользуются суверенным иммунитетом в соответствии с международным правом», но в то же время государства флага обязаны «обеспечивать путем принятия надлежащих мер, чтобы такие суда и самолеты, являющиеся [их] собственностью или эксплуатируемые [ими], действовали в соответствии с объектом и целями настоящей Конвенции» и «сообщали» Международной морской организации «о принятых мерах»<sup>112</sup>.

89. В отношении международного обычного права следует отметить, что выявление норм обычного права, имеющих отношение к данной теме, может представлять особую трудность, учитывая природу военного планирования и военных операций. Наличие обширной практики и многочисленных внутренних норм не должно автоматически толковаться как доказательство существования обычного права, поскольку в них вполне может отсутствовать элемент *opinio juris*. Сами государства и публикуемые ими документы подчеркивают, что они основываются на инструментах «мягкого права», таких как инструкции, руководящие указания и образцы передового опыта<sup>113</sup>, однако эти документы существуют параллельно с имеющим обязательную силу национальным законодательством и международными правовыми

документами. Вместе с тем иногда имеет место совпадение норм, закрепленных в инструментах «мягкого» и «жесткого» права», и инструкции, руководящие указания и образцы передового опыта, а также другие аналогичные документы могут оказывать реальное воздействие на планирование и проведение военных операций. Такое воздействие особенно важно с той точки зрения, что оно отражает повышение информированности или изменение позиций государств по таким вопросам. Образцы передового опыта также могут выполнять роль стандартов, которые учитываются судами и третейскими судьями.

90. Специальный докладчик считает, что постановления и решения международных судов и трибуналов являются особо актуальными для данной темы. Что касается практики национальных судов, то ее будет гораздо сложнее установить. Поскольку, без сомнения, существует обширная судебная практика, основанная на национальных законах, будет полезно получить дальнейшую информацию по таким делам.

91. В работе будут также учитываться усилия международных и региональных организаций в данной области. Ряд органов Организации Объединенных Наций и международных организаций, в частности ЮНЕП, ЮНЕСКО и УВКБ, а также МККК, участвует в природоохранной деятельности в контексте вооруженных конфликтов. В такой деятельности также участвуют и региональные органы, в частности Африканский союз, Европейский союз, Лига арабских государств и Организация американских государств. Члены Комиссии поддержали и высказались за проведение консультаций с такими органами, международными организациями и региональными структурами<sup>114</sup>. Специальный докладчик считает, что такие консультации являются крайне полезными. Большая часть этих консультаций уже была проведена, и они будут продолжены по мере продвижения работы. Само собой разумеется, что работа, проводимая такими органами, а также соответствующими институтами, занимающимися вопросами международного права, и профессиональными организациями<sup>115</sup>, будет представлять собой важный вклад.

92. И наконец, следует отметить, что вопросы, связанные с рассматриваемой темой, становились предметом тщательного правового анализа и темой научных трудов. Перед Специальным докладчиком стоят две основные задачи. Первая заключается в том, чтобы ограничить количество рассматриваемых научных трудов. Вторая задача заключается в том, чтобы обеспечить надлежащий учет концепций

<sup>112</sup> Статья VII, пара. 4. Положения об исключениях имеют юридическую природу, отличную от положений об иммунитете.

<sup>113</sup> См., например, заявление Соединенных Штатов от 4 ноября 2013 года в Шестом комитете, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 23-е заседание (A/C.6/68/SR.23), пункты 47 и далее.

<sup>114</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 86, пункт 142.

<sup>115</sup> Учитываются и будет продолжаться работа других органов, таких как Ассоциация международного права, Институт международного права, Международный союз охраны природы, Международный совет по экологическому праву и Институт экологического права.

основных правовых систем мира. Эти две задачи носят диаметрально противоположный характер. Первая заключается в ограничении объема материала, а вторая – в расширении круга поиска материала. В порядке выполнения этих задач Специальный докладчик будет систематически изыскивать правовые анализы и комментарии, опубликованные в различных регионах, и будет воздерживаться от упоминания всех материалов, когда-либо опубликованных по рассматриваемой теме. Это означает, что не вся изученная литература указана в примечаниях к тексту доклада. Вместо этого Специальный докладчик прилагает к настоящему докладу список использованной

литературы, который носит комплексный характер, не являясь при этом исчерпывающим.

93. Несмотря на активные поиски Специального докладчика, выявление научных трудов из различных регионов представляет собой дополнительную сложность. Специальный докладчик призывает своих коллег – членов Комиссии и делегатов в Шестом комитете – предоставлять информацию Специальному докладчику. За редкими исключениями Специальному докладчику не удалось достигнуть успеха в этом начинании, и поэтому она повторяет свой призыв.

## ГЛАВА IX

### Взаимосвязь с другими рассматриваемыми Комиссией темами, включая темы нынешней повестки дня<sup>116</sup>

94. В ходе своей предыдущей работы Комиссия рассмотрела вопросы, имеющие значение в связи с настоящей темой, включая:

- последствия вооруженных конфликтов для договоров;
- несудоходные виды использования международных водотоков;
- общие природные ресурсы (право трансграничных водоносных горизонтов);
- фрагментация международного права;
- ответственность государств за международно-противоправные деяния;
- юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности;
- морское право.

95. Кроме того, в данном контексте имеют значение такие темы, как предотвращение трансграничного вреда от опасных видов деятельности (2001 год) и распределение убытков от трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности (2006 год).

96. В настоящем докладе Специальный докладчик хотела бы еще раз обратить внимание на ряд ранее принятых Комиссией выводов и замечаний, которые имеют непосредственное отношение к рассматриваемой теме. Другие темы, такие как проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, фрагментация международного права и ответственность государств, не будут рассматриваться в настоящем докладе, поскольку Специальный докладчик хотела бы вернуться к этим темам в последующих докладах.

#### А. Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков

97. Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков («Конвенция о водотоках 1997 года») в явном виде предусматривает защиту международных водотоков и сооружений во время вооруженного конфликта. В частности, в статье 29 Конвенции четко прописано, что «международные водотоки и относящиеся к ним сооружения, установки и другие объекты пользуются защитой, предоставляемой согласно принципам и нормам международного права, применимым в международных и немеждународных вооруженных конфликтах, и не используются в нарушение этих принципов и норм».

98. Подготовленный Комиссией комментарий к проекту статьи 29 о несудоходных видах использования международных водотоков подтвердил, что проект статьи не устанавливает каких-либо новых норм, но должен служить «напоминанием о том, что принципы и нормы международного права, применимые в случае международного и внутреннего вооруженного конфликта, содержат важные положения, касающиеся международных водотоков и относящихся к

<sup>116</sup> Специальный докладчик решила ограничить описание предыдущих разработанных Комиссией положений и комментариев к ним, поскольку эта информация может быть найдена в официальной документации Комиссии. Кроме того, существуют весьма полезные меморандумы Секретариата по нескольким из указанных тем. См., например, меморандум по вопросу о воздействии вооруженного конфликта на международные договоры: анализ практики и доктрины (документ A/CN.4/550 и Corr.1–2) (размещен на веб-сайте Комиссии, документы пятьдесят восьмой сессии; окончательный текст будет опубликован в качестве добавления к *Ежегоднику... 2005 год*, том II (часть первая)), меморандумы о проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (*Ежегодник... 1950 год*, том II, документ A/CN.4/39) и проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества: каталог соответствующих международных документов (документ A/CN.4/368 и Add.1, отпечатан на mimeографе), дополнение, подготовленное Секретариатом к «Сборнику решений международных судов по вопросу об ответственности государств» (*Ежегодник... 1969 год*, том II, документ A/CN.4/208), и подготовленное Секретариатом исследование, посвященное «непреодолимой силе» и «случаю» как обстоятельствам, исключающим противоправность: обзор практики государств, международных судебных решений и теоретических концепций (*Ежегодник... 1978 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/315).

ним объектов»<sup>117</sup>. Комиссия проявила осторожность, избегая затрагивать уже существующие законы о вооруженных конфликтах<sup>118</sup>, но в то же время заявила, что «сами настоящие статьи сохраняют силу даже в период вооруженных конфликтов. Обязательство государств водотока защищать и использовать международные водотоки и относящиеся к ним объекты в соответствии с настоящими статьями на такой период остается в действии»<sup>119</sup>.

99. Как отражено в комментарии, вооруженный конфликт может «затронуть международные водотоки, а также их защиту и использование государствами водотока»<sup>120</sup>. В этих обстоятельствах применяются правила и принципы, регулирующие действия в период вооруженного конфликта. В комментарии приводятся примеры таких правил и принципов, закрепленных в различных конвенциях. Эти примеры включают: Гаагскую конвенцию 1907 года (IV) о законах и обычаях сухопутной войны; Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I); и «оговорку Мартенса»<sup>121</sup>. Хотя эти конвенции не являются непосредственно применимыми в случае немеждународных вооруженных конфликтов, Комиссия, как представляется, выразила мнение, что обязательство обеспечивать защиту, даже если оно не выражено в явном виде, действует и в случае немеждународных вооруженных конфликтов.

100. Комиссия признала, что в период вооруженного конфликта государства могут сталкиваться с серьезными препятствиями при попытке выполнения своего обязательства сотрудничать путем прямых контактов. Вместе с тем эти трудности не означают, что государство более не несет обязанности сотрудничать<sup>122</sup>. Именно по этой причине Комиссия включила общую исключаящую оговорку, специально предусматривающую косвенную процедуру сотрудничества<sup>123</sup>. Эти процедуры предназначаются для решения вопросов, связанных с непосредственным обменом данными и информацией и другими видами взаимодействия во время вооруженного конфликта, или для случаев, когда между государствами отсутствуют дипломатические отношения. В этой связи исключаящая оговорка предусматривает, что государство водотока

не обязано предоставлять данные или информацию, имеющие жизненно важное значение для его национальной обороны и безопасности, но что сохраняет силу обязательство по осуществлению добросовестного сотрудничества<sup>124</sup>.

101. В случае конфликта, касающегося использования международного водотока, особое внимание следует уделять «удовлетворению насущных человеческих нужд»<sup>125</sup>. Комиссия толкует это положение как содержащее ту же самую норму, что и оговорка Мартенса<sup>126</sup>.

## В. Проекты статей по праву трансграничных водоносных горизонтов

102. Проекты статей по праву трансграничных водоносных горизонтов также предусматривают особую защиту в период вооруженного конфликта, – в частности, этот вопрос рассматривается в статье 18. Ниже приводится текст этой статьи, имеющий особую актуальность в связи с рассматриваемой темой:

Трансграничные водоносные горизонты и системы водоносных горизонтов и относящиеся к ним сооружения, установки и другие объекты пользуются защитой, предоставляемой согласно принципам и нормам международного права, применимым в случае международных и немеждународных вооруженных конфликтов, и не используются в нарушение этих принципов и норм<sup>127</sup>.

103. Статья 18 сформулирована по образцу статьи 29 Конвенции о водотоках 1997 года. Тексты обеих статей почти полностью идентичны<sup>128</sup>. Кроме того, формулировки в комментарии к статье 18 в некоторой степени аналогичны формулировкам, содержащимся в комментарии к проекту статьи 29 проектов статей о праве несудоходных видов использования международных водотоков<sup>129</sup>. Ссылки на применимые правовые документы, в частности на Гаагскую конвенцию 1907 года (IV) о законах и обычаях сухопутной войны, Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), и оговорку Мартенса, идентичны в обоих комментариях<sup>130</sup>. Кроме того, в комментарии к проектам статей по праву трансграничных водоносных горизонтов четко прописано, что обязательство государств водоносного горизонта защищать

<sup>117</sup> См. *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 144, пункт 1) комментария к проекту статьи 29 о праве несудоходных видов использования международных водотоков.

<sup>118</sup> Детальное регулирование рассматриваемого вопроса считается выходящим за рамки данного документа, см. там же.

<sup>119</sup> Там же, пункт 3) комментария к проекту статьи 29.

<sup>120</sup> Там же.

<sup>121</sup> Там же.

<sup>122</sup> См. там же, стр. 119, пункт 3) комментария к проекту статьи 9. Следует отметить, что обязанность сотрудничать выходит за рамки проекта статьи 9.

<sup>123</sup> См. там же, комментарий к проекту статьи 9. Аналогичные исключения предусмотрены в других международных договорах, таких как Конвенция о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Орхусская конвенция), статья 4, пункт 4 b).

<sup>124</sup> *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 145, проект статьи 31 о праве несудоходных видов использования международных водотоков.

<sup>125</sup> Там же, стр. 121, проект статьи 10, пункт 2.

<sup>126</sup> Там же, стр. 144, пункт 3) комментария к проекту статьи 29.

<sup>127</sup> *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 51.

<sup>128</sup> Единственное различие заключается в использовании формулировки «немеждународный вооруженный конфликт» вместо «внутренний вооруженный конфликт».

<sup>129</sup> *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 144.

<sup>130</sup> *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 51–52, пункт 3) комментария к проекту статьи 18 проектов статей о праве трансграничных водоносных горизонтов.

и использовать трансграничные водоносные горизонты и относящиеся к ним объекты «действует даже в период вооруженного конфликта»<sup>131</sup>. Это служит напоминанием государствам о применимости права вооруженных конфликтов.

104. Как и Конвенция о водотоках 1997 года, проекты статей по праву трансграничных водоносных горизонтов предусматривают исключение из обязательства предоставлять данные и информацию, если они имеют жизненно важное значение для национальной обороны и безопасности. В то же время эти статьи обязывают государства «добросовестно сотрудничать с другими государствами в целях предоставления им возможно более полной в данных обстоятельствах информации»<sup>132</sup>.

105. Важно отметить, что как Конвенция о водотоках 1997 года, так и проекты статей по праву трансграничных водоносных горизонтов применимы в случаях как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов. Невзирая на то, что применяется право вооруженных конфликтов, обязательство по сотрудничеству сохраняет силу. Обе конвенции ясно дают понять, что использование водотоков в целях удовлетворения потребностей людей обладает приоритетом по сравнению с другими видами использования.

### С. Проекты статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров

106. В проектах статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров<sup>133</sup> за отправную точку берется предположение о том, что существование вооруженного конфликта не означает само по себе прекращение или приостановку действия международных договоров, как предусмотрено в проекте статьи 3. Вместе с тем в этих статьях Комиссия не стала указывать конкретные договоры, которые будут продолжать оставаться в силе в период вооруженного конфликта. Вместо этого она разработала «ориентировочный перечень договоров, предмет которых предполагает продолжение их действия, в полном объеме или частично, в ходе вооруженного конфликта» и включила этот перечень в приложение к проектам статей (проект статьи 7)<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> Там же, стр. 51.

<sup>132</sup> Там же, стр. 52, проект статьи 19. Комиссия рассмотрела вопрос о том, следует ли использовать слова «насуточно важный» при определении понятия «конфиденциальность», но «не нашла каких-либо убедительных причин для того, чтобы отходить от формулировок Конвенции о водотоках 1997 года» (там же, пункт 1) комментария к проекту статьи 19).

<sup>133</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 126, пункт 100.

<sup>134</sup> Там же, стр. 134, проект статьи 7 о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров («Продолжение действия договоров, вытекающее из их предмета») и ориентировочный перечень договоров, содержащийся в приложении. Перечень включает договоры, касающиеся международной охраны окружающей среды, международных водотоков и относящихся к ним сооружений и объектов, водоносных горизонтов и относящихся к ним сооружений и объектов, прав человека и международного уголовного правосудия, а также, по

107. В то же время Комиссия рассмотрела факторы, указывающие на возможность прекращения действия договора, выхода из него или приостановления его действия, в проекте статьи 6. По мнению Комиссии, во внимание должны приниматься все соответствующие факторы, включая:

a) характер договора, в частности, его предмет, его объект и цель, его содержание и количество сторон договора; и

b) характеристики вооруженного конфликта, такие как его территориальное распространение, его масштабы и интенсивность, его продолжительность и, в случае немеждународного вооруженного конфликта, также степень внешнего участия.

108. Совместное значение проектов статей 3, 6 и 7 и приложения, содержащего ориентировочный перечень договоров, заключается в том, что в силу своего предмета ряд категорий международных договоров, имеющих значение для защиты окружающей среды, могут сохранять свою силу в период вооруженного конфликта.

109. Самый главный вывод, который можно найти в проекте статьи 3, заключается в следующем:

Существование вооруженного конфликта *ipso facto* не прекращает или не приостанавливает действие договоров:

a) между государствами – сторонами конфликта;

b) между государством – стороной вооруженного конфликта и государством, которое не является его стороной.

110. Этот вывод имеет два правовых последствия; первое заключается в том, что действие международных договоров не прекращается и не приостанавливается автоматически в период вооруженного конфликта. Это означает, что государства – стороны конфликта не лишаются автоматически прав и не освобождаются от обязанностей, предусмотренных различными международными договорами. Второе правовое последствие состоит в том, что действие международного договора может быть прекращено или приостановлено.

111. Хотя статьи по вопросам последствий вооруженных конфликтов для международных договоров имеют особо важное значение, они имеют свои ограничения. Во-первых, они регулируют только договорные отношения между государствами. Во-вторых, они не дают ответа на вопрос о том, какие нормы международного обычного права, а также принципы международного права продолжают действовать в период вооруженного конфликта. Кроме того, за одним исключением, проекты статей касаются ситуаций во время вооруженного конфликта<sup>135</sup>.

---

понятым причинам, договоры о праве вооруженных конфликтов, включая договоры в области международного гуманитарного права.

<sup>135</sup> См. там же, стр. 137, проект статьи 13, в котором рассматривается восстановление или возобновление договорных отношений после вооруженного конфликта.

## D. Проекты статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности

112. В проектах статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности<sup>136</sup> не обсуждается их применение во время вооруженного конфликта. Согласно проекту статьи 1 о сфере применения, данные проекты статей применяются к «не запрещенным международным правам видам деятельности, которые сопряжены с риском причинения значительного трансграничного вреда в силу своих физических последствий». Ни в самих статьях, ни в комментариях к ним в явном виде не говорится о том, что они не применяются в ситуациях вооруженного конфликта. В то же время комментарии содержат важное рассуждение касательно требования проявлять должную осмотрительность, содержащегося в проекте статьи 3 о предотвращении<sup>137</sup>. Это рассуждение включает ссылку на дело *Alabama*<sup>138</sup>. Вместе с тем невозможно сделать вывод о том, что указанные статьи предназначались для того, чтобы регулировать поведение государств в период вооруженного конфликта. Как представляется, назначение данных статей заключается в основном в том, чтобы регулировать поведение государств в мирное время.

## E. Проекты принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности

113. В проектах принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности<sup>139</sup>, понятие «ущерб» определяется как значительный ущерб, причиненный лицам, имуществу или окружающей среде. Это включает утрату или ущерб в результате ухудшения состояния окружающей среды;

<sup>136</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 177, пункт 97.

<sup>137</sup> Там же, стр. 187, пункт 9) комментария к проекту статьи 3.

<sup>138</sup> Там же. Требование проявлять должную осмотрительность является правовой нормой, применимой как в мирное время, так и в ситуациях вооруженного конфликта. Дело *Alabama* см. в Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, pp. 4144 et seq.

<sup>139</sup> *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 67, пункт 66.

расходы на разумные меры по возвращению к прежнему состоянию имущества или окружающей среды, включая природные ресурсы; и расходы на разумные меры реагирования<sup>140</sup>. В этой связи в комментарии к принципу 4 предусматривается освобождение от ответственности по предоставлению в оперативном порядке надлежащей компенсации, если ущерб является результатом вооруженного конфликта, военных действий, гражданской войны или восстания<sup>141</sup>.

## F. Другая работа Комиссии

114. Другая предыдущая работа Комиссии, имеющая отношение к рассматриваемой теме, в частности проект статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности и проекты статей, касающиеся морского права, будет рассмотрена в соответствующем контексте.

115. Кроме того, Комиссия извлечет пользу из проведенной работы и выводов, сделанных в рамках продолжающейся работы по вопросу защиты людей в случае бедствий. Особое значение будет иметь работа в связи с проектами статей о достоинстве человека, правах человека, гуманитарных принципах и обязанности сотрудничать (включая формы сотрудничества)<sup>142</sup>.

116. Комиссии будет также полезно ознакомиться с проводимой работой по теме защиты атмосферы, поскольку обе темы касаются проблематики защиты окружающей среды. Вместе с тем вряд ли они будут пересекаться с рассматриваемой темой, учитывая, что тема защиты атмосферы носит более комплексный характер и имеет другую природу. Другие темы, включенные в текущую программу работы Комиссии, в частности «Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров» и «Выявление норм международного обычного права», также будут полезны при рассмотрении данной темы.

<sup>140</sup> Там же, стр. 75, проект принципа 2 a) iii)–v). См. также там же, стр. 78, пункт 10) комментария к проекту принципа 2 о защите культурных ценностей в период войны.

<sup>141</sup> Там же, стр. 96–97, пункт 27) комментария к проекту принципа 4. В частности, см. примеры, приведенные в сноске 439.

<sup>142</sup> См. *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 185, пункт 288, проекты статей 5–10 проектов статей о защите людей в случае бедствий.

## ГЛАВА X

### Принципы и понятия экологического права

117. Прежде всего следует отметить, что цель настоящей главы состоит в обзоре принципов и понятий международного права, которые, возможно, будут и далее применяться к ситуациям вооруженного конфликта. Вопрос о степени их возможного использования не рассматривается. Предполагается, что на нынешней предварительной стадии настоящий доклад не будет содержать каких-либо окончательных выводов и предназначен, скорее, для содействия проведению Комиссией предстоящих обсуждений.

118. В целях удобства изложения в докладе приводятся ссылки на принципы экологического права и права человека при понимании того, что они не носят самодостаточного характера. В исследовании Комиссии по вопросам фрагментации отмечается, что

вопрос о том, является ли «международное экологическое право» особой отраслью международного права, в которой применяются иные, нежели общеприменимые принципы толкования, или лишь совокупностью договорных и обычных норм, касающихся экологии, по всей видимости, звучит чересчур абстрактно, чтобы быть

актуальным. К примеру, стандартное обозначение права вооруженных конфликтов в качестве *lex specialis* и автономного режима или даже в качестве «девиантного свода норм международного публичного права», оставляет полностью открытым вопрос о том, в какой степени затрагиваются общеправовые нормы, скажем, право договоров<sup>143</sup>.

119. Как известно, применение договоров осуществляется без каких-либо ограничений и в той мере, в которой стороны договорились соблюдать их положения в мирное время, т. е. в периоды до и после вооруженного конфликта. Кроме того, в это время применяется обычное международное право. С этой точки зрения само рассмотрение таких периодов времени может показаться ненужным<sup>144</sup>. Однако это не так. Вопрос о периодах времени до и после вооруженного конфликта рассматривается именно в силу неопределенности условий применения договоров наряду с правом вооруженных конфликтов. Неоднократно отмечалось, что некоторые положения договоров, относящихся к праву вооруженных конфликтов, применяются и в мирное время.

120. По понятным причинам перечислить все существующие договоры в области охраны окружающей среды и прав человека и рассмотреть вопрос об условиях их применения в мирное время не так просто. С еще большими трудностями сопряжена попытка обобщить информацию о взаимосвязи этих документов, о государствах-участниках этих договоров и о принятых ими оговорках. Заниматься этим не имеет смысла в силу постоянно происходящих изменений. Кроме того, правовая информация была бы неполной по причине отсутствия данных о нормах обычного и прецедентного права.

121. На данном этапе работы, возможно, было бы более целесообразно попытаться проследить общий процесс разработки принципов и понятий, многие из которых нашли свое отражение в договорах, а также получили или могут получить статус принципов и понятий обычного международного права.

122. Нужно отметить, что принципы и понятия экологического права, которые важны для рассмотрения настоящей темы, отличаются неточностью, являются неконкретными и редко позволяют получить четкие ответы и решения. Тем не менее эти принципы и понятия существуют. Цель настоящего раздела состоит в обзоре наиболее заметных этапов их разработки с момента принятия Конвенции о воздействии на природную среду и Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года,

<sup>143</sup> Доклад Исследовательской группы о фрагментации международного права, документ A/CN.4/L.682 и Corr.1 и Add.1 (см. сноску 7 выше), пункт 133.

<sup>144</sup> В ходе обсуждения в Шестом комитете Российской Федерация заявила следующее: «Что касается защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, то в международном гуманитарном праве уже содержатся соответствующие регулирующие механизмы, поскольку периоды времени до и после вооруженного конфликта считаются мирным временем, в течение которого в полном объеме применяются общие нормы в области защиты окружающей среды» (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет, 25-е заседание (A/C.6/68/SR.25)*, пункт 47).

касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I).

123. Государства и специалисты часто обсуждают вопрос о том, стали ли такие политические понятия, как устойчивое развитие и принцип предосторожности, юридическими принципами. Нередко случается так, что в судах и трибуналах в отношении статуса той или иной концепции высказываются различные мнения. Расхождения во взглядах не мешают этим органам применять их, опираясь на свое понимание правовых норм. Наглядным примером этого является принцип предосторожности. В этой связи в настоящем докладе Специальный докладчик ссылается как на «принципы», так и на «понятия».

124. Как указывалось выше, Специальный докладчик считает, что постановления и решения международных судов и трибуналов имеют особое значение. Практику национальных судов определить сложнее. Понятно, что, хотя национальное законодательство должно действовать на основе большого количества прецедентов, это не является обязательным условием для понимания позиции того или иного государства в отношении международного права. Поскольку государства не предоставили такой информации, в настоящем докладе приводятся ссылки на решения международных судебных органов.

#### А. Устойчивое развитие

125. Устойчивое развитие – это необходимое связующее звено между обеспечением охраны окружающей среды и ее ресурсов и удовлетворением потребностей человека. Оно имеет прямое отношение к жизни будущих поколений. О каких бы ресурсах ни шла речь, они должны использоваться таким образом, чтобы обеспечить их сохранность в течение продолжительного времени, охватывающего период жизни более чем одного поколения.

126. Часто подчеркивается, что понятие «устойчивое развитие» имеет политический и социально-экономический<sup>145</sup>, а не юридический смысл. В этой связи обсуждается вопрос о правовом статусе этого понятия. Ссылка на «принцип устойчивости» не обязательно означает, что этот термин употребляется в строго юридическом значении – ведь у него может быть и политический оттенок. В целом существуют различные мнения относительно того, предусматривает ли это понятие какие-либо юридические последствия, в то время как существование других последствий подвергается еще большему сомнению.

127. Международный Суд рассмотрел этот вопрос в рамках разбирательств по делу *Габчиково – Надьмарош*:

На протяжении целого ряда веков человечество по экономическим и другим причинам постоянно вмешивалось в жизнь природы. В прошлом это часто делалось без учета последствий для окружающей среды. Благодаря новым научным открытиям и повышению осведомленности о том, что такие непродуманные и безудержные действия представляют опасность для человечества – как

<sup>145</sup> French, “Sustainable development”, p. 51.

нынешнего, так и будущих поколений, – в течение последних двух десятилетий в большом количестве документов были закреплены новые нормы и стандарты. Такие нормы и стандарты должны надлежащим образом учитываться не только когда государства планируют новые виды деятельности, но и когда они продолжают осуществление уже начатых в прошлом мероприятий. Эта необходимость увязать экономическое развитие с охраной окружающей среды находит свое надлежащее выражение в концепции устойчивого развития<sup>146</sup>.

128. Хотя Суд не занял какой-либо позиции относительно правового статуса принципа устойчивого развития, в своем особом мнении заместитель Председателя Виранантри однозначно говорит о том, что устойчивое развитие является юридическим принципом и «неотъемлемой частью» международного права<sup>147</sup>.

129. Более 10 лет спустя Суд обратился к вопросу об устойчивом развитии в рамках дела *Целлюлозные заводы*, при рассмотрении которого он отметил «взаимосвязь между справедливым и рациональным использованием общих ресурсов и достижение баланса между экономическим развитием и охраной окружающей среды, которое является сутью процесса устойчивого развития»<sup>148</sup>. Хотя Суд не рассматривает устойчивое развитие как принцип общего международного права, судьи Аль-Хасауна и Симма упомянули этот принцип в своем совместном несогласном мнении<sup>149</sup>. Кроме того, особое мнение судьи Кансаду Триндади было полностью посвящено рассмотрению принципов международного права, причем теме устойчивого развития в качестве принципа международного права было уделено особое внимание<sup>150</sup>.

130. Бывший судья Корома отметил следующее: «Тема устойчивого развития стала играть в практике Суда важную роль, несмотря на то, что он еще не рассматривает эту тему в качестве общего принципа права по смыслу пункта 1 Статьи 38 Статута Суда»<sup>151</sup>. Далее судья Корома указывает:

<sup>146</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 78, para. 140.

<sup>147</sup> *Ibid.*, Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, pp. 88–119; его взгляды очень четко изложены, например, на стр. 89, 95 и 110 англ. текста. Другие судьи выразили по поводу этого понятия различные точки зрения. В своем несогласном мнении судья Ода рассматривает экономическое развитие и устойчивое развитие как понятия, связанные с «противоположными интересами», pp. 153–169, at pp. 160–161.

<sup>148</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at p. 75, para. 177.

<sup>149</sup> *Ibid.*, Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma, p. 120, para. 26.

<sup>150</sup> *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade; см., например, para. 139 and footnote 118, где содержится ссылка, например, на Sands, *Principles of International Environmental Law*, pp. 252, 260 and 266, и Voigt, *Sustainable Development as a Principle of International Law*, pp. 145, 147, 162, 171 and 186. Поскольку государства не могут оправдывать свое бездействие отсутствием научно подтвержденных данных, когда может существовать опасность причинения серьезного ущерба окружающей среде, принцип предосторожности должен иметь такое же значение, как и «принцип устойчивого развития» (Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment*, p. 163).

<sup>151</sup> Koroma, “Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice”, p. 201.

В целом за последние три десятилетия международное право по вопросам устойчивого развития изменялось и укреплялось настолько стремительно, что стало широко признаваться почти всеми государствами. В настоящее время Международный Суд ссылается на принцип устойчивого развития при разрешении межгосударственных споров, а также содействует дальнейшему развитию и совершенствованию этого понятия в рамках своей практики. Что касается дальнейшего развития ситуации, то становится ясно, что концепция устойчивого развития будет и впредь играть все более важную роль при разработке международных норм, договоров и судебных решений<sup>152</sup>.

131. Кроме того, свои замечания в отношении понятия «устойчивое развитие» высказали третейская группа и Апелляционный орган ВТО. Например, при рассмотрении дела *European Communities—Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries* Апелляционный орган отметил, что это понятие связано с одной из целей, к достижению которой государства-члены могут стремиться в соответствии с преамбулой Марракешского соглашения о создании Всемирной торговой организации<sup>153</sup>. В рамках разбирательства по делу *United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* Апелляционный орган заметил следующее: в преамбуле «участники переговоров ВТО признают, что оптимальное использование мировых ресурсов должно обеспечиваться с учетом решения задачи устойчивого развития»<sup>154</sup>. Он также отметил, что соответствующее государство должно стремиться к достижению совместного решения вместе с пострадавшими государствами<sup>155</sup>.

132. Вопрос устойчивого развития был затронут Постоянной палатой третейского суда при вынесении арбитражного решения по делу *Железная дорога «Айрон Райн»*. Тогда было отмечено, что «появляющиеся принципы, независимо от их текущего статуса, касаются сохранения, управления, понятий “предотвращение” и “устойчивое развитие”, а также защиты в интересах будущих поколений»<sup>156</sup>.

## В. Принципы предотвращения и предосторожности

133. Принцип предотвращения является основным в области международного экологического права, истоки которого уходят в дело *Плавильный завод в Трейле*<sup>157</sup>. Он тесно связан с принципом предосторожности.

<sup>152</sup> *Ibid.* Бывший судья Корома ссылается на два дела – *Nuclear Weapons (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226)* и *Armed Activities (Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168)*, при рассмотрении которых была косвенно затронута проблема устойчивого развития.

<sup>153</sup> WTO, Appellate Body report, WT/DS246/AB/R, adopted 20 April 2004, para. 94.

<sup>154</sup> WTO, Panel report, WT/DS58/R and Corr.1, adopted 6 November 1998, с учетом изменений, внесенных Appellate Body report WT/DS58/AB/R, para. 153.

<sup>155</sup> *Ibid.*, para. 168.

<sup>156</sup> *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Decision of 24 May 2005*, UNRIIAA, vol. XXVII (United Nations publication, Sales No. E/F.06.V.8), pp. 35–125, at p. 68, para. 58.

<sup>157</sup> UNRIIAA, vol. III (United Nations publication, Sales No. 1949.V.2), pp. 1905–1982.



134. Принцип предотвращения признается обычным международным правом и в основном применяется для рассмотрения трансграничных вопросов. Он включен в международные договоры и признается в судебной практике (включая вышеупомянутые дела *Целлюлозные заводы* и *Габчиково – Надьмарош*). Например, Европейский союз включил принцип предосторожности вместе с принципом предотвращения в статью 191, пункт 2, Договора о функционировании Европейского союза<sup>158</sup>. Хотя принцип предотвращения является самостоятельным, он применяется только в случае использования более точных норм конкретных договоров. По сути дела, материальная ответственность возникает только в случае четкого изложения обязательств, вытекающих из этого принципа. Наглядным примером этого служит Конвенция о защите морской среды Северо-Восточной Атлантики. Целью Конвенции является предотвращение и ликвидация практики загрязнения морской среды. Отправной точкой в этой связи является обязательство сторон применять принцип предосторожности и принцип «загрязнитель платит»<sup>159</sup>. Кроме того, в Конвенции содержатся более точные обязательства относительно решения ее задач и достижения ее целей.

135. При рассмотрении дела *Железная дорога «Айрон Райн»* трибунал постановил, что «на обязанность по предотвращению делается все больший упор»<sup>160</sup>, а далее отметил:

Экологическое право и право в области развития не исключают, а усиливают друг друга в качестве комплексных понятий; в этой связи предусматривается, что если процесс развития причиняет окружающей среде значительный ущерб, то такой ущерб нужно предотвращать или по крайней мере уменьшать его масштабы... Теперь эта обязанность, по мнению Трибунала, стала одним из принципов общего международного права. Этот принцип применяется при осуществлении не только автономных видов деятельности, но и мероприятий в рамках осуществления конкретных договоров между Странами<sup>161</sup>.

136. Кроме того, принцип предотвращения был упомянут Европейским судом в рамках рассмотрения дела *United Kingdom v. Commission of the European Communities*. При этом Суд отметил: «Пункт 2 статьи 130г [Договора об учреждении Европейского союза] гласит, что целью этой политики является обеспечение высокого уровня защиты и что в ее основе, в частности, лежат принципы, предусматривающие принятие превентивных мер и обеспечение учета охраны окружающей среды при разработке и осуществлении политики Сообщества в других областях»<sup>162</sup>.

137. Если принцип предотвращения имеет целью не допускать причинение ущерба путем использования

имеющихся данных и информационных возможностей, то принцип предосторожности предусматривает действия без опоры на какие-либо достоверные научные данные относительно причинения ущерба<sup>163</sup>. Принцип предосторожности применяется для обеспечения учета возможных рисков, которые еще не были полностью изучены в рамках научных и аналитических исследований. Если экологические последствия какого-либо конкретного вида деятельности уже известны, то шаги по их предотвращению носят лишь превентивный характер, а если такие последствия неизвестны, то эти шаги можно назвать мерами предосторожности. Хотя в нескольких документах эти два принципа указываются как различные, на практике разница между ними не так очевидна в силу трудности ее различения при использовании этих принципов<sup>164</sup>. Принцип предосторожности упоминается в смысле профилактического и осмотрительного подхода. До сих пор не достигнуто полного согласия относительно того, получило ли обязательство по принятию мер предосторожности статус принципа. Чуть более 10 лет назад Филипп Сэндс отметил: «В настоящее время одни международные судебные органы готовы применять принцип предосторожности, тогда как другие не готовы это делать открыто»<sup>165</sup>. Любопытно отметить, что Комиссия занимала по этому вопросу различные позиции. В ходе работы над правом трансграничных водоносных горизонтов Комиссия использовала принцип предосторожности. Вместе с тем, как становится ясно из комментария: «Комиссия вполне отдавала себе отчет в существовании различий во мнениях по поводу концепции “основанного на предосторожности подхода” в противопоставлении с “принципом предосторожности”». Несмотря на это, она решила остановиться на термине «основанный на предосторожности подход», потому что такая формулировка является наименее спорной. Она была принята при том понимании, что «эти две концепции на практике приводят к сходным результатам, когда они применяются добросовестно»<sup>166</sup>. Это понимание отличается от точки зрения, которая раньше выражалась Комиссией при разработке проектов статей о недопущении причинения трансграничного ущерба в результате осуществления опасных видов деятельности. Тогда, как представляется, Комиссия ссылалась на принцип предосторожности без каких-либо колебаний<sup>167</sup>.

<sup>163</sup> Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, см., например, pp. 36–37.

<sup>164</sup> В контексте экологического права принципы предотвращения и предосторожности могут быть двумя сторонами одной медали. Как будет показано в будущем докладе, разграничение понятий «знать» и «не знать и не быть в состоянии предвидеть», что является основанием для принятия решений, можно определять как разницу между нарушением права вооруженных конфликтов и юридически приемлемым действием.

<sup>165</sup> Sands, *Principles of International Environmental Law*, p. 290.

<sup>166</sup> *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 42, пункт 5) комментария к проекту статьи 12 проектов статей о праве трансграничных водоносных горизонтов.

<sup>167</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 197–198, пункты 6–7) комментария к проекту статьи 10 проектов статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности.

<sup>158</sup> Как указывает Николя де Саделер, большинство ученых считают, что принципы, упомянутые в статье 191, пункт 2, Договора, являются обязательными (de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, p. 41, footnote 180, referring to e.g. Winter, Epiney, Hilson, Krämer, Fisher and Doherty).

<sup>159</sup> Статья 2, пункты 2 а) и b) соответственно.

<sup>160</sup> UNRIAA, vol. XXVII (см. сноску 156 выше), para. 222.

<sup>161</sup> *Ibid.*, para. 59.

<sup>162</sup> Case C-180/96, judgment of 5 May 1998, *European Court Reports 1998*, p. I-2265, para. 100. См. также *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs and Excise (C-157/96) (1998)*, *ibid.*, p. I-2211, para. 64.

138. В своем отдельном мнении по делу *Zavod po proizvodstvu MOKC-топлива*, которое рассматривалось Международным трибуналом по морскому праву, судья Вольфрум отмечает, что «по-прежнему обсуждается вопрос о том, стал ли принцип предосторожности или осмотрительный подход в области международного экологического права частью обычного международного права», и что «этот принцип или подход, применяемый в области международного экологического права, отражает необходимость принятия решений по охране окружающей среды в условиях отсутствия надежных научных данных относительно возможного причинения в будущем ущерба в результате осуществления конкретного вида деятельности»<sup>168</sup>.

139. Принцип предосторожности направлен на предотвращение рисков, возникновение которых невозможно предусмотреть и научно подтвердить. Он может применяться по-разному в зависимости от обстоятельств. Для решения вытекающих из принципа предосторожности задач, таких как запрещение соответствующих веществ и методов, применение передовых технологий, осуществление экологической оценки или введение экологических норм качества, принятие охранных мер или осуществление комплексного экологического регулирования, могут применяться различные методы<sup>169</sup>. Кроме того, Комиссия отметила следующее: «[Принцип предосторожности] означает, что государства должны постоянно рассматривать свои обязательства по предотвращению в свете последних научных разработок»<sup>170</sup>.

140. ВТО упоминала этот принцип при рассмотрении нескольких дел. В рамках разбирательства по делу *European Communities—Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)* Европейское сообщество предложило рассматривать принцип предосторожности в качестве «общей обычной нормы международного права или хотя бы общего принципа права»<sup>171</sup>. Хотя в своем постановлении Апелляционный орган отметил, что этот принцип «пока еще не был сформулирован надлежащим образом»<sup>172</sup>, он указал на то, что данный принцип находит свое отражение в статье 5, пункт 7, Соглашения ВТО о применении санитарных и фитосанитарных мер и «что не нужно предполагать, что в пункте 7 статьи 5 вопрос об актуальности принципа предосторожности рассматривается исчерпывающим образом»<sup>173</sup>. В рамках рассмотрения дела *Canada—Continued Suspension of Obligations in the EC—Hormones Dispute* Апелляционный орган ВТО еще раз отметил, что принцип

предосторожности отражен в статье 5, пункт 7, Соглашения<sup>174</sup>. Кроме того, в рамках разбирательства по делу *Japan—Measures Affecting Agricultural Products* Апелляционный орган принял к сведению, что в статье 5, пункт 7, Соглашения содержится обязательство о том, что члены должны «добиваться получения дополнительной информации, необходимой для более объективной оценки риска»<sup>175</sup>. При рассмотрении дела *EC—Hormones* Апелляционный орган заметил, что «ответственные и представительные органы власти могут действовать добросовестно на основании мнения, которое в данный момент времени может отличаться от мнения квалифицированных и авторитетных источников»<sup>176</sup>.

141. При рассмотрении дела *European Communities—Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* третейская группа сослалась на решение Апелляционного органа, вынесенное по делу *EC—Hormones*, и отметила, что «правовая дискуссия относительно признания принципа предосторожности в качестве принципа общего или обычного международного права все еще продолжается»<sup>177</sup>. Третейская группа отметила: «Поскольку вопрос о правовом статусе принципа предосторожности остается нерешенным, как и Апелляционный орган прежде нас, мы считаем нецелесообразным пытаться решать этот сложный вопрос, особенно если в этом нет необходимости»<sup>178</sup>.

142. Несогласное мнение семи судей Европейского суда по правам человека, которое они вынесли в рамках рассмотрения дела *Balmer-Schafroth v. Switzerland*<sup>179</sup>, свидетельствует о юридической важности этого принципа. Поскольку в момент продления лицензии на эксплуатацию атомной электростанции рассмотреть вопрос обеспечения безопасности ее работы не представлялось возможным, в несогласном мнении судей говорилось о нарушении статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод («право на эффективную правовую защиту»). Судьи говорили о нарушении статьи, поскольку «заявителям даже не была предоставлена возможность доказать в суде серьезность опасности и высокую степень связанного с ней риска»<sup>180</sup>. Судьи, заявляющие несогласное мнение, отметили, что «большинство, по-видимому, упускает из вида общую направленность деятельности международных учреждений и международного публичного права на защиту населения и наследия – как это видно из содержания документов Европейского союза и Совета Европы по охране окружающей среды, Рио-де-Жанейрских соглашений

<sup>168</sup> *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, provisional measures, order of 3 December 2001, Case No. 10, Separate Opinion of Judge Wolfrum, *ITLOS Reports 2001*, pp. 133–136, at p. 134.

<sup>169</sup> Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, см., например, p. 52.

<sup>170</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 197–198, пункт 7) комментария к проекту статьи 10 проектов статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности.

<sup>171</sup> WTO, Appellate Body report, WT/DS26/AB/R and WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998, para. 16.

<sup>172</sup> *Ibid.*, para. 123.

<sup>173</sup> *Ibid.*, para. 124.

<sup>174</sup> WTO, Appellate Body report, WT/DS321/AB/R, adopted 14 November 2008, para. 680.

<sup>175</sup> *Ibid.*, WT/DS76/AB/R, adopted 19 March 1999, para. 92.

<sup>176</sup> *Ibid.*, WT/DS26/AB/R and WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998, para. 194.

<sup>177</sup> *Ibid.*, WT/DS291/R, WT/DS292/R and WT/DS293/R, Add.1–9 and Corr.1, adopted 21 November 2006, para. 7.88.

<sup>178</sup> *Ibid.*, para. 7.89.

<sup>179</sup> *Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland*, 26 August 1997, no. 22110/93, *Reports of Judgments and Decisions 1997-IV*, Dissenting Opinion of Judge Pettiti, joined by Judges Gölcüklü, Walsh, Russo, Valticos, Lopes Rocha and Jambrek, pp. 1361 *et seq.*

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 1362.

и документов ЮНЕСКО и из работы по развитию принципа предосторожности и принципа сохранения общего наследия», а также «предпочли бы, чтобы Европейский суд принял решение, на основании которого нормы международного права, касающиеся защиты прав личности, развивались в этой связи путем усиления “принципа предосторожности” и полного обеспечения средств судебной защиты в целях отстаивания прав населения в случае неосторожных действий органов власти»<sup>181</sup>.

143. Кроме того, когда в Международном трибунале по морскому праву рассматривалось *Дело, касающееся расширения Сингапуром прибрежной полосы в проливе Джохор и вокруг него*, Малайзия охарактеризовала этот принцип как инструмент, «который в соответствии с международным правом должен содействовать применению и осуществлению этих обязательств всеми сторонами»<sup>182</sup>. Вместе с тем важность принципа предосторожности отмечалась Европейским судом в рамках разбирательств следующих дел: дело *Pfizer Animal Health SA*, при рассмотрении которого Суд заявил, что «в соответствии с принципом предосторожности и в интересах охраны здоровья человека учреждения Сообщества имеют право принимать на основании пока еще не полностью подтвержденных научных знаний меры защиты, которые могут причинить серьезный ущерб юридически защищенным позициям, и пользуются в этом отношении широкой свободой действий»<sup>183</sup>; и дело *Alpharma Inc.*, при рассмотрении которого Суд заявил: «Несмотря на общее мнение о том, что учреждения Сообщества в соответствии с Директивой 70/524<sup>184</sup> могут принимать меры на основании принципа предосторожности, сторонам тем не менее не удается договориться о толковании этого принципа и прийти к согласию в вопросе о том, правильно ли он применялся учреждениями Сообщества при рассмотрении данного дела»<sup>185</sup>. Кроме того, при рассмотрении дела *Association Greenpeace France and Others v. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche and Others* Суд заявил, что «соблюдение принципа предосторожности отражается в обязательстве уведомителя, о котором говорится в пункте 6 статьи 11 Директивы 90/220»<sup>186</sup>.

144. Как показало рассмотрение дела *Waddenzee*, государства – члены Европейского союза обязаны соблюдать этот принцип, даже если он не упоминается конкретно в той или иной директиве или

регламенте<sup>187</sup>. В рамках разбирательства по делу *Waddenzee* Европейский суд рассмотрел действующее в Нидерландах положение о проведении экологической оценки в связи с осуществлением промышленной деятельности в районах Вадденского моря, где принимаются специальные меры по защите птиц. Суд отметил, что рассматриваемые вопросы должны толковаться, «в частности, с учетом принципа предосторожности, соблюдение которого является одним из условий обеспечения высокого уровня защиты в результате проведения Сообществом политики по охране окружающей среды»<sup>188</sup>.

145. Как правило, учреждениям Европейского союза была предоставлена определенная свобода действий в отношении выбора средств для разработки конкретных мер по реализации этих принципов в связи с их общим характером<sup>189</sup>. Тем не менее эта свобода действий может быть ограничена или даже отсутствовать, когда указанный принцип включен в тщательно разработанную схему санкционирования<sup>190</sup>.

146. Кроме того, Европейский парламент и Совет считают, что одним из путей соблюдения принципа предотвращения является проведение экологических оценок. Об этом свидетельствуют следующие документы: а) Директива 2001/42/ЕС Европейского парламента и Совета от 27 июня 2001 года об оценке воздействия некоторых планов и программ по охране окружающей среды<sup>191</sup>; б) Директива 92/43/ЕЕС Совета от 21 мая 1992 года о сохранении естественной среды обитания и дикой фауны и флоры<sup>192</sup>; и в) прочие меры, такие как обязательства по обмену данными о влиянии вредных видов деятельности<sup>193</sup>.

<sup>187</sup> *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee and Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels v. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Case C-127/02, *European Court Reports 2004 I-07405*, para. 44: «В частности, в соответствии с принципом предосторожности, который является одним из условий обеспечения высокого уровня защиты в результате проведения Сообществом политики по охране окружающей среды в соответствии с первым подпунктом пункта 2 статьи 174 ЕС и с учетом которого должна толковаться Директива о средах обитания». Кроме того, см. de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, p. 44.

<sup>188</sup> *Waddenzee*, para. 44.

<sup>189</sup> De Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, p. 42.

<sup>190</sup> *Waddenzee*, para. 44. *Kingdom of Sweden v. Commission of the European Communities*, Case T-229/04, *European Court Reports 2007 II*, см., например, paras. 163–164:

«163. Однако следует отметить, что из подпункта а) пункта 1 статьи 4 Директивы 91/414 следует, что для выполнения требований, изложенных в подпункте б) пункта 1 статьи 4 этой директивы, должны применяться единые принципы, предусмотренные в Приложении VI. Более того, второй пункт преамбулы Директивы 97/57, определяющий содержание Приложения VI, гласит, что это приложение должно устанавливать единые принципы для обеспечения применения требований подпунктов б), с), d) и е) пункта 1 статьи 4 Директивы 91/414 единообразно и настолько строго, насколько это предусмотрено Директивой.

164. Из этого следует, что подпункт б) iv) пункта 1 статьи 4 Директивы 91/414, на которую прямо ссылается подпункт б) пункта 1 статьи 5 этой директивы, требует соблюдения единых принципов, изложенных в Приложении VI».

<sup>191</sup> *Official Journal of the European Communities*, L 197, 21 July 2001.

<sup>192</sup> *Ibid.*, L 206, 22 July 1992.

<sup>193</sup> Директива 2001/42/ЕС, статья 7.

<sup>181</sup> *Ibid.*, pp. 1364 and 1366.

<sup>182</sup> *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, *Provisional Measures*, order of 8 October 2003, Case No. 12, *ITLOS Reports 2003*, para. 74.

<sup>183</sup> Case No. T-13/99, *European Court Reports 2002 II*, para. 170.

<sup>184</sup> Директива Совета от 23 ноября 1970 года относительно добавок в кормовых продуктах, *Official Journal of the European Communities*, L 270, 14 December 1970 (сноска добавлена к первоначальной цитате).

<sup>185</sup> *Alpharma Inc. v. Council of the European Union*, Case T-70/99, *European Court Reports 2002 II*, p. 3506, at p.3558, para. 137.

<sup>186</sup> Case C-6/99, judgment of 21 March 2000, *European Court Reports 2000 I*, p. 1676, at p. 1698, para. 44. Директиву 90/220 Совета от 23 апреля 1990 года о преднамеренном привнесении в окружающую среду генетически измененных организмов см. в *Official Journal of the European Communities*, L 117, 8 May 1990.

147. Любопытно отметить, что в 2011 году при рассмотрении дела *European Commission v. Kingdom of Spain* Европейский суд подчеркнул, что с экономической точки зрения превентивный подход более эффективен, чем меры реагирования<sup>194</sup>. Кроме того, эти аргументы приводятся в военных справочниках на эту тему (например, в совместных военных справочниках, разработанных в Финляндии, Швеции и Соединенных Штатах).

### С. Принцип «загрязнитель платит»

148. Принцип «загрязнитель платит» восходит к делам *Плавильный завод в Трейле* и *Фабрика в Хожуве*<sup>195</sup>. Его цель заключается в компенсации ущерба. Можно с уверенностью сказать, что этот принцип был «изначально задуман в качестве инструмента распределения расходов на предотвращение загрязнения и меры по борьбе с ним, а затем на его основе постепенно сформировалась полноценная стратегия защиты окружающей среды, обеспечения охраны здоровья и безопасности людей, управления ресурсами и обеспечения экологически устойчивой деятельности в целом»<sup>196</sup>. Принцип «загрязнитель платит» применим как в межгосударственных отношениях, так и в контексте режима гражданской ответственности.

149. В 1987 году группа по урегулированию спора в рамках ГАТТ вынесла решение по делу *United States—Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances*, согласно которому правила ГАТТ о корректировке таможенных пошлин позволяют сторонам применять данный принцип, но не требуют этого. Группа заявила, что эти правила «дают контрагенту... возможность применять принцип “загрязнитель платит”», но не обязывают государства это делать<sup>197</sup>. Европейский суд также учел этот принцип в деле *Standley* и других, отметив, что «принцип “загрязнитель платит” отражает принцип соразмерности»<sup>198</sup>.

### D. Оценка воздействия на окружающую среду

150. Оценка воздействия на окружающую среду является частью работы по предотвращению экологического ущерба. Как отмечалось выше, проведение этой оценки является обязательной процедурой. При этом она не требует применения материально-правовых экологических стандартов и не предусматривает получения каких-либо конкретных результатов<sup>199</sup>. Несмотря на это, обязанность проводить оценку воздействия на окружающую среду была закреплена в национальном и международном праве. Одной из важнейших конвенций в этой связи является Конвенция

об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте.

151. В решении по делу *Маффесини* МЦУИС подтвердил, что оценка воздействия на окружающую среду является «основой для обеспечения надлежащей защиты окружающей среды и применения соответствующих превентивных мер»<sup>200</sup>. Арбитры также отметили, что это верно «не только в испанском... праве, но и всё в большей степени в международном праве»<sup>201</sup>.

152. В решении по делу *Железная дорога «Айрон Райн»* арбитражный суд отметил, что «возобновление работы железной дороги “Айрон Райн” нельзя рассматривать отдельно от мер по защите окружающей среды, необходимых в связи с предполагаемым использованием железной дороги. Эти меры должны быть полностью учтены в проекте и его стоимости»<sup>202</sup>. В решении по этому делу суд выступил в поддержку соблюдения общего требования о проведении оценки воздействия на окружающую среду в соответствии с международным правом, а также подчеркнул растущую важность обязанности предотвращения. В предыдущих работах Комиссии требование проводить оценку воздействия на окружающую среду также характеризуется как «весьма распространенное»<sup>203</sup>.

153. В своем первом докладе за 2014 год Исследовательская группа по вопросу о должной осмотрительности в международном праве Ассоциации международного права заявляет, что проведение такой оценки может быть одним из способов соблюдения государством стандарта должной осмотрительности<sup>204</sup>.

### E. Должная осмотрительность

154. В международном праве должная осмотрительность является многофункциональным принципом, который применим как в мирное время, так и в ситуациях вооруженного конфликта. В судебной практике имеется значительное количество ссылок на «должную осмотрительность»<sup>205</sup>, а ее исторические корни прослеживаются на несколько столетий. Данное обязательство имеет широкое содержание, поскольку оно применимо в различных отраслях международного права. Например, его применение не ограничивается случаями, когда на территории государства присутствуют иностранцы. Оно применимо в международном инвестиционном праве, праве прав человека и даже в контексте права вооруженных конфликтов.

155. Исходя именно из этой многофункциональности принципа должной осмотрительности Ассоциация

<sup>194</sup> Case C-400/08, *European Court Reports 2011 I*, para. 92.

<sup>195</sup> *Case concerning the Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8 of 26 July 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9.*

<sup>196</sup> Schwartz, “The polluter-pays principle”, pp. 256–257.

<sup>197</sup> Panel report adopted on 17 June 1987 (L/6175-34S/136), в *GATT, Basic Instruments and Selected Documents: Thirty-fourth Supplement* (Geneva, 1988), p. 161, para. 5.2.5.

<sup>198</sup> *The Queen. v. Secretary of State for the Environment, Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte H. A. Standley and Others and D.G.D. Metson and Others*, Case C-293/97, *European Court Reports 1999 I*, para. 52.

<sup>199</sup> Elias, “Environmental impact assessment”, p. 227.

<sup>200</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, 2001, ICSID Case No. ARB/97/7, award, 13 November 2000, para. 67.

<sup>201</sup> *Ibid.*

<sup>202</sup> UNRIAA, vol. XXVII (см. сноску 156 выше), para. 223.

<sup>203</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 192, пункт 4) комментария к проекту статьи 7 проектов статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности.

<sup>204</sup> International Law Association, First report of the Study Group on due diligence in international law, 7 March 2014, p. 28.

<sup>205</sup> Специальный докладчик вернется к этому вопросу позднее.

международного права создала исследовательскую группу по вопросу о должной осмотрительности в международном праве. Ее цель заключается в том, чтобы «рассмотреть степень общности понимания концепции должной осмотрительности в различных отраслях международного права, в которых она применяется»<sup>206</sup>.

156. Как ранее было отмечено Комиссией в ее работе по проектам статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, а также Исследовательской группой по вопросу о должной

<sup>206</sup> International Law Association, First report of the Study Group... (см. сноску 204 выше), p. 1.

осмотрительности в международном праве, стандарт должной осмотрительности является обязательством поведения, а не обязательством результата<sup>207</sup>. В этой связи примечательно, что Международный трибунал по морскому праву в своем консультативном заключении по вопросу о добыче полезных ископаемых на морском дне постановил, что принятие мер предосторожности является частью должной осмотрительности<sup>208</sup>.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>208</sup> *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area (Request for Advisory Opinion Submitted to the Seabed Disputes Chamber)*, advisory opinion of 1 February 2011, Case No. 17, *ITLOS Reports 2011*, p. 46, para. 131.

## ГЛАВА XI

### Права человека и окружающая среда

157. Часто подчеркивается, что права человека не могут осуществляться в условиях деградировавшей окружающей среды. Тем не менее из этого автоматически не следует существования нормы обычного права, устанавливающей индивидуальное право человека на чистую окружающую среду. Связь между чистой окружающей средой и осуществлением прав человека устанавливается опосредованно через другие закрепленные права, такие как право на здоровье, питание и приемлемые условия жизни<sup>209</sup>.

158. Взаимосвязь между окружающей средой и международным правом прав человека рассматривается в различных региональных контекстах. Как следует из примеров ниже, подход к нормам в области прав человека, применяемый в определенных региональных документах и определенными органами по правам человека, доказывает, что такие нормы имеют потенциальное значение для данной темы.

159. Так, Европейская конвенция о правах человека не предусматривает общего права на охрану окружающей среды как такового, но Европейский суд по правам человека установил, что экологические вопросы связаны с другими правами<sup>210</sup>. Например, Европейский суд по правам человека квалифицировал

<sup>209</sup> Но см. также Африканскую хартию прав человека и народов и Дополнительный протокол к Американской конвенции о правах человека, касающийся экономических, социальных и культурных прав. В данных конвенциях эти так называемые «права третьего поколения» кодифицированы в качестве коллективных прав. Статья 24 Африканской хартии гласит: «Все народы имеют право на общий удовлетворительный уровень окружающей среды, благоприятствующий их развитию». Отсюда явно следует, что право принадлежит «народам», а не индивиду (лицу). Однако именно отдельные лица пользуются этим правом в составе своего коллектива (народа). Кроме того, статья 11 Дополнительного протокола к Американской конвенции о правах человека, касающегося экономических, социальных и культурных прав, устанавливает индивидуальное право на «здоровую окружающую среду» и вводит обязанность государств «содействовать защите, сохранению и улучшению окружающей среды».

<sup>210</sup> *Di Sarno and Others v. Italy*, no. 30765/08, 10 January 2012, para. 80; и *Kyrtatos v. Greece*, no. 41666/98, ECHR 2003-VI (extracts), para. 52.

определенные действия как нарушение права на жизнь или здоровье, а также права на неприкосновенность жилища и частной и семейной жизни<sup>211</sup>.

160. Европейская конвенция по правам человека не предусматривает прямо индивидуального права на чистую окружающую среду, но некоторые ее положения могут быть истолкованы в этом ключе. Европейский суд по правам человека неоднократно утверждал наличие позитивной обязанности государств-членов принимать разумные и целесообразные меры для защиты окружающей среды<sup>212</sup>. Можно сказать, что эти обязанности аналогичны обязанностям, нашедшим отражение в принципе предотвращения и предосторожности. Существуют разногласия относительно степени свободы усмотрения, которая предоставляется государствам, и этот вопрос можно решить только с учетом обстоятельств конкретного дела<sup>213</sup>. Вместе с тем признается, что государства должны обеспечивать сбалансированность общих интересов сообщества в отношении экологических целей с правами отдельных лиц<sup>214</sup>.

161. Помимо этого, в некоторых решениях, принятых в рамках межамериканской системы, содержатся требования о раскрытии информации соответствующим народам. Обязанность раскрывать информацию<sup>215</sup>, выведенная из права прав человека, в

<sup>211</sup> *López Ostra v. Spain*, no. 16798/90, 9 December 1994, Series A no. 303C; и *Guerra and Others v. Italy* [GC], no. 14967/89, ECHR 1998-I.

<sup>212</sup> *Băcilă v. Romania*, no. 19234/04, 30 March 2010, para. 60; и *Di Sarno and Others v. Italy*, no. 30765/08, 10 January 2012, para. 80.

<sup>213</sup> *Hatton and Others v. United Kingdom* [GC], no. 36022/97, ECHR 2003-VIII, para. 86.

<sup>214</sup> *López Ostra v. Spain*, 9 December 1994, Series A no. 303-C, para. 51; и *Hatton and Others v. United Kingdom*, no. 36022/97, 2 October 2001, paras. 96–97. См. также *Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland*, no. 22110/93, *Reports of Judgments and Decisions 1997-IV*, Dissenting Opinion of Judge Pettiti, joined by Judges Gölcüklü, Walsh, Russo, Valticos, Lopes Rocha and Jambrek, pp. 1361 *et seq.*

<sup>215</sup> *Guerra and Others v. Italy* [GC], no. 14967/89, ECHR 1998-I, para. 60.

достаточной степени отражена в процессуальном аспекте принципа должной осмотрительности<sup>216</sup>. Требование консультироваться с общественностью подразумевает обязанность раскрывать информацию. В решениях по вопросам окружающей среды, принятых в рамках межамериканской системы (Судом или Комиссией), упоминается ряд прав, принадлежащих американским народам, таких как право на собственность, свободу передвижения и выбора места жительства, гуманное обращение, судебные гарантии и судебную защиту<sup>217</sup>. Изучив эти решения, насколько это было возможно, мы не обнаружили в них неясных ссылок на принципы экологического права.

162. В сообщении Африканской комиссии по правам человека и народов по делу *Ogoniland*<sup>218</sup> разъясняется обязанность государств принимать разумные меры для предотвращения экологического ущерба. Помимо обязанности избегать прямого участия в загрязнении воздуха, воды и почвы, в сообщении Африканской комиссии также изложена обязанность защищать население от экологического ущерба<sup>219</sup>. В сообщении подчеркивается, что для осуществления права на здоровье и чистую окружающую среду важны следующие меры: «независимое научное наблюдение за окружающей средой, которая находится под угрозой», проведение общественного анализа экологических и социальных последствий перед строительством любого «крупного промышленного комплекса» и «наблюдение и предоставление информации общинам, которые подвергаются риску, связанному с опасными материалами и деятельностью»<sup>220</sup>. Следует отметить, что эти требования, перечисленные в решении по делу *Ogoniland*, почти идентичны требованиям, связанным с оценкой воздействия на окружающую среду, в экологическом праве.

163. Так как права человека отличаются по юридическому характеру от норм международного экологического права, четкое сравнение между ними провести затруднительно. Иными словами, права человека гарантируют права, принадлежащие личности, а международное экологическое право распространяется прежде всего на межгосударственные отношения<sup>221</sup>.

<sup>216</sup> International Law Association, Study Group on due diligence in international law (см. сноски 209 выше), p. 28.

<sup>217</sup> См., например, *Raposa Serra Do Sol Indigenous Peoples v. Brazil*, decision on admissibility, 23 October 2010, report No. 125/10 of the Inter-American Commission on Human Rights; *Case of the Saramaka People v. Suriname*, judgment of 28 November 2007, Inter-American Court of Human Rights Series C No. 172; и другие дела, цитируемые в собрании региональных решений на веб-сайте Специального докладчика Организации Объединенных Наций по вопросу о правозащитных обязательствах, связанных с использованием безопасной, чистой, здоровой и устойчивой окружающей средой, Джона Х. Нокса, имеется по адресу <http://icenvironment.org/regional-decisions>.

<sup>218</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 155/96, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*, 27 October 2001.

<sup>219</sup> *Ibid.*, para. 50.

<sup>220</sup> *Ibid.*, para. 53.

<sup>221</sup> Так эту разницу описывает в своем первом докладе Исследовательская группа Ассоциации международного права по вопросу о должной осмотрительности в международном праве (см. сноску 209 выше): «Международное право прав человека... отличается

Это объясняет, почему в праве прав человека ссылки на экологическое право встречаются нечасто, а в тех редких случаях, когда они встречаются, они в основном косвенные.

#### *Коренные народы и экологические права*

164. Коренные народы состоят в особых отношениях со своими исконными землями. У них есть собственные разнообразные концепции развития, основанные на их традиционных ценностях, представлениях, потребностях и приоритетах<sup>222</sup>. Их исконные земли имеют основополагающее значение для их коллективного физического и культурного выживания как народов<sup>223</sup>. Связь между коренными народами и их землями очевидна также из того факта, что 95% первых 200 районов с наибольшим биоразнообразием видов, которым угрожает наибольшая опасность, являются территориями коренных народов<sup>224</sup>.

165. Права коренных народов возникают в силу «признания того, что их особые отношения с окружающей средой и важность этих отношений для их выживания в качестве обособленных народов отделяют их от остального населения и требуют особого правового статуса»<sup>225</sup>. Права коренных народов признаны в ряде договоров и документов, а также в судебной практике<sup>226</sup>.

166. Коренные народы могут особо пострадать от вооруженного конфликта. В связи с этим важно отметить, что в статье 16 Конвенции МОТ (№ 169) о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, в независимых странах<sup>227</sup> прямо затрагивается вопрос о вынужденном перемещении коренных

от большинства других отраслей международного права тем, что оно применимо в основном к внутренним делам государств. В других отраслях, таких как международное экологическое право, в силу принципа суверенитета внутренние дела государств в основном не рассматриваются, а рассматривается *трансграничный* (между-народ-ный) моральный или материальный ущерб» (p. 14).

<sup>222</sup> United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues, "Who are indigenous peoples?", Fact Sheet. Имеется по адресу [https://unstats.un.org/UNSD/geoinfo/UNGEGN/docs/26th-gegn-docs/UN%20PFII%205session\\_factsheet1.pdf](https://unstats.un.org/UNSD/geoinfo/UNGEGN/docs/26th-gegn-docs/UN%20PFII%205session_factsheet1.pdf).

<sup>223</sup> *Ibid.*

<sup>224</sup> Oviedo, Maffi and Larsen, *Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity*.

<sup>225</sup> Plant, *Land Rights and Minorities*, p. 7.

<sup>226</sup> В их число входят Конвенция о биологическом разнообразии, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию (*Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 года* (A/CONF.151.26/Rev.1 (Vol I)), vol. I, *Резолюции, принятые на Конференции* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.93.1.8 и исправление), резолюция 1, приложения I и II), Декларация о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам (резолюция 47/135 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1992 года, приложение) и Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов (резолюция 61/295 Генеральной Ассамблеи от 13 сентября 2007 года, приложение).

<sup>227</sup> Эта конвенция является пересмотренным вариантом Конвенции МОТ (№ 107) о защите и интеграции коренного и другого населения, ведущего племенной и полуплеменной образ жизни, в независимых странах.

народов<sup>228</sup>. Одно из важнейших положений Конвенции содержится в статье 16, которая гласит, что коренные народы не выселяются с их земель (пункт 1). Это базовый принцип, который должен применяться во всех обычных обстоятельствах. При этом признается, что могут быть обстоятельства, когда это становится неизбежным, но только в виде исключительной меры (пункт 2). В тех случаях, когда переселение необходимо, коренные народы получают право на

<sup>228</sup> ILO, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights in Practice: A Guide to ILO Convention No. 169* (Geneva, 2009), pp. 97–98.

возвращение по прекращении действия оснований, вызвавших переселение (пункт 3). Например, в случае войны или стихийного бедствия после их окончания они могут вернуться на свою землю. В случаях, когда такое неизбежное переселение становится постоянным, коренные народы имеют право на земли, которые по качеству и своему правовому положению равны ранее занимаемым им землям. Это может включать права, связанные с сельскохозяйственным потенциалом земель, и правовое признание права собственности на эту землю (пункт 4).

## ГЛАВА XII

### Будущая программа работы

167. Во втором докладе основное внимание будет уделено праву, применимому как в международных, так и немеждународных вооруженных конфликтах. В нем будут более подробно рассмотрены конкретные аспекты, которые в настоящем докладе были затронуты лишь вкратце, включая относящиеся к данной теме вопросы прав человека и коренных народов. Во втором докладе будет содержаться анализ всех существующих норм права вооруженных конфликтов, относящихся к данной теме, а также их отношения к соответствующему праву, применимому в мирное время. Второй доклад будет отличаться по характеру от настоящего доклада. Скорее всего, он будет более аналитическим и конкретным, поскольку будет содержать предложения по руководящим принципам (выводы/рекомендации). Третий доклад (2016 года) будет посвящен постконфликтным мерам. В нем, вероятно, будет содержаться ограниченное число руководящих принципов, выводов или рекомендаций.

168. В докладе, представленном Специальным докладчиком в 2013 году, предусматривались трехлетние временные рамки с ежегодным представлением одного доклада на рассмотрение Комиссии. Специальный докладчик считает эти временные рамки реалистичными при условии, что результатом работы станут руководящие принципы, выводы или рекомендации.

169. Что же касается содержания самих руководящих принципов (выводов/рекомендаций), то Специальный докладчик в своем втором докладе намерена предложить сформулировать их так, чтобы они касались, в частности, общих принципов, превентивных мер, сотрудничества, примеров норм международного права, подходящих для постоянного применения в ходе вооруженных конфликтов и защиты морской среды. В третьем докладе будут содержаться предложения о постконфликтных мерах, включая сотрудничество, обмен информацией и передовыми методами, а также восстановительных мерах.

170. По мнению Специального докладчика, такой план работы предпочтителен. Он позволит Комиссии провести всеобъемлющий обзор правовых трудностей, возникающих в связи с возрастающей

обеспокоенностью экологическими последствиями действий, которые имеют место в контексте вооруженных конфликтов. Самое главное, что он создаст благоприятные условия, в которых Комиссия сможет сделать соответствующие выводы и рекомендовать практические руководящие принципы.

171. При необходимости активизации процесса постепенного развития или кодификации в дальнейшем Комиссии или государствам потребуются принять соответствующее решение. Настоящий подход может показаться слишком осторожным или даже недостаточно масштабным, но нельзя недооценивать эффект мелких шагов. Кроме того, он вполне соответствует статье 1 Положения о Комиссии, а именно тому, что «Комиссия имеет своей целью содействие прогрессивному развитию международного права и его кодификации».

172. Специальный докладчик принимает к сведению различные мнения, высказанные как в Комиссии, так и в Генеральной Ассамблее относительно окончательного результата, решение по которому еще не принято. Хотя Специальный докладчик высказала свою первоначальную точку зрения, все зависит от будущего решения Комиссии<sup>229</sup>.

173. Специальный докладчик продолжит консультации с другими структурами, такими как МККК, ЮНЕСКО и ЮНЕП, а также региональными организациями. Вместе с тем было бы очень полезно, если бы Комиссия повторно обратилась к государствам с просьбой представить примеры случаев, когда нормы международного экологического права, включая региональные и двусторонние договоры, продолжают действовать во время международных или немеждународных конфликтов. Также было бы полезно, если бы государства представили примеры национального законодательства, имеющие отношение к данной теме, и судебные прецеденты применения международного или внутреннего экологического права.

<sup>229</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 86, пункт 143.

## ПРИЛОЖЕНИЕ

## Избранная библиография

- AJIBOLA, Bola  
 “Protection of the environment in times of armed conflict”, в Najeeb Al-Nauimi and Richard Meese, eds., *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 75–93.
- ALMOND, Harry H., Jr.  
 “The use of the environment as an instrument of war”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 2, No. 1 (1991), pp. 455–468.
- ALSTON, Philip, Jason MORGAN-FOSTER, and William ABRESCH  
 “The competence of the UN Human Rights Council and its special procedures in relation to armed conflicts: extrajudicial executions in the ‘War on Terror’”, *European Journal of International Law*, vol. 19, No. 1 (2008), pp. 183–209.
- ANDERSON, Terry L., and J. Bishop GREWELL  
*The greening of foreign policy*. PERC Policy Series, No. 20, No. 20, Bozeman (Montana), Property and Environment Research Center, 2000.
- ANTOINE, Philippe  
 “International humanitarian law and the protection of the environment in time of armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 32, No. 291 (1992), pp. 517–537.
- ANTON, Donald K., and Dinah L. SHELTON  
*Environmental Protection and Human Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- ARRAIZA NAVAS, Fermín Luis, and Pedro J. VARELA FERNÁNDEZ  
 “Vieques: prácticas de guerra, derechos humanos y ambiente”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 70, No. 1 (2001), pp. 209–233.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES  
*Problemas Internacionales del Medio Ambiente: VIII Jornadas, Barcelona, 2 a 5 de julio de 1984*. Bellaterra (Barcelona), Universidad Autónoma de Barcelona, 1985.
- AUSTIN, Jay, and Carl E. BRUCH, eds.  
*The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*. Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- BÄCHLER, Günther, and Kurt R. SPILLMAN, eds.  
*Environmental Degradation as a Cause of War, Vol. III: Country Studies of External Experts*. Chur-Zurich, Rüegger, 1996.
- BAKER, Betsy  
 “Legal protections for the environment in times of armed conflict”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 33, No. 2 (1993), pp. 351–383.
- BANERJEE, Rishav  
 “Destruction of environment during an armed conflict and violation of international law: a legal analysis”, *Asian Yearbook of International Law*, vol. 15 (2009), pp. 145–188.
- BARBOZA, Julio  
*The Environment, Risk and Liability in International Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.
- BARNED, Ashley, and Christopher WATERS  
 “The Arctic environment and international humanitarian law”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 49 (2011), pp. 213–241.
- BASSIOUNI, M. Cherif  
 “International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, No. 4 (1996), pp. 63–74.
- BEN MAHFOUDH, Haykel  
*L’environnement, l’humanitaire et le droit international*. Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2010.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE, and Catherine REDGEWELL  
*International Law and the Environment*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BLATTMANN, Heidi  
 “Environmental damage from the Gulf war”, *Swiss Review of World Affairs*, vol. 42, No. 3 (1992), pp. 27–28.
- BLISHCHENKO, Igor P., and Vladimir P. SHAVROV  
 “The legal basis of claims for damage to the environment resulting from military action”. *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 40, No. 1 (1989), pp. 29–45.
- BLOM, Esther, and others, eds.  
*Nature in War: Biodiversity Conservation during Conflicts* (International Seminar, Utrecht, 12 May 2000). Leiden, Netherlands Commission for International Nature Protection, 2000.
- BODANSKY, Daniel  
*Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*. Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2003.
- BODANSKY, Daniel, Jutta BRUNNÉE and Ellen HEY, eds.  
*The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BOELART-SUOMINEN, Sonja Ann Jozef  
*International Environmental Law and Naval War: The Effect of Marine Safety and Pollution Conventions during International Armed Conflict*. Newport Paper, No. 15. Newport, Naval War College, 2000.
- BOTHE, Michael  
 “The protection of the environment in times of armed conflict: legal rules, uncertainty, deficiencies and possible developments”, *German Yearbook of International Law*, vol. 34 (1991), pp. 54–62.
- “Protection of the environment in times of armed conflict”, в Najeeb Al-Nauimi and Richard Meese, eds., *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 75–104.
- BOTHE, Michael, and others  
*Protection of the Environment in Times of Armed Conflict*. Report to the Commission of the European Communities, SJ/110/85, 1985.
- “International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities”, *International Review of the Red Cross*, vol. 92, No. 879 (2010), pp. 569–592.
- BOTHE, Michael, Karl Josef PARTSCH and Waldemar A. SOLFAL  
*New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 2nd ed. The Hague, Martinus Nijhoff, 2013.
- BOUVIER, Antoine  
 “La protection de l’environnement naturel en période de conflit armé”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 73, No. 792 (1991), pp. 599–611.



- BOWMAN, Michael  
 “Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm”, в Michael Bowman and Alan Boyle, eds., *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Evaluation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 41–61.
- BROWN WEISS, Edith  
*International Law for a Water-Scarce World*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2013.
- BRUCH, Carl, and others  
*Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa*, 2nd ed. Washington, D.C., Environmental Law Institute, 2007.
- “Post-conflict peace building and natural resources”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 19 (2008), pp. 58–96.
- BUNKER, Alice Louise  
 “Protection of the environment during armed conflict: one Gulf, two wars”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 13, No. 2 (2004), pp. 201–213.
- CARON, David D.  
 “Finding out what the oceans claim: the 1991 Gulf War, the marine environment, and the United Nations Compensation Commission”, в David D. Caron and Harry N. Scheiber, eds., *Bringing New Law to Ocean Waters*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 393–415.
- CLÉMENT, Étienne  
 “Le réexamen de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé”, в Najeeb Al-Naumi and Richard Meese, eds., *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 133–150.
- CORTINA MENDOZA, Roxana, and Víctor SACO CHUNG  
 “La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario”, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte*, vol. 51 (2007), pp. 255–277.
- CRAWFORD, Alex, and Johannah BERNSTEIN  
*MEAs, Conservation and Conflict: A Case Study of Virunga National Park, DRC*. Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2008.
- CRAWFORD, Emily  
 “Armed conflict, international”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 612–626.
- DAM-DE JONG, Daniëlla A.  
 “International law and resource plunder: the protection of natural resources during armed conflict”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 19 (2008), pp. 27–57.
- “From engines for conflict into engines for sustainable development: the potential of international law to address predatory exploitation of natural resources in situations of internal armed conflict”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 155–177.
- International law and governance of natural resources in conflict and post-conflict situations*. PhD thesis, Leiden Law School, Leiden University, 2013.
- DAS, Onita  
*Environmental Protection, Security and Armed Conflict: A Sustainable Development Perspective*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.
- “Environmental protection in armed conflict: filling the gaps with sustainable development”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 103–128.
- D’ASPREMONT, Jean  
 “Towards an international law of brigandage: interpretative engineering for the regulation of natural resource exploitation”, *Asian Journal of International Law*, vol. 3 (2013), pp. 1–24.
- DEBONNET, Guy, and Kes HILLMAN-SMITH  
 “Supporting protected areas in a time of political turmoil: the case of world heritage sites in the Democratic Republic of the Congo”, *Parks*, vol. 14, No. 1 (2004), pp. 9–16.
- DE SADELEER, Nicolas  
*EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford, Oxford University Press, 2014.
- DESCH, Thomas  
 “Haftung für Umweltschäden im Krieg: einige Bemerkungen zu I.P. Blishchenko und V.Ph. Shavrov”, *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 40 (1989), pp. 47–71.
- DESGAGNÉ, Richard  
 “The prevention of environmental damage in time of armed conflict: proportionality and precautionary measures”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), pp. 109–129.
- DOMÍNGUEZ-MATÉS, Rosario  
 “Desafío para el derecho internacional humanitario: responsabilidad penal internacional del individuo por daños al medio ambiente durante un conflicto armado”, *American University International Law Review*, vol. 20 (2004), pp. 43–69.
- “New weaponry technologies and international humanitarian law: their consequences on the human being and the environment”, в Pablo Antonio Fernández-Sánchez, ed., *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts: In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo-Salcedo*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 91–119.
- DORSEY, Jessica, and others  
 Protection of the environment in armed conflict: testing the adequacy of international law—conference notes, The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 7 November 2011.
- DORSOUMA, Al-Hamandou, and Michel-André BOUCHARD  
 “Conflits armés et environnement. Cadres, modalités, méthodes et rôle de l’évaluation environnementale”, *Développement durable et territoires*, vol. 8 (2006).
- DOUHAN, Alena  
 “Liability for environmental damage”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. VI, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 830–837.
- DROEGE, Cordula, and Marie-Louise TOUGAS  
 “The protection of the natural environment in armed conflict—existing rules and need for further legal protection”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 21–52.
- DUBARRY HUSTON, Meredith  
 “Wartime environmental damages: financing the clean-up”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 23, No. 4 (2002), pp. 899–929.
- ELIAS, Olufemi  
 “Environmental impact assessment”, в Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 227–242.
- ENGFELDT, Lars-Göran  
*From Stockholm to Johannesburg and Beyond: The Evolution of the International System for Sustainable Development Governance and its Implications*. Stockholm, Government Offices of Sweden, 2009.

- ENIANG, Edem A., Amleset HAILE, and Teshale YIHDEGO  
 “Impacts of landmines on the environment and biodiversity”, *Environmental Policy and Law*, vol. 37, No. 6 (2007), pp. 501–504.
- FALK, Richard A.  
 “The inadequacy of the existing legal approach to environmental protection in wartime”, в Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 137–155.  
 “Environmental disruption by military means and international law”, в Arthur H. Westing, ed., *Environmental Warfare: A Technical, Legal and Policy Appraisal*, London, Taylor and Francis, 1984, pp. 33–51.
- FELICIANO, Florentino P.  
 “Marine pollution and spoliation of natural resources as war measures: a note on some international law problems in the Gulf War”, *Houston Journal of International Law*, vol. 14, No. 3 (1992), pp. 483–519.
- FENRICK, W.J.  
 “The law applicable to targeting and proportionality after Operation Allied Force: a view from the outside”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), pp. 53–80.
- FITZMAURICE, Malgosia, David M. ONG and Panous MERKOURIS, eds.  
*Research Handbook on International Environmental Law*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.
- FLECK, Dieter  
 “Current legal and policy issues”, в Julie Dahlitz, ed., *Future Legal Restraints on Arms Proliferation* (United Nations publication, Sales No. G.V.E.96.0.24), 1996, pp. 21–46.  
 “The protection of the environment in armed conflict: legal obligations in the absence of specific rules”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 7–20.
- FRENCH, Duncan  
 “Sustainable development”, в Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 51–68.
- GARDAM, Judith G.  
 “Energy and the law of armed conflict”, *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 15, No. 2 (1997), pp. 87–96.
- GASSER, Hans-Peter  
 “For better protection of the natural environment in armed conflict: a proposal for action”, *AJIL*, vol. 89, No. 3 (1995), pp. 637–644.
- GEHRING, Réa  
*La protection de l’environnement en période de conflit armé: que peut ou pourrait apporter la Cour pénale internationale*, dissertation, University of Lausanne, 2001.
- GILLESPIE, Alexander  
*Conservation, Biodiversity and International Law*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011.
- GOLDBLAT, Jozef  
 “Legal protection of the environment against the effects of military activities”, *Bulletin of Peace Proposals*, vol. 22, No. 4 (1991), pp. 399–406.  
 “The mitigation of environmental disruption by war: legal approaches”, в Arthur H. Westing, ed., *Environment Hazards of War: Releasing Dangerous Forces in an Industrialized World*, London, Sage, 1990, pp. 48–60.  
 “Protection of the natural environment against the effects of military activities: legal implications”, *Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften*, vol. 3 (1992), pp. 133–136.
- GREEN, L.C.  
 “The environment and the law of conventional warfare”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 29 (1991), pp. 222–237.
- GREENWOOD, Christopher  
 “State responsibility and civil liability for environmental damages caused by military operations”, в Richard J. Grunawalt, John E. King and Ronald S. McClain, eds., *Protection of the Environment During Armed Conflict*, Newport, Naval War College, 1996, pp. 397–415.
- GUILLARD, David  
*Les armes de guerre et l’environnement naturel: essai d’étude juridique*. Paris, L’Harmattan, 2006.
- HAGMANN, Tobias  
 “Confronting the concept of environmentally induced conflict”, *Peace, Conflict and Development*, vol. 6 (2005), pp. 1–22.
- HALLE, Silja, ed.  
*From Conflict to Peacebuilding: The Role of Natural Resources and the Environment*. Nairobi, UNEP, 2009.
- HARWELL, Emily E.  
 “Building momentum and constituencies for peace: the role of natural resources in transitional justice and peacebuilding”, в Carl Bruch, Carroll Muffet and Sandra S. Nichols, eds., *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Routledge, готовится к публикации.
- HAWLEY, T.M.  
*Against the Fires of Hell: The Environmental Disaster of the Gulf War*. New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1992.
- HEINTSCHEL VON HEINEGG, Wolff, and Michael DONNER  
 “New developments in the protection of the natural environment in naval armed conflicts”, *German Yearbook of International Law*, vol. 37 (1994), pp. 281–314.
- HENCKAERTS, Jean-Marie  
 “International legal mechanisms for determining liability for environmental damage under international humanitarian law”, в Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 602–619.
- HERCZEGH, Géza  
 “La protection de l’environnement naturel et le droit humanitaire”, в Christophe Swinarski, ed., *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 725–733.
- HOURLCLE, Laurent R.  
 “Environmental law of war”, *Vermont Law Review*, vol. 25, No. 3 (2001), pp. 653–693.
- HUANG, Ling-Yee  
 “The 2006 Israeli–Lebanese conflict: a case study for protection of the environment in times of armed conflict”, *Florida Journal of International Law*, vol. 20, No. 1 (2008), pp. 103–113.
- HULME, Karen  
*War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.  
 “Taking care to protect the environment against damage: a meaningless obligation?”, *International Review of the Red Cross*, vol. 92, No. 879 (2010), pp. 675–691.
- JENSEN, David  
 “Evaluating the impact of UNEP’s post-conflict environmental assessments”, в David Jensen and Steve Lonergan, eds., *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding*, Abingdon (Oxon), Earthscan, 2013.

- JENSEN, David, and Silja HALLE, eds.  
*Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law*. Nairobi, UNEP, 2009.
- Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*. Nairobi, UNEP, 2012.
- JENSEN, Eric TALBOT  
 “The international law of environmental warfare: active and passive damage during times of armed conflict”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, No. 1 (2005), pp. 145–186.
- JENSEN, Eric TALBOT, and James J. TEIXEIRA, Jr.  
 “Prosecuting members of the U.S. military for wartime environmental crimes”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 17, No. 4 (2005), pp. 651–671.
- JOYNER, Christopher C., and James T. KIRKHOPE  
 “The Persian Gulf War oil spill: reassessing the law of environmental protection and the law of armed conflict”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 24, No. 1 (1992), pp. 29–62.
- JUSTE Ruiz, José  
 “Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente”, в Juan Soroeta Liceras, ed., *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 3, San Sebastian, University of the Basque Country, 2002, pp. 83–110.
- “Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente”, в Z. D. de Clément, ed., *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. 2, Cordoba, Marcos Lerner, 2002, pp. 1011–1039.
- KARURU, Njeri, and Louise H. YEUNG  
 “Integrating gender into post-conflict natural resource management”, в Carl Bruch, Caroll Muffet and Sandra S. Nichols, eds., *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Routledge, готовится к публикации.
- KEARNS, Brendan  
 “When bonobos meet guerillas: preserving biodiversity on the battlefield”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 24, No. 2 (2012), pp. 123–168.
- KELLMAN, Barry  
 “The Chemical Weapons Convention: a verification and enforcement model for determining legal responsibilities for environmental harm caused by war”, в Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 579–601.
- KIRCHNER, Andree  
 “Environmental protection in time of armed conflict”, *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 9, No. 10 (2000), pp. 266–272.
- KISS, Alexandre  
 “International humanitarian law and the environment”, *Environmental Policy and Law*, vol. 31, Nos. 4–5 (2001), pp. 223–231.
- KISS, Alexandre, and Dinah SHELTON  
*International Environmental Law*, 3rd ed. New York, Transnational Publishers, 2004.
- KNOX, John H.  
 “Assessing the candidates for a global treaty on environmental impact assessment”, *New York University Environmental Law Journal*, vol. 12, No. 1 (2003), pp. 153–168.
- KOPPE, Erik V.  
 “The principle of ambiguity and the prohibition against excessive collateral damage to the environment during armed conflict”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 53–82.
- The Use of Nuclear Weapons and the Protection of the Environment during International Armed Conflict*. Oxford, Hart Publishing, 2008.
- KOROMA, Abdul G.  
 “Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice”, в Jonas Ebbesson and others, eds., *International Law and Changing Perceptions of Security Liber Amicorum Said Mahmoudi*, Leiden, Brill, 2014, pp. 189–201.
- LANDEL, Morgane  
 “Are aerial fumigations in the context of war in Colombia a violation of the rules of international humanitarian law?”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 19, No. 2 (2010), pp. 491–513.
- LANIER-GRAHAM, Susan D.  
*The Ecology of War: Environmental Impacts of Weaponry and Warfare*. New York, Walker, 1993.
- LAUSCHE, Barbara J.  
*Weaving a Web of Environmental Law*. Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2008.
- LAVAUX, Stephanie  
*Degradación ambiental y conflictos armados: las conexiones*. Bogota, Centro Editorial, Universidad del Rosario, 2004.
- LAVIELLE, Jean-Marc  
 “Les activités militaires, la protection de l’environnement et le droit international”, *Revue juridique de l’environnement*, vol. 4 (1992), pp. 421–452.
- LIJNZAAD, Liesbeth, and Gerard J. TANJA  
 “Protection of the environment in times of armed conflict: the Iraq–Kuwait War”, *Netherlands International Law Review*, vol. 40, No. 2 (1993), pp. 169–199.
- LORD, Janet E.  
 “Legal restraints in the use of landmines: humanitarian and environmental crisis”, *California Western International Law Journal*, vol. 25, No. 2 (1995), pp. 311–355.
- LOW, Luan, and David HODGKINSON  
 “Compensation for wartime environmental damage: challenges to international law after the Gulf War”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, No. 2 (1995), pp. 405–483.
- LUBELL, Noam  
 “Challenges in applying human rights law to armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, No. 860 (2005), pp. 737–754.
- LUJALA, Päivi, and Siri Aas RUSTAD, eds.  
*High-value Natural Resources and Post-conflict Peacebuilding*. Abingdon, Earthscan, 2012.
- LUNDBERG, Michael A.  
 “The plunder of natural resources during war: a war crime (?)”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 39, No. 3 (2008), pp. 495–525.
- MAKHJANI, Arjun, Howard HU and Katherine YIH, eds.  
*Nuclear Wastelands: A Global Guide to Nuclear Weapons Production and its Health and Environmental Effects*. Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 1995.
- MALVIYA, R.A.  
 “Laws of armed conflict and environmental protection: an analysis of their inter-relationship”, *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, vol. 1, New Delhi, Indian Society of International Law, 2001, pp. 72–93.

- MARAUHN, Thilo, Georg NOLTE and Andreas PAULUS  
 “Trends in international humanitarian law”, *Human Rights Law Journal*, vol. 29, No. 6–12 (2008), pp. 216–226.
- MARAUHN, Thilo, and Zacharie F. NTOUBANDI  
 “Armed conflict, non-international”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 626–637.
- MARSH, Jeremy  
 “*Lex lata* or *lex ferenda*? Rule 45 of the ICRC study on customary international humanitarian law”, *Military Law Review*, vol. 198 (2008), pp. 116–164.
- MCCARTHY, Conor  
*Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- McNeill, John H.  
 “Protection of the environment in times of armed conflict: environmental protection in military practice”, *Hague Yearbook of International Law*, vol. 6 (1993), pp. 75–84.
- MELVIN, Neil, and Ruben DE KONING  
 “Resources and armed conflict”, *SIPRI Yearbook 2011: Armaments, Disarmament and International Security*, pp. 39–60.
- MENSAH, Thomas A.  
 “United Nations Compensation Commission (UNCC)”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 302–311.
- MÉSA, Rodolphe  
 “Protection de l’environnement et armes de combat: étude de droit international pénal”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 85 (2011), pp. 43–57.
- MOLLARD-BANNELIER, Karine  
*La protection de l’environnement en temps de conflit armé*. Paris, Pedone, 2001.
- MOMTAZ, Djamchid  
 “Les règles relatives à la protection de l’environnement au cours des conflits armés à l’épreuve du conflit entre l’Irak et le Koweït”, *Annuaire français de droit international*, vol. 37 (1991), pp. 203–219.
- MOORE, John Bassett, ed.  
*History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. IV. Washington, D.C., Government Printing Office, 1898.
- MURPHY, Sean D., Won KIDANE and Thomas R. SNIDER  
*Litigating War: Arbitration of Civil Injury by the Eritrea–Ethiopia Claims Commission*. New York, Oxford University Press, 2013.
- NAFZIGER, James A.R.  
 “UNESCO-centered management of international conflict over cultural property”, *Hastings Law Journal*, vol. 27 (1976), pp. 1051–1067.
- OKORODUDU-FUBARA, Margaret T.  
 “Oil in the Persian Gulf War: legal appraisal of an environmental warfare”, *St. Mary’s Law Journal*, vol. 123, No. 1 (1992), pp. 123–219.
- OKOWA, Phoebe  
 “The legal framework for the protection of natural resources in situations of armed conflict”, в Willem J.M. van Genugten, Michael P. Scharf and Sasha E. Radin, eds., *Criminal Jurisdiction 100 Years after the 1907 Hague Peace Conference*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2007, pp. 243–260.
- “Environmental justice in situations of armed conflict”, в Jonas Ebbesson and Phoebe Okowa, eds., *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 231–252.
- OVIDO, Gonzalo, Luisa MAFFI and Peter Bille LARSEN  
*Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the World’s Biological and Cultural Diversity*. Gland, World Wide Fund for Nature, 2000.
- ÖZERDEM, Alpaslan, and Rebecca ROBERTS, eds.  
*Challenging Post-conflict Environments: Sustainable Agriculture*. Burlington (Vermont), Ashgate, 2012.
- PARSONS, Rymn James  
 “The fight to save the planet: U.S. Armed Forces, ‘greenkeeping’ and enforcement of the law pertaining to environmental protection during armed conflict”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 10, No. 2 (1998), pp. 441–500.
- PAVONI, Riccardo  
 “Environmental rights, sustainable development, and investor-State case law: a critical appraisal”, в P.-M. Dupuy, F. Francioni and E.-U. Petersmann, eds., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 525–556.
- PAYNE, Cymie R., and Peter H. SAND, eds.  
*Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission: Environmental Liability*. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- PETERSON, Ines  
 “The natural environment in times of armed conflict: a concern for international war crimes law?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, No. 2 (2009), pp. 325–343.
- PIMIENTO CHAMORRO, Susana, and Edward HAMMOND  
*Addressing Environmental Modification in Post-Cold War Conflict: The Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD) and Related Agreements*. Edmonds (Washington), Edmonds Institute, 2001.
- PLANT, Glen, ed.  
*Environmental Protection and the Law of War: A “Fifth Geneva” Convention on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict*. London, Belhaven Press, 1992.
- PLANT, Roger  
*Land Rights and Minorities*. Minority Rights Group International Report 94/2. London, Minority Rights Group, 1994.
- POPOVIĆ, Neil A.F.  
 “Humanitarian law, protection of the environment, and human rights”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 8, No. 1 (1995), pp. 67–89.
- PRESCOTT, Michael K.  
 “How war affects treaties between belligerents: a case study of the Gulf War”, *Emory International Law Review*, vol. 7, No. 1 (1993), pp. 197–231.
- QUÉNIVET, Noëlle, and Shilan SHAH-DAVIS, eds.  
*International Law and Armed Conflict: Challenges in the 21st Century*. The Hague, T.M.C. Asser Press, 2010.
- QUINN, John P., Richard T. EVANS and Michael J. BOOCK  
 “United States Navy development of operational-environmental doctrine”, в Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 156–170.

- REUVENY, Rafael, Andreea S. MIHALACHE-O'KEEF and Quan Li  
 "The effect of warfare on the environment", *Journal of Peace Research*, vol. 47, No. 6 (2010), pp. 749–761.
- RICH, Andy  
 "The environment: adequacy of protection in times of war", *Penn State Environmental Law Review*, vol. 12, No. 3 (2004), pp. 445–457.
- ROBB, Cairo A.R., ed.  
*International Environmental Law Reports*, vol. 3, *Human Rights and Environment*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- ROBERTS, Adam  
 "The law of war and environmental damage", в Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 47–86.
- ROBINSON, Nicholas A.  
 "International law and the destruction of nature in the Gulf War", *Environmental Policy and Law*, vol. 21, Nos. 5–6 (1991), pp. 216–220.
- ROSCINI, Marco  
 "Protection of the natural environment in time of armed conflict", в Louise Doswald-Beck, Azizur Rahman Chowdhury and Jahid Hossain Bhuiyan, eds., *International Humanitarian Law—An Anthology*, Nagpur, LexisNexis Butterworths, 2009, pp. 155–179.
- ROSELLI, Carina  
*Restoring Iraq's southern marshes: uncertainty in post-conflict Mesopotamia*. Dissertation. Vermont Law School, 20 December 2012.
- "Bordering on desuetude: are Additional Protocol I's environmental provisions no longer serviceable?", 17 January 2013. Статья хранится у Специального докладчика.
- ROSS, Marc A.  
 "Environmental warfare and the Persian Gulf War: possible remedies to combat intentional destruction of the environment", *Dickinson Journal of International Law*, vol. 10, No. 3 (1992), pp. 515–539.
- SAALFELD, Michael  
 "Umweltschutz in bewaffneten Konflikten aus völkerrechtsgeschichtlicher Sicht", *Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften*, vol. 5, No. 1 (1992), pp. 23–32.
- SAND, Peter H.  
 "Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War", *Environmental Policy and Law*, vol. 35, No. 6 (2005), pp. 244–249.
- "Environmental dispute settlement and the experience of the UN Compensation Commission", *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 54 (2011), pp. 151–189.
- SANDS, Philippe  
 "Liability for environmental damage and the report of the UNEP Working Group of Experts: introductory article by the Rapporteur", в Alexandre Timoshenko, ed., *Liability and Compensation for Environmental Damage: Compilation of Documents*, Nairobi, UNEP, 1998, pp. 1–22.
- Principles of International Environmental Law*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SANDS, Philippe and others  
 "The Gulf war: environment as a weapon", *The American Society of International Law: Proceedings of the 85th Annual Meeting*, vol. 85 (1991), pp. 214–229.
- SCHAFER, Bernard K.  
 "The relationship between the international laws of armed conflict and environmental protection: the need to reevaluate what types of conduct are permissible during hostilities", *California Western International Law Journal*, vol. 19, No. 2 (1988–1989), pp. 287–325.
- SCHIAVO GUARNACCI, Emilia  
*Conflictos armados y medio ambiente*. Buenos Aires, Universidad del Salvador, 2006, не опубликовано.
- SCHIEFER, H. Bruno, ed.  
*Verifying Obligations Respecting Arms Control and the Environment: A Post-Gulf War Assessment*. Saskatoon, University of Saskatchewan, 1992.
- SCHMITT, Michael N.  
 "Green war: an assessment of the environmental law of international armed conflict", *Yale Journal of International Law*, vol. 22, No. 1 (1997), pp. 1–109.
- "Humanitarian law and the environment", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 28, No. 3 (2000), pp. 265–323.
- "War and the environment: fault lines in the prescriptive landscape", в Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 87–136.
- SCHWARTZ, Priscilla  
 "The polluter-pays principle", в Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 243–257.
- SHAMBAUGH, James, Judy OGLETHORPE and Rebecca HAM  
*The Trampled Grass: Mitigating the Impacts of Armed Conflict on the Environment*. Washington, D.C., Biodiversity Support Program, 2001.
- SHARP, Walter  
 "The effective deterrence of environmental damage during armed conflict: a case analysis of the Persian Gulf War", *Military Law Review*, vol. 137 (1992), pp. 1–67.
- SINGH, A.P.  
 "Protection of environment during armed conflict: is a new frame of laws necessary?", *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 52, Nos. 3–4 (2010), pp. 453–466.
- SJÖSTEDT, Britta  
 "The role of multilateral environmental agreements in armed conflict: 'green-keeping' in Virunga Park — applying the UNESCO World Heritage Convention in the armed conflict of the Democratic Republic of the Congo", *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 129–153.
- SMITH, Tara  
 "Creating a framework for the prosecution of environmental crimes in international criminal law", в William A. Schabas, Yvonne McDermott and Niamh Hayes, eds., *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Farnham (Surrey), Ashgate, 2013, pp. 45–62.
- SPIEKER, Heike  
*Völkergewohnheitsrechtlicher Schutz der natürlichen Umwelt im internationalen bewaffneten Konflikt*. Bochum: UVB-Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 1992.
- "The conduct of hostilities and the protection of the environment", в Andreas Fischer-Lescano and others, eds., *Frieden in Freiheit—Peace in Liberty—Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag*, Zurich, Dike Verlag, 2008, pp. 741–768.

- STOCKINS ABASCAL, Christine  
Protección del medio ambiente en los conflictos armados. Dissertation. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009.
- TARASOFSKY, Richard G.  
“Legal protection of the environment during international armed conflict”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), pp. 17–79.  
“Protecting especially important areas during international armed conflict: a critique of the IUCN draft convention on the prohibition of hostile military activities in internationally protected areas”, в Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 567–578.
- THIEFFRY, Patrick  
*Droit de l’environnement de l’Union européenne*. 2nd ed. Brussels, Bruylant, 2011.
- THOMAS, Carson  
“Advancing the legal protection of the environment in relation to armed conflict: Protocol I’s threshold of impermissible environmental damage and alternatives”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 83–101.
- TICEHURST, Rupert  
“The Martens Clause and the laws of armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 37, No. 317 (1997), pp. 125–134.
- TIGNINO, Mara  
“Water, international peace and security”, *International Review of the Red Cross*, vol. 92, No. 879 (2010), pp. 647–674.  
*L’eau et la guerre: éléments pour un régime juridique*. Collection of the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Brussels, Bruylant, 2011.
- TIR, Jaroslav, and Douglas M. STINNETT  
“Weathering climate change: can institutions mitigate international water conflict?”, *Journal of Peace Research*, vol. 49, No. 1 (2012), pp. 211–225.
- TOLENTINO, Amado S., Jr.  
“Armed conflict and the environment: legal perspectives”, *Philippine Law Journal*, vol. 81, No. 3 (2007), pp. 377–389.  
“The law of armed conflict *vis-à-vis* the environment”, в *International Law: New Actors, New Concepts – Continuing Dilemmas: Liber Amicorum Boidar Bakoti?*, Budislav Vukas and Trpimir M. Šošić, eds. Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 595–606.
- TROUWBORST, Arie  
*Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*. International Environmental Law and Policy Series, vol. 62. The Hague, Kluwer Law International, 2002.
- TUCKER, Matthew L.  
“Mitigating collateral damage to the natural environment in naval warfare: an examination of the Israeli naval blockade of 2006”, *Naval Law Review*, vol. 57 (2009), pp. 161–201.
- TÜRK, Helmut  
“The negotiation of a new Geneva-style convention: a government lawyer’s perspective”, в Glen Plant, ed., *Environmental Protection and the Law of War: A “Fifth Geneva” Convention on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict*, London, Belhaven Press, 1992, pp. 96–103.
- VAN DER POLL, Letetia, and Ashraf BOOLEY  
“In our common interest: liability and redress for damage caused to the natural environment during armed conflict”, *Law, Democracy and Development*, vol. 15 (2011), pp. 90–129.
- VAN DER VYVER, Johan D.  
“The environment: State sovereignty, human rights, and armed conflict”, *Emory International Law Review*, vol. 23, No. 1 (2009), pp. 85–112.
- VENTURINI, Gabriella  
“Disasters and armed conflict”, в Andrea de Guttry, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., *International Disaster Response Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 251–266.  
“International disaster response law in relation to other branches of international law”, в Andrea de Guttry, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., *International Disaster Response Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 45–64.
- VERWEY, Wil D.  
“Observations on the legal protection of the environment in times of international armed conflict”, *Hague Yearbook of International Law*, vol. 7 (1994), pp. 35–52.  
“Protection of the environment in times of armed conflict: in search of a new legal perspective”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 8, No. 1 (1995), pp. 7–40.
- VIALLE, Anne-Cécile, and others.  
“Peace through justice? International tribunals and accountability for wartime environmental wrongs”, в Carl Bruch, Carroll Muffet and Sandra S. Nichols, eds., *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Routledge, готовится к публикации.
- VIÑUALES, Jorge E.  
“Cartographies imaginaires: observations sur la portée juridique du concept de ‘régime spécial’ en droit international”, *Journal du droit international*, vol. 140, No. 2 (2013), pp. 405–425.
- VOIGT, Christina  
*Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- VÖNEKY, Silija  
“A new shield for the environment: peacetime treaties as legal restraints of wartime damage”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 9, No. 1 (2000), pp. 20–32.  
“Peacetime environmental law as a basis of State responsibility for environmental damage caused by war”, в Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 190–225.  
*Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in internationalen bewaffneten Konflikten*. Berlin, Springer, 2001.
- WALEIJ, Annica and others  
*Greening Peace Operations—Policy and Practice*. Stockholm, Defence Research Agency, 2011.
- WARNER, Frederick  
“The environmental consequences of the Gulf War”, *Environment*, vol. 33, No. 5 (1991), pp. 7–26.
- WARSTA, Matias, ed.  
*Conference Proceedings 2013: European Conference of Defence and the Environment*. Helsinki, Ministry of Defence of Finland, 2013.

WESTING, Arthur H.

*Ecological Consequences of the Second Indochina War*. Stockholm, Almqvist and Wiksell International, 1976.

*Warfare in a Fragile World: Military Impact on the Human Environment*. London, Taylor and Francis, 1980.

“In furtherance of environmental guidelines for armed forces during peace and war”, в Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 171–181.

WESTING, Arthur, ed.

*Explosive Remnants of War: Mitigating the Environmental Effects*. London, Taylor and Francis, 1985.

*Global Resources and International Conflict: Environmental Factors in Strategic Policy and Action*. Oxford, Oxford University Press, 1986.

WHITTEMORE, Luke A.

“Intervention and post-conflict natural resource governance: lessons from Liberia”, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 17, No. 2 (2008), pp. 387–433.

WYATT, Julian

“Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: the issue of damage to the environment in international armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 92, No. 879 (2010), pp. 593–646.

ZEMMALI, Ameer

“La protection de l’environnement en période de conflit armé dans les normes humanitaires et l’action du Comité international de la Croix Rouge”, в Najeeb Al-Nauimi and Richard Meese, eds., *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 105–131.





## ОХРАНА АТМОСФЕРЫ

[Пункт 11 повестки дня]

ДОКУМЕНТ A/CN.4/667

### Первый доклад об охране атмосферы, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Шиньей Мурасэ\*

[Подлинный текст на английском языке]  
[14 февраля 2014 года]

#### СОДЕРЖАНИЕ

		<i>Стр.</i>
Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе .....		290
Работы, цитируемые в настоящем докладе .....		292
	<i>Пункты</i>	
ВВЕДЕНИЕ .....	1–19	296
А. Включение темы в программу работы Комиссии.....	1–7	296
В. Цель настоящего доклада.....	8–9	298
С. Обоснование темы и основные подходы.....	10–19	298
1. Обоснование.....	10–14	298
2. Подходы .....	15–19	299
<i>Глава</i>		
I. История вопроса .....	20–63	301
А. Эволюция международного права в области охраны атмосферы.....	20–28	301
В. Источники.....	29–63	304
1. Договорная практика .....	30–41	305
2. Практика международных судов и трибуналов .....	42–50	312
3. Международное обычное право .....	51–62	316
4. Литература.....	63	321
II. ОПРЕДЕЛЕНИЕ .....	64–70	321
А. Физические характеристики атмосферы .....	64–68	321
В. Определение атмосферы .....	69–70	323
III. СФЕРА ОХВАТА ПРОЕКТА РУКОВОДСТВА .....	71–78	324
А. Деградация окружающей среды, обусловленная деятельностью человека.....	71–74	324
В. Охрана природной среды и окружающей человека среды .....	75	326
С. Причины деградации атмосферы.....	76	326
D. Связь с другими областями международного права .....	77–78	327
IV. ПРАВОВОЙ СТАТУС АТМОСФЕРЫ.....	79–90	327
А. Различие между воздушным пространством и атмосферой.....	80–83	327
В. Природные ресурсы, совместные или общие .....	84–85	328
С. Общая забота человечества .....	86–90	329
V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	91–92	331

\* Специальный докладчик желает поблагодарить г-жу Майю Инузуку, школа права «Осгуд-холл», Йоркский университет, Канада, и г-на Масаюки Хироми, младшего научного сотрудника, Институт сравнительного права, Университет Васэда, Япония, за их ценный вклад в подготовку настоящего доклада, а также г-жу Надью Санчес, кандидата наук, Лейденский университет, Нидерланды, за ее помощь. Он также выражает признательность своим стажерам с юридического факультета Нью-Йоркского университета за их помощь во время сессий Комиссии: г-ну Джозефу Джерому (2010 год); г-ну Джозефу Рому (2011 год); г-же Энни Хиллман (2012 год); и г-ну Майклу Лу (2013 год).

## Многосторонние документы, цитируемые в настоящем докладе

	<i>Источник</i>
Декларация (IV, 1) о воспрещении на пятилетний срок метать снаряды и взрывчатые вещества с воздушных шаров или при помощи иных подобных новых способов (Гаага, 29 июля 1899 года)	<i>Собрание важнейших трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами (1774–1906)</i> , с введением и примечанием В. Н. Александренко, Варшава, типография Варшавского учебного округа, 1906, стр. 554–555.
Конвенция о воздушном передвижении (Париж, 13 октября 1919 года)	League of Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. XI, No. 297, p. 173. См также текст на русском языке: Е. А. Коровин, <i>Международные договоры и акты нового времени</i> , М. – Л., Госиздат, 1924, стр. 319.
Конвенция о международной гражданской авиации (Чикаго, 7 декабря 1944 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 15, No. 102, p. 295. См. также текст на русском языке: ИКАО, Дос 7300/9, издание девятое, 2006, и исправления.
Генеральное соглашение по тарифам и торговле (ГАТТ) (Женева, 30 октября 1947 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 55, No. 814, p. 187.
Соглашение между Сторонами Североатлантического договора о статусе их Сил (Лондон, 19 июня 1951 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 199, No. 2678, p. 67. См. также текст на русском языке: <i>Бюллетень международных договоров</i> , М., Юридическая литература, 2008, № 5, стр. 35.
Соглашение о принятии единообразных технических предписаний для колесных транспортных средств, предметов оборудования и частей, которые могут быть установлены и/или использованы на колесных транспортных средствах, и об условиях взаимного признания официальных утверждений, выдаваемых на основе этих предписаний (Женева, 20 марта 1958 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vols. 335, 516, 609, 1059 and 1891, No. 4789. См. также ECE, TRANS/WP.29/409.
Конвенция о континентальном шельфе (Женева, 29 апреля 1958 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 499, No. 7302, p. 325.
Договор о запрещении испытаний ядерного оружия в атмосфере, в космическом пространстве и под водой (Москва, 5 августа 1963 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 480, No. 6964, p. 44.
Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела (Вашингтон, округ Колумбия, Лондон и Москва, 27 января 1967 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 610, No. 8843, p. 213.
Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, No. 18232, p. 417.
Конвенция о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местобитаний водоплавающих птиц (Рамсар, 2 февраля 1971 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 996, No. 14583, p. 260.
Международная конвенция по предотвращению загрязнения с судов 1973 года (Конвенция МАРПОЛ) (Лондон, 2 ноября 1973 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1340, No. 22484, p. 266.
Протокол 1978 года к Международной конвенции по предотвращению загрязнения с судов 1973 года (Лондон, 17 февраля 1978 года)	<i>Ibid.</i> , p. 90.
Протокол 1997 года об изменении Международной конвенции по предотвращению загрязнения с судов 1973 года, измененной Протоколом 1978 года к ней (Лондон, 26 сентября 1997 года)	Организация Объединенных Наций, <i>Юридический ежегодник, 1997 год</i> , ST/LEG/SER.C/35 (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.02.V.1), стр. 329.
Конвенция о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду (Нью-Йорк, 10 декабря 1976 года)	United Nations, <i>Treaty Series</i> , vol. 1108, No. 17119, p. 171.
Конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния (Женева, 13 ноября 1979 года)	<i>Ibid.</i> , vol. 1302, No. 21623, p. 232.

## Источник

- Протокол, касающийся долгосрочного финансирования Совместной программы наблюдения и оценки распространения загрязнителей воздуха на большие расстояния в Европе (ЕМЕП) (с приложением) (Женева, 28 сентября 1984 года) *Ibid.*, vol. 1491, No. 25638, p. 178.
- Протокол о сокращении выбросов серы или их трансграничных потоков по меньшей мере на 30 процентов (Хельсинки, 8 июля 1985 года) *Ibid.*, vol. 1480, No. 25247, p. 225.
- Протокол об ограничении выбросов окислов азота или их трансграничных потоков (София, 31 октября 1988 года) *Ibid.*, vol. 1593, No. 27874, p. 323.
- Протокол об ограничении выбросов летучих органических соединений или их трансграничных потоков (Женева, 18 ноября 1991 года) *Ibid.*, vol. 2001, No. 34322, p. 272.
- Протокол относительно дальнейшего сокращения выбросов серы (Осло, 14 июня 1994 года) *Ibid.*, vol. 2030, No. 21623, p. 178.
- Протокол по тяжелым металлам (Орхус, 24 июня 1998 года) *Ibid.*, vol. 2237, No. 21623, p. 81.
- Протокол по стойким органическим загрязнителям (Орхус, 24 июня 1998 года) *Ibid.*, vol. 2230, No. 21623, p. 197.
- Протокол о борьбе с подкислением, эвтрофикацией и приземным озоном (Гётеборг, 30 ноября 1999 года) *Ibid.*, vol. 2319, No. 21623, p. 238.
- Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года) *Ibid.*, vol. 1833, No. 31363, p. 179.
- Венская конвенция об охране озонового слоя (Вена, 22 марта 1985 года) *Ibid.*, vol. 1513, No. 26164, p. 355.
- Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой (Монреаль, 16 сентября 1987 года) *Ibid.*, vol. 1522, No. 26369, p. 53.
- Корректировки к Монреальскому протоколу по веществам, разрушающим озоновый слой (Лондон, 29 июня 1990 года) *Ibid.*, vol. 1598, No. 26369, p. 480.
- Поправка к Монреальскому протоколу по веществам, разрушающим озоновый слой (Лондон, 29 июня 1990 года) *Official Journal of the European Communities*, L 377, 31 December 1991.
- Поправка к Монреальскому протоколу по веществам, разрушающим озоновый слой (Копенгаген, 25 ноября 1992 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 1785, No. 26369, p. 580.
- Поправка к Монреальскому протоколу по веществам, разрушающим озоновый слой (Монреаль, 17 сентября 1997 года) *Ibid.*, vol. 2054, No. 26369, p. 557.
- Поправка к Монреальскому протоколу по веществам, разрушающим озоновый слой (Пекин, 3 декабря 1999 года) *Ibid.*, vol. 2173, No. 26369, p. 210.
- Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте (Эспо, 25 февраля 1991 года) *Ibid.*, vol. 1989, No. 34028, p. 352.
- Конвенция по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер (Хельсинки, 17 марта 1992 года) *Ibid.*, vol. 1936, No. 33207, p. 309.
- Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий (Хельсинки, 17 марта 1992 года) *Ibid.*, vol. 2105, No. 36605, p. 432.
- Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата (Нью-Йорк, 9 мая 1992 года) *Ibid.*, vol. 1771, No. 30822, p. 218.
- Киотский протокол к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (Киото, 11 декабря 1997 года) *Ibid.*, vol. 2303, No. 30822, p. 257.
- Конвенция о биологическом разнообразии (Рио-де-Жанейро, 5 июня 1992 года) *Ibid.*, vol. 1760, No. 30619, p. 199.
- 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.
- Договор о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний (Нью-Йорк, 10 сентября 1996 года) A/50/1027, приложение.

## Источник

- Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков (Нью-Йорк, 21 мая 1997 года) *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 49 (A/51/49), том III, резолюция 51/229, приложение.*
- Соглашение о введении глобальных технических правил для колесных транспортных средств, предметов оборудования и частей, которые могут быть установлены и/или использованы на колесных транспортных средствах (Женева, 25 июня 1998 года) *United Nations, Treaty Series, vol. 2119, No. 36868, p. 165.*
- Стокгольмская конвенция о стойких органических загрязнителях (Стокгольм, 22 мая 2001 года) *Ibid., vol. 2256, No. 40214, p. 295.*
- Соглашение АСЕАН по проблеме трансграничного задымления (Куала-Лумпур, 10 июня 2002 года) *UNEP, Selected Texts of Legal Instruments in International Environmental Law. Ardsley (New York), Transnational Publishers, 2005, p. 604.*
- Протокол о гражданской ответственности и компенсации за ущерб, причиненный трансграничным воздействием промышленных аварий на трансграничные воды, к Конвенции 1992 года по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер и к Конвенции 1992 года о трансграничном воздействии промышленных аварий (Киев, 21 мая 2003 года) *ECE/MP.WAT/11-ECE/CP.TEIA/9.*
- Рамочная конвенция об охране окружающей среды для устойчивого развития в Центральной Азии (Ашхабад, 22 ноября 2006 года) *TRE-143806. Имеется по адресу www.ecolex.org.*
- Минаматская конвенция о ртути (Кумамото, 10 октября 2010 года) *Минаматская конвенция о ртути: текст и приложения. ЮНЕП, 2013 год.*

## Работы, цитируемые в настоящем докладе

- ЮСТИНИАН  
*Институции Юстиниана*, перевод с латинского Д. Раснера, под редакцией Л. Л. Кофанова, В. А. Томсинова (серия «Памятники римского права»), М., Зерцало, 1998.
- AHRENS, C. Donald  
*Essentials of Meteorology: An Invitation to the Atmosphere*, 6th ed. Belmont (California), Brooks/Cole, 2012.
- ALLABY, Michael  
*Dictionary of the Environment*, 3rd ed. New York, New York University Press, 1989.
- ANTON, Donald K.  
“‘Treaty congestion’ in contemporary international environmental law”, в Shawkat Alam and others, eds., *Routledge Handbook of International Environmental Law*. London/New York, Routledge, 2013, pp. 651–665.
- ATTARD, David  
“The meeting of the Group of Legal Experts to examine the concept of the common concern of mankind in relation to global environmental issues”. Nairobi, UNEP, 1991.
- BAE, Jon  
“Review of the dispute settlement mechanism under the International Civil Aviation Organization: contradiction of political body adjudication”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, No. 1 (2013), pp. 65–81.
- BAGADER, Abubakr Ahmed and others  
*Environmental Protection in Islam*, 2nd ed. (IUCN Environmental Policy and Law Paper, No. 20 Rev). Gland, IUCN, 1994.
- BARTELS, Lorand  
“The WTO legality of the application of the EU emissions trading system to aviation”, *European Journal of International Law*, vol. 23, No. 2 (2012), pp. 429–467.
- BEVANS, Charles I. (ed.)  
*Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 12. Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1974.
- Biermann, Frank  
“‘Common concern of humankind’: the emergence of a new concept of international environmental law”, в Otto Kimminich and others, eds., *Archiv des Völkerrechts*, vol. 34. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1996, pp. 426–481.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE, and Catherine REDGWELL  
*International Law and the Environment*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BOYLE, Alan E.  
“International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles”, в Robin Churchill and David Freestone, eds., *International Law and Global Climate Change*, London, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1991, pp. 7–19.
- BOYLE, Alan, and Christine CHINKIN  
*The Making of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BROWN WEISS, Edith  
“International responses to weather modification”, *International Organization*, vol. 29, No. 3 (1975), pp. 805–826.

- “International environmental law: contemporary issues and the emergence of a new world order”, *Georgetown Law Journal*, vol. 81 (1993), pp. 675–710.
- “Opening the door to the environment and to future generations”, в Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands, eds., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 338–353.
- BRUCE, Jim  
 “Law of the air: a conceptual outline”, *Environmental Policy and Law*, vol. 18 (1988), p. 5.
- BRUNNÉE, Jutta  
 “Common areas, common heritage, and common concern”, в Daniel Bodansky, Jutta Brunée and Ellen Hey, eds., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 550–573.
- BRUNNÉE, Jutta, and Stephen J. TOOPE  
 “Environmental security and freshwater resources: ecosystem regime building”, *American Journal of International Law*, vol. 91 (1997), pp. 26–59.
- BUHI, Jason, and Lin FENG  
 “The International Joint Commission’s role in the United States–Canada transboundary air pollution control regime: a century of experience to guide the future”, *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 11 (2009), p. 129.
- CHENG, Bin  
*The Law of International Air Transport*. London, Stevens and Sons, 1962.  
 “Air law”, в Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North-Holland, 1992, pp. 66–72.
- DAVIES, Peter, and Jeffrey GOH  
 “Air transport and the environment: regulating aircraft noise”, *Air and Space Law*, vol. 18, No. 3 (1993), pp. 123–135.
- DAVIS, Ray J.  
 “Atmospheric water resources development and international law”, *Natural Resources Journal*, vol. 31 (1991), p. 11–44.
- DOLZER, Rudolf  
 “Atmosphere, protection”, в Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1. Amsterdam, North-Holland, 1992, pp. 289–295.
- DUPUY, Pierre-Marie  
*La responsabilité internationale des États pour les dommages d’origine technologique et industrielle*. Paris, Pedone, 1976.
- FABER, Jasper, and Linda BRINKE  
*The Inclusion of Aviation in the EU Emissions Trading System: An Economic and Environmental Assessment*, Trade and Sustainable Energy Series, Issue Paper No. 5. Geneva, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2011.
- FAUCHILLE, Paul  
 “Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats”, *RGDIP*, vol. 8 (1901), pp. 414–485.
- FITZMAURICE, Malgosia  
 “The *Gabčíkovo-Nagymaros* case: the law of treaties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 11 (1998), pp. 321–344.
- FRANCK, Thomas M.  
 “Word made law: the decision of the ICJ in the nuclear test cases”, *American Journal of International Law*, vol. 69 (1975), pp. 612–620.
- GOLDIE, Louis Frederick Edward  
 “Liability for damage and the progressive development of international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14 (1965), p. 1189–1264.
- “A general view of international environmental law: a survey of capabilities, trends and limits”, в Alexandre-Charles Kiss, ed., *The Protection of the Environment and International Law*, The Hague Academy of International Law, Leiden, Sitjhoff, 1975, pp. 25–143.
- GRENNFELT, Peringe and others, eds.  
*Saltjöbaden V—Taking International Air Pollution Policies into the Future, Gothenburg, 24–26 June 2013*. Copenhagen, Nordic Council of Ministers, 2013.
- GROTIUS, Hugo  
*The Freedom of the Seas or the Right which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade*, translated by Ralph Van Deman Magoffin. New York, Oxford University Press, 1916.
- GUINCHARD, M.  
 “La collaboration franco-helvétique en matière d’aéroports (Bâle-Mulhouse et Genève)”, *Annuaire français de droit international*, vol. 3 (1957), pp. 668–677.
- HANDL, Günther  
 “Balancing of interests and international liability for the pollution of international watercourses: customary principles of law revisited”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 13 (1975), pp. 156–194.
- HEERE, Wybo P.  
 “Problems of jurisdiction in air and outer space”, в Terry D. Gill and Wybo P. Heere, eds., *Reflections on Principles and Practice of International Law: Essays in Honour of Leo J. Bouchez*. Boston, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 65–81.
- HOBE, Stephan  
 “Airspace”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 263–267.
- HOGAN, John C.  
 “Legal terminology for the upper regions of the atmosphere and for the space beyond the atmosphere”, *American Journal of International Law*, vol. 51 (1957), pp. 362–375.
- HUNTER, David, James SALZMAN, and Durwood ZAELE  
*International Environmental Law and Policy*, 3rd ed. New York, Foundation Press, 2007.
- JANS, Jan H., and Hans B. VEDDER  
*European Environmental Law: After Lisbon*, 4th ed. Groningen, Europa Law Publishing, 2012.
- JENKS, C. Wilfred  
 “Liability for ultra-hazardous activities in international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 117. Leiden, Martinus Nijhoff, 1966, pp. 99–200.
- JONES, Gareth and others  
*Collins Dictionary of Environmental Science*. Glasgow, Harper Collins, 1990.
- KISS, Alexandre, and Dinah SHELTON  
*International Environmental Law*, 3rd ed. Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2004, pp. 555–592.
- KISS, Alexandre-Charles, and Claude LAMBRECHTS  
 “Les dommages causés au sol par les vols supersoniques”, *Annuaire français de droit international*, vol. 16 (1970), p. 769–781.
- KNOX, John H.  
 “Climate change and human rights law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, No. 1 (2009).

- KOKOTT, Juliane  
 “Equity in international law”, в F.L. Toth, ed., *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change*. London, Earthscan, 1999, pp. 173–192.
- KOSKENNIEMI, Martti  
 “International law and hegemony: a reconfiguration”, *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 17, No. 2 (2004), pp. 197–218.  
*The Politics of International Law*. Oxford, Hart Publishing, 2011.
- KREUTER-KIRCHHOF, Charlotte  
 “Atmosphere, international protection”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 737–744.
- KUHN, Arthur K.  
 “The *Trail Smelter* arbitration—United States and Canada”, *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), pp. 785–788, and vol. 35 (1941), pp. 665–666.
- LEFEBER, René  
 “The *Gabčíkovo-Nagymaros Project* and the law of State responsibility”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 11 (1998), pp. 609–623.
- LEGGETT, Jane, Bart ELIAS, and Daniel T. SHEDD  
*Aviation and the European Union’s Emission Trading Scheme*, Congressional Research Service Report for Congress R42392. Washington, D.C., Congressional Research Service, 2012.
- LELLOUCHE, Pierre  
 “The International Court of Justice—the nuclear tests cases: judicial silence v. atomic blasts”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16 (1975), pp. 614–637.
- LIDSKOG, Rolf, and Göran SUNDQVIST, eds.  
*Governing the Air: The Dynamics of Science, Policy, and Citizen Interaction*. Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 2011.
- MACDONALD, R.St.J., and Barbara HOUGH  
 “The *Nuclear Tests* case revisited”, *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), pp. 337–357.
- MADDERS, Kevin J.  
 “*Trail Smelter* arbitration”, в Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, North-Holland, 1992, pp. 900–903.
- MATEESCO MATTE, Nicolas  
*Traité de droit aérien-aéronautique*, 2nd ed. Paris, Pedone, 1964.  
 “Space law”, в Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North-Holland, 1992, pp. 552–557.
- MCDUGAL, Myers S., Harold D. LASSWELL, and Ivan A. VLASIC  
*Law and Public Order in Space*. New Haven, Yale University Press, 1963.
- MCRAE, Donald  
 “The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission”, *Kokusaiho Gaiko Zasshi (Journal of International Law and Diplomacy)*, vol. 111 (2013), pp. 76–94.
- MCWHINNEY, Edward  
 “International law-making and the judicial process: the World Court and the *French Nuclear Tests* case”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 3 (1975), pp. 9–46.
- MOMTAZ, Djamchid  
 “The use of nuclear weapons and the protection of the environment: the contribution of the International Court of Justice”, в Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands, eds., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 354–374.
- MOORE, John Bassett  
 “Fur seal arbitration”, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. I. Washington, Government Printing Office, 1898, pp. 755–961.
- MURASE, Shinya  
 “Perspectives from international economic law on transnational environmental issues”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253, Leiden, Martinus Nijhoff, 1996, pp. 283–431.  
 “Unilateral measures and the WTO dispute settlement”, в Simon S.C. Tay and Daniel C. Esty, eds., *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*. Singapore, Times Academic Press, 1996, pp. 137–144.  
 “Conflict of international regimes: trade and the environment”, в Kalliopi Koufa, ed., *Protection of the Environment for the New Millennium*. Thessaloniki, Institute of International Public Law and International Relations, 2002, pp. 297–340.  
*Kokusai Rippo: Kokusaiho no Hogenron (International Law-making: Sources of International Law)*. Tokyo, Toshiendo, 2002.  
*International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*. Tokyo, Sophia University Press, 2011.  
 “Protection of the atmosphere and international law: rationale for codification and progressive development”, *Sophia Law Review*, No. 55 (2012), pp. 1–58.
- MURASE, Shinya and others  
 “Compliance with international standards: environmental case studies”, в *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law: Structures of World Order*, vol. 89, April 5–8, 1995, Washington, D.C., American Society of International Law, pp. 206–224.
- NORDBERG, Lars  
*Air Pollution: Promoting Regional Cooperation*. Nairobi, UNEP, 2010.
- NORDQUIST, Myron H., Shabtai ROSENNE, and Alexander YANKOV, eds.  
*United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. IV. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.
- ODA, Shigeru  
 “The hydrogen bomb tests and international law”, *Die Friedenswarte*, vol. 53 (1956), pp. 126–135.
- OSAKA, Eri  
 “Reevaluating the role of the tort liability system in Japan”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, No. 2 (2009), pp. 393–426.
- PERERA, Amrith Rohan  
 “Role of international law in meeting challenges to contemporary international relations: contribution of the International Law Commission (ILC)”, в Miha Pogačnik, ed., *Challenges of Contemporary International Law and International Relations: Liber Amicorum in Honour of Ernest Petrič*. Nova Gorica, European Faculty of Law, 2011, pp. 313–325.
- RAMCHARAN, B.G.  
*The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1977.
- RAUSCHNING, Dietrich  
 “Interim report of the Committee: legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution”, в *Report of the Sixty-Second Conference Held at Seoul: August 24th to August 30th, 1986*. Seoul, International Law Association, 1986, pp. 198–223.

- READ, John E.  
“The *Trail Smelter* dispute”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 1 (1963), pp. 213–229.
- REST, Alfred  
“Tschernobyl und die Internationale Haftung”, *Versicherungsrecht*, vol. 37 (1986), pp. 609–620.  
“International environmental law in German courts”, *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), pp. 409–422.
- ROBB, Cairo, A.R., ed.  
*International Environmental Law Reports*, vol. 1, Early Decisions. Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- ROCH, Philippe, and Franz Xaver PERREZ  
“International environmental governance: the strive towards a comprehensive, coherent, effective and efficient international environmental regime”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 16 (2005), pp. 1–25.
- ROSLYCKY, Lada L.  
“Weather modification operations with transboundary effects: the technology, the activities and the rules”, *Hague Yearbook of International Law*, vol. 16 (2003), pp. 19–40.
- ROWLANDS, Ian H.  
“Atmosphere and outer space”, в Daniel Bodansky, Jutta Brunnée and Ellen Hey, eds., *Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 315–336.
- RUBIN, Alfred P.  
“Pollution by analogy: the *Trail Smelter* arbitration”, *Oregon Law Review*, vol. 50 (1971), pp. 259–282.
- SAND, Peter H.  
“Internationaler Umweltschutz und neue Rechtsfragen der Atmosphärennutzung”, *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (German Journal of Air and Space Law)*, vol. 20 (1971), pp. 109–133.  
*Lessons Learned in Global Environmental Governance*. Washington, D.C., World Resources Institute, 1990.  
“Regional approaches to transboundary air pollution”, в John L. Helm, ed., *Energy Production, Consumption, and Consequences*, Washington, D.C., National Academy Press, 1990, pp. 246–264.  
“UNCED and the development of international environmental law”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3, No. 1 (1992), pp. 3–17.  
“Carrots without sticks? New financial mechanisms for global environmental agreements”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 3 (1999), pp. 363–388.  
*Transnational Environmental Law: Lessons in Global Change*, International Environmental Law and Policy Series, vol. 53. London, Kluwer Law International, 1999.  
“Shared responsibility for transboundary air pollution”, в André Nollkaemper and Ilias Plakokefalos, eds., *The Practice of Shared Responsibility in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, готовится к публикации.
- SAND, Peter H., Geoffrey N. PRATT, and James T. LYON  
*An Historical Survey of the Law of Flight*. Montreal, McGill University Institute of Air and Space Law, 1961.
- SANDS, Philippe, ed.  
*Chernobyl: Law and Communication—Transboundary Nuclear Air Pollution—The Legal Materials*. Cambridge, Grotius Publications, 1988.
- SANDS, Philippe  
*Principles of International Environmental Law*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SANDS, Philippe, and Jacqueline PEEL  
*Principles of International Environmental Law*, 3rd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- SCHULZE, Teresa, Hanna WANG-HELMREICH, and Wolfgang STERK  
*Human Rights in a Changing Climate—Demands on German and International Climate Policy: The Human Rights to Food and to Water*. Heidelberg, Germany, FIAN International, 2011.
- SELDEN, John  
*Of the Dominion, or, Ownership of the Sea (Mare Clausum)*, translated by M. Needham. New Jersey, Lawbook Exchange, 2004.
- SHELTON, Dinah  
“Equity”, в Daniel Bodansky, Jutta Brunnée and Ellen Hey, eds., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 639–662.
- SLIGGERS, Johan, and Willem KAKEBEEKE, eds.  
*Clearing the Air: 25 years of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution* (United Nations publication, Sales No. E.04.II.E.20), New York and Geneva, 2004.
- SOMMER, Jerzy  
“Transboundary co-operation between Poland and its neighbouring States”, в Cees Flinterman, Barbara Kwiatkowska and Johan G. Lammers, eds., *Transboundary Air Pollution: International Legal Aspects of the Cooperation of States*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 205–233.
- SOROOS, Marvin S.  
*The Endangered Atmosphere: Preserving a Global Commons*. Columbia, University of South Carolina Press, 1997.
- SUR, Serge  
“Les affaires des essais nucléaires (*Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France: C.I.J.—arrêts du 20 décembre 1974*)”, *RGDIP*, vol. 80 (1975), pp. 972–1027.
- TAKAHASHI, Wakana  
“Formation of an East Asian regime for acid rain control: the perspective of comparative regionalism”, *International Review for Environmental Strategies*, vol. 1, No. 1 (2000), pp. 97–117.
- TAN, Alan Khee-Jin  
“The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution: prospects for compliance and effectiveness in post-Suharto Indonesia”, *New York University Environmental Law Journal*, vol. 13, No. 3 (2005), pp. 647–722.
- TARBUCK, Edward J., Frederick K. LUTGENS, and Dennis TASA  
*Earth Science*, 13th ed. Upper Saddle River (New Jersey), Pearson Prentice Hall, 2011.
- TAUBENFELD, Howard J.  
“International environmental law: air and outer space”, в Ludwik A. Teclaff and Albert E. Utton, eds., *International Environmental Law*. New York, Praeger, 1974, pp. 187–198.
- THIERRY, Hubert  
“Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice”, *Annuaire français de droit international*, vol. 20, No. 20 (1974), pp. 286–298.
- THOMPSON, Graham R., and Jonathan TURK  
*Earth Science and the Environment*, 4th ed. Belmont (California), Brooks/Cole, 2007.

TOMAS, Lisa

“Air law”, в Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 233–242.

VAN BOGAERT, E.R.C.

*Aspects of Space Law*. Deventer, Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986.

VON CIRIACY-WANTRUP, Siegfried

*Resource Conservation: Economics and Policies*, 3rd ed. Berkeley, University of California Press, 1968.

WALLACE, John M., and Peter V. HOBBS

*Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 2nd ed. International Geophysics Series, vol. 92. Boston, Elsevier Academic Press, 2006.

WEIL, Prosper

“L'équité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice: un mystère en voie de dissipation?”, 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. 121–144.

WEISS, Wolfgang

“The global dimensions of atmospheric radioactivity detection: experience and conclusions after the Fukushima Daiichi nuclear power plant accident”, *CTBTO Spectrum*, vol. 17 (2011), pp. 27–29.

WHITEMAN, Marjorie M.

*Digest of International Law*, vol. 4. Washington, D.C., US Government Printing Office, 1965.

XUE, Hanqin

*Transboundary Damage in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

YOSHIDA, Osamu

*The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer; International Law, International Régimes, and Sustainable Development*. The Hague, Kluwer Law International, 2001.

## Введение

### А. Включение темы в программу работы Комиссии

1. На своей шестьдесят третьей сессии в 2011 году Комиссия международного права одобрила включение темы «Охрана атмосферы» в свою долгосрочную программу работы<sup>1</sup>. План рассмотрения темы, содержащий ее краткий набросок и избранную библиографию, был приложен к докладу Комиссии, представленному Генеральной Ассамблее на ее шестьдесят шестой сессии<sup>2</sup>.

2. На своей шестьдесят шестой сессии Генеральная Ассамблея в своей резолюции 66/98 от 9 декабря 2011 года о докладе Комиссии о работе ее шестьдесят третьей сессии, в частности, приняла к сведению включение Комиссией темы «Охрана атмосферы» в ее долгосрочную программу работы (пункт 7).

3. Во время рассмотрения Шестым комитетом доклада Комиссии несколько государств выразили удовлетворение по поводу включения этой темы в программу работы Комиссии. Эти государства проявили большой интерес к этой теме<sup>3</sup>. Кроме того, некоторые выразили желание, чтобы Комиссия уделила первоочередное внимание этой теме<sup>4</sup>. Было также

выражено мнение о том, что «вопрос об охране атмосферы отражает растущую в мире обеспокоенность» и что «желательно, чтобы Комиссия предприняла усилия по систематизации правил в соответствии с существующими конвенциями и по выработке нового правового режима»<sup>5</sup>. Другая делегация согласилась с этим мнением и пошла дальше, заявив о том, что «ухудшающееся состояние атмосферы делает ее защиту неотложной задачей»<sup>6</sup>. Была выражена надежда на то, что Шестой комитет активно поддержит предложение о рассмотрении этой темы Комиссией. Было поддержано стремление Комиссии изучать новые области международного права, при этом одно государство заявило о том, что в настоящее время Комиссия приступает к изучению некоторых областей международного права, которые она не рассматривала ранее, таких как окружающая среда, гуманитарное право и инвестиционное право, и что существуют надежды на то, что политика, отражающая современное развитие международного права и интересы международного сообщества, принесет весьма полезные результаты<sup>7</sup>. Отмечалось, что охрана атмосферы «наиболее заслуживает внимания», так как обращается «к фундаментальным аспектам охраны окружающей среды», т. е. является областью, в которой не наблюдается нехватка международных документов или внимания ученых, но в которой «есть необходимость ее дальнейшего тщательного рассмотрения и систематизации, с тем чтобы правильно отреагировать на растущее беспокойство международного сообщества»<sup>8</sup>. Однако некоторые государства выразили

<sup>1</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 21, пункт 32.

<sup>2</sup> Там же, стр. 227, приложение II.

<sup>3</sup> Например: Алжир, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 28-е заседание (A/C.6/66/SR.28), пункт 50; Дания (от имени стран Северной Европы), там же, 18-е заседание (A/C.6/66/SR.18), пункт 30; Канада, там же, 19-е заседание (A/C.6/66/SR.19), пункт 46; Китай, там же, пункт 15; Нигерия, там же, 20-е заседание (A/C.6/66/SR.20), пункт 85; Польша, там же, пункт 64; Словения, там же, пункт 9; Испания, там же, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27), пункт 37; и Шри-Ланка, там же, пункт 29.

<sup>4</sup> Дания (от имени стран Северной Европы), там же, 18-е заседание (A/C.6/66/SR.18), пункт 30, и Польша, там же, 20-е заседание (A/C.6/66/SR.20), пункт 64.

<sup>5</sup> Австрия, там же, 19-е заседание (A/C.6/66/SR.19), пункт 4.

<sup>6</sup> Япония, там же, 18-е заседание (A/C.6/66/SR.18), пункт 63.

<sup>7</sup> Чешская Республика.

<sup>8</sup> Италия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Шестой комитет*, 26-е заседание (A/C.6/66/SR.26), пункт 43. Словения также отметила, что



озабоченность относительно целесообразности рассмотрения этой темы из-за того, что она связана с «весьма техническими вопросами»<sup>9</sup>. Что касается кодификации и прогрессивного развития, то была выражена надежда на то, что «весьма технический характер» этой темы «не сделает ее рассмотрение тщетным»<sup>10</sup>. Было также выражено мнение о том, что, поскольку «текущая правовая структура в этой сфере основывается на договорах, является целенаправленной и относительно эффективной, а также в свете продолжающихся переговоров, призванных найти решения с учетом изменяющихся и сложных обстоятельств, в настоящее время будет предпочтительнее не пытаться кодифицировать правила в этой области»<sup>11</sup>. Специальный докладчик очень серьезно относится к подобным критическим замечаниям и попытался развеять эту озабоченность в настоящем докладе. Он искренне надеется на то, что государства-члены убедятся в том, что охрана атмосферы является важной и уместной темой для рассмотрения Комиссией.

4. На своей шестьдесят пятой сессии в 2013 году Комиссия постановила включить эту тему в свою нынешнюю программу работы и назначила г-на Шинью Мурасэ Специальным докладчиком по этой теме<sup>12</sup>.

5. Комиссия включила эту тему при следующем понимании:

a) работа по теме будет вестись таким образом, чтобы не мешать соответствующим политическим переговорам, в том числе по вопросам изменения климата, разрушения озонового слоя и трансграничного загрязнения воздуха на большие расстояния. Без ущерба для следующих вопросов тема не будет касаться таких аспектов, как материальная ответственность государств и их граждан, принцип «загрязнитель платит», принцип предосторожности, общая, но дифференцированная ответственность и передача средств и технологий развивающимся странам, включая права интеллектуальной собственности;

b) тема также не будет касаться конкретных веществ, таких как сажистый углерод, тропосферный озон, и других веществ двойного воздействия, являющихся предметом переговоров между государствами. «Латание» пробелов в договорных режимах не будет целью данного проекта;

эта тема является особенно актуальной (там же, 20-е заседание (A/C.6/66/SR.20), пункт 9).

<sup>9</sup> Отмечалось, что эта тема, как представляется, является весьма технической и многие ее аспекты выходят за рамки сферы компетенции Комиссии (Франция, там же, 20-е заседание (A/C.6/66/SR.20), пункт 48). Аналогичная озабоченность была выражена Нидерландами, которые заявили о том, что «вопрос о защите атмосферы представляется более подходящим для обсуждения специалистами» (там же, 28-е заседание (A/C.6/66/SR.28), пункт 64).

<sup>10</sup> Исламская Республика Иран, там же, 27-е заседание (A/C.6/66/SR.27), пункт 52.

<sup>11</sup> Соединенные Штаты Америки, там же, 20-е заседание (A/C.6/66/SR.20), пункт 15. Аналогичные соображения высказывались в 2012 году: Китай, там же, *шестьдесят седьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 52; Франция, там же, пункт 91; Нидерланды, там же, пункт 31; Российская Федерация, там же, 22-е заседание (A/C.6/67/SR.22), пункт 103; Соединенное Королевство, там же, 19-е заседание (A/C.6/67/SR.19), пункт 68; и Соединенные Штаты, там же, пункт 118.

<sup>12</sup> *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 92, пункт 168.

c) вопросы космического пространства, включая его делимитацию, останутся за рамками данной темы;

d) результатом работы по данной теме будет проект руководящих положений, который не будет налагать на действующие договорные режимы какие-либо правовые нормы и принципы, помимо тех, которые в них уже заложены.

Исходя из этого понимания, Специальный докладчик будет готовить свои доклады<sup>13</sup>.

6. Во время рассмотрения Шестым комитетом доклада Комиссии о работе ее шестьдесят пятой сессии, состоявшейся в 2013 году, несколько делегатов приветствовали включение этой темы<sup>14</sup>, в то время как несколько государств выразили ту же озабоченность, которая выражалась в предыдущие годы<sup>15</sup>.

7. Специальный докладчик приступил к установлению контактов с представителями заинтересованных межправительственных и международных организаций, включая Программу Организации Объединенных Наций по окружающей среде (ЮНЕП), Всемирную метеорологическую организацию (ВМО)

<sup>13</sup> Там же. Можно отметить, что это понимание касается только «соответствующих политических переговоров» и «предметов переговоров», поэтому такая дискуссия не исключается по отношению к предметам, которые не являются частью повестки дня каких-либо текущих договорных переговоров, хотя Специальный докладчик с самого начала не намеревался вмешиваться в политические процессы и касаться конкретных веществ. Тот факт, что «без ущерба для» них проект «не будет касаться» некоторых упомянутых выше вопросов, не лишает Специального докладчика возможности ссылаться на них в настоящем исследовании. Проект не преследует цель «латания» пробелов в договорных режимах, однако в его рамках наверняка будут выявляться такие пробелы. Кроме того, следует отметить, что такое понимание указывает на отсутствие ограничений в отношении обсуждения любых вопросов международного обычного права, связанных с предметом, посредством учета договорной практики либо в качестве практики государств, либо в качестве *opinio juris*.

<sup>14</sup> Австрия, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17), пункт 73; Чешская Республика, там же, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18), пункт 102; Индонезия, там же, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19), пункт 69; Перу, там же, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18), пункт 27; Португалия, там же, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17), пункт 86; Румыния, там же, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18), пункт 116; Сингапур, там же, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17), пункт 78; а также Куба (от имени Сообщества латиноамериканских и карибских государств), Индия, Италия, Малайзия, Словения, Испания и Таиланд. Австрия предложила переработать понимание, заявив, что «некоторые вопросы, которые в данный момент не включены в мандат, должны быть тоже рассмотрены... в частности вопрос [об] ответственности и принцип предосторожности» (там же, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17), пункт 73). Япония заявила, что «защита атмосферной среды требует принятия международным сообществом скоординированных мер», и выразила надежду на «на плодотворный итог работы по этой теме» (*ibid.*, para. 81).

<sup>15</sup> Китай, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Шестой комитет*, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19), пункт 60; Франция, там же, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17), пункт 106; Российская Федерация, там же, 19-е заседание (A/C.6/68/SR.19), пункт 55; Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, там же, 18-е заседание (A/C.6/68/SR.18), пункт 21; и Соединенные Штаты, там же, 17-е заседание (A/C.6/68/SR.17), пункт 50. Франция указала на то, что ограничения, введенные в отношении сферы охвата работы, как представляется, являются «проявлением разумной предосторожности» (A/C.6/68/SR.17, пункт 106).

и Европейскую экономическую комиссию Организации Объединенных Наций (ЕЭК)<sup>16</sup>.

## В. Цель настоящего доклада

8. Задача настоящего доклада заключается в рассмотрении общей цели проекта, с тем чтобы определить обоснование для работы над прогрессивным развитием и кодификацией международного права по этой теме; и в рассмотрении общей сферы охвата темы, с тем чтобы обозначить ее надлежащим образом. Однако доклад не является просто научным исследованием. В нем будет предпринята попытка определить базовые концепции, перспективы и подходы, которые надлежит учитывать применительно к этой теме. Цель настоящего доклада заключается в общем определении вопросов, которые надлежит рассмотреть Комиссии с самого начала и которые касаются охраны атмосферы, а также соответствующих правовых проблем, которые могут возникнуть, и одновременно обеспечении основы для общего понимания базовых концепций, цели и сферы охвата проекта. Выражается надежда на то, что доклад будет стимулировать обсуждение в рамках Комиссии, с тем чтобы обеспечить Специального докладчика необходимыми ориентирами относительно подхода, который следует применять, и цели, которой надлежит достигнуть.

9. В настоящем докладе сначала описываются обоснование темы и основные подходы. Затем в нем прослеживается историческая эволюция охраны атмосферы в международном праве. В нем содержатся отсылки к источникам, имеющим отношение к прогрессивному развитию и кодификации права по этой теме, а также соответствующая информация о физических характеристиках атмосферы, которая ляжет в основу определения атмосферы с юридической точки зрения. В нем также содержится широкое описание различных элементов, составляющих общую сферу охвата проекта, в целях выявления основных юридических вопросов, которые надлежит охватить. И наконец, в докладе обсуждается вопрос о юридическом статусе атмосферы в качестве одного из предварительных условий для рассмотрения Комиссией этой

<sup>16</sup> Для него был проведен двухдневный семинар, организованный Отделом экологического права и природоохранных конвенций ЮНЕП в штаб-квартире ЮНЕП в Найроби 17 и 18 января 2011 года на тему «Охрана атмосферы». Специальный докладчик желает выразить свою глубокую признательность за организацию этого семинара и. о. заместителя директора Отдела г-ну Масахару Нагаи. Аналогичный семинар на эту тему был организован в Международном доме окружающей среды в Женеве 15 июля 2011 года, и в нем приняли участие эксперты из базирующихся в Женеве международных экологических организаций, таких как Региональное отделение ЮНЕП для Европы, ВМО и ЕЭК. Специальный докладчик желает поблагодарить организатора этого семинара г-жу Барбару Руис из Регионального отделения ЮНЕП для Европы. И наконец, в Нью-Йорке 26 октября 2011 года в Постоянном представительстве Японии при Организации Объединенных Наций был проведен семинар, совместно организованный ЮНЕП и правительством Японии. Специальный докладчик желает выразить свою глубокую признательность г-ну Цунэо Нисиде за организацию семинара и г-ну Чусею Ямаде (бывшему члену Комиссии) за выполнение функций координатора, а также следующим выступившим: г-ну Дональду Макрэню (члену Комиссии, юридический факультет Оттавского университета); г-ну Ричарду Стюарту (юридический факультет Нью-Йоркского университета); и г-ну Масахару Нагаи (ЮНЕП).

темы. Специальный докладчик представляет предварительные выводы относительно этих вопросов в форме проектов руководящих принципов.

## С. Обоснование темы и основные подходы

### 1. ОБОСНОВАНИЕ

10. В то время как проекты статей Комиссии о праве несудоходных видов использования международных водотоков<sup>17</sup> и по праву трансграничных водоносных горизонтов<sup>18</sup> содержат определенные положения, имеющие отношение к охране окружающей среды, Комиссия не рассматривала какую-либо тему в области международного экологического права после завершения своей работы над темой о международной ответственности за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом, а именно над проектами статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности<sup>19</sup> и проектами принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности<sup>20</sup>. Как представляется, это является значимым упущением в то время, когда мир переживает серьезное ухудшение состояния окружающей среды<sup>21</sup>.

11. Следует напомнить, что в 1997 и 1998 годах Комиссия конкретно указала на то, что при выборе новой темы она должна руководствоваться, в частности, следующими критериями: тема должна отражать потребности государств в отношении прогрессивного развития и кодификации международного права; тема должна быть в достаточной степени разработанной с точки зрения практики государств, с тем чтобы допустить прогрессивное развитие и кодификацию; и быть устоявшейся и практически поддающейся прогрессивному развитию и кодификации<sup>22</sup>. Следует также

<sup>17</sup> См. *Ежегодник... 1994 год*, том II (часть вторая), стр. 98 и далее, пункт 222. Проекты статей приняты в виде Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков.

<sup>18</sup> *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 22 и далее, пункт 53.

<sup>19</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 177 и далее, пункт 97.

<sup>20</sup> *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 67 и далее, пункт 66.

<sup>21</sup> Поэтому было выражено удовлетворение по поводу того, что в 2013 году Комиссия решила утвердить две экологические темы: «Охрана атмосферы» и «Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами» (назначив Специальным докладчиком г-жу Мари Г. Якобссон; см. *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 92, пункт 167).

<sup>22</sup> *Ежегодник... 1997 год*, том II (часть вторая), стр. 80, пункт 238; и *Ежегодник... 1998 год*, том II (часть вторая), стр. 130–131, пункт 553. В этом же ключе были предложены три критерия для отбора тем: практическая актуальность, а именно: существует ли какая-либо неотложная потребность в изучении темы для международного сообщества в целом; практическая осуществимость, а именно: «созрела ли» в достаточной степени тема в свете соответствующей государственной практики и литературы; и политическая актуальность, а именно: насколько вероятно, что идея рассмотрения предлагаемой темы получит широкую поддержку со стороны государств. См. Ramcharan, *The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*, pp. 60–63; и Murase, *Kokusai Rippo: Kokusaiho no Hogenron (International Lawmaking: Sources of International Law)*, pp. 217–221.

подчеркнуть, что Комиссия далее достигла согласия о том, что она не должна ограничивать себя «традиционными темами» и может рассматривать те темы, которые отражают «новые изменения в области международного права и насущные интересы международного сообщества в целом»<sup>23</sup>. Во-первых, из-за ухудшения состояния атмосферы ее защита стала вызывать у современного международного сообщества сильную озабоченность. Во-вторых, существует большой объем доказательств государственной практики, включая судебные решения, договоры и другие нормативные документы. В-третьих, это по существу скорее юридический, чем политический вопрос. По этим причинам Комиссия и Шестой комитет одобрили включение предложенной темы.

12. Как указано в пунктах 84 и 85 ниже, атмосфера (воздушная масса) является крупнейшим и единственным в своем роде природным ресурсом планеты, без которого невозможно существование человечества. Ухудшение состояния атмосферы уже давно вызывало серьезную озабоченность международного сообщества<sup>24</sup>. В то время как было заключено несколько соответствующих конвенций, касающихся национальных и глобальных вопросов атмосферы, они по-прежнему представляют набор разнообразных документов. Существуют значительные пробелы с точки зрения географического охвата, регламентированной деятельности, регулируемых веществ и, что наиболее важно, применимых принципов и норм. Такой фрагментарный или поэтапный подход создал особые ограничения в плане охраны атмосферы, которая в силу своего характера обуславливает необходимость установления целостного режима. В настоящее время отсутствует правовая база, которая охватывает весь диапазон атмосферных экологических проблем всеобъемлющим и систематическим образом. Поэтому Комиссия может внести значимый вклад в определение юридических принципов и норм, применимых по отношению ко всему диапазону атмосферных проблем на основе государственной и судебной практики.

13. Цель, которую призван достигнуть предлагаемый проект в области прогрессивного развития и кодификации международного права, объединяет в

<sup>23</sup> *Ежегодник... 1997 год*, том II (часть вторая), стр. 80, пункт 238. Г-н Амрит Рохан Перера, являвшийся членом Комиссии в течение пятилетнего периода 2006–2011 годов, отметил, что «с течением времени международное право сосуществования трансформировалось в позитивное по своему характеру международное право сотрудничества для удовлетворения потребностей и учета надежд нового глобального сообщества и решения соответствующих сложных проблем» и что «в конечном счете способность Комиссии эффективно решать эти комплексные и сложные проблемы при разработке новой правовой базы современных международных отношений... обеспечит сохраняющуюся актуальность и центральную роль Комиссии международного права» (см. Perera, "Role of international law in meeting challenges to contemporary international relations: contribution of the International Law Commission (ILC)", pp. 315 and 325, respectively).

<sup>24</sup> См., например, Kiss and Shelton, *International Environmental Law*, pp. 555–592. См. также Sands, *Principles of International Environmental Law*, pp. 317–390; Sands and Peel, *Principles of International Environmental Law*, pp. 238–298; Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment*, pp. 335–378; Hunter, Salzman and Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, pp. 538–733; и Xue, *Transboundary Damage in International Law*, pp. 200–203.

себе четыре элемента. Во-первых, проект направлен на определение состояния международного обычного права, устоявшегося или формирующегося, изучение пробелов и частичного дублирования, если они существуют в действующем праве, касающемся атмосферы. Во-вторых, он направлен на формулирование надлежащих руководящих принципов для гармонизации и координации договорных режимов как в рамках, так и вне рамок международного экологического права. Особо сложные проблемы в этой области возникнут в связи с вопросом о торговле и окружающей среде<sup>25</sup>. В-третьих, предлагаемые проекты руководящих принципов помогут прояснить рамки для согласования национальных законов и постановлений с международными нормами, стандартами и рекомендованными практическими методами и процедурами, касающимися охраны атмосферы. В-четвертых, проект направлен на разработку руководящих принципов в отношении механизмов и процедур сотрудничества между государствами в целях содействия созданию потенциала в области трансграничной и глобальной охраны атмосферы. Необходимо подчеркнуть, что цель этого проекта не заключается в разработке матриц с обвинительным уклоном для потенциальных загрязнителей и, напротив, в первую очередь заключается в изучении возможных механизмов международного сотрудничества для решения вызывающих общую озабоченность проблем.

14. И наконец, в качестве напоминания следует отметить, что проект не дублирует предыдущую работу Комиссии. Комиссия приняла проекты статей о предотвращении трансграничного вреда в 2001 году и проекты принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности, в 2006 году. Оба проекта содержат важные положения, которые потенциально применимы к нанесению ущерба атмосфере. Однако их сфера применения, с одной стороны, является чересчур широкой (поскольку они призваны охватить все виды экологического вреда) и, с другой стороны, слишком ограниченной (поскольку они нацелены на вопросы, касающиеся предотвращения и распределения потерь в результате трансграничного вреда и опасных видов деятельности). Как таковые они адекватным образом не решают вопрос об охране атмосферы. Поэтому предлагается, чтобы Комиссия занялась решением этой проблемы всеобъемлющим и систематическим образом. В случае необходимости следует ссылаться на предыдущую работу Комиссии в качестве важных руководящих ориентиров.

## 2. Подходы

### а) Применение исключительно юридического подхода

15. Нет необходимости говорить о том, что Комиссия, которой поручена работа над прогрессивным

<sup>25</sup> См. Murase, "Perspectives from international economic law on transnational environmental issues"; у этого автора см. также *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, pp. 1–127, и "Conflict of international regimes: trade and the environment".

развитием и кодификацией международного права, будет придерживаться исключительно юридического подхода при рассмотрении этой темы. Она попытается избежать эмоциональных политических и стратегических дебатов, связанных с некоторыми экологическими темами, посредством рассмотрения только правовых принципов и норм, касающихся охраны атмосферы, поскольку Комиссия состоит из экспертов по правовым вопросам. В работе Комиссии чрезвычайно важно проводить различие между аргументами, основанными на *lex lata* (действующее право), и аргументами, основанными на *lex ferenda* (возможное право). В области международного экологического права предложения и предпочтения с точки зрения *lex ferenda* порой скрыто привносятся в процесс «толкования» *lex lata*, и этого следует избегать. Поэтому Комиссия будет использовать осторожный подход при разработке проекта руководящих принципов об охране атмосферы. Во-первых, она должна стремиться к разъяснению значения и функционирования существующих юридических принципов при их толковании и применении *de lege lata*. Затем, если окажется, что действующих норм права недостаточно, она могла бы изучить вопрос о новом толковании действующих юридических концепций, принципов и норм. И наконец, она может после тщательного анализа возможностей и сферы охвата существующих принципов добавить некоторые разъяснения относительно прогрессивного развития формирующихся норм международного права.

16. Естественно, что все вопросы международного права, включая нынешнюю тему, имеют как юридические, так и политические аспекты. Однако важно, чтобы Комиссия сконцентрировалась на юридических аспектах вопроса. Следует надеяться на то, что разъяснение ключевых концепций с юридической точки зрения позволит более упорядоченным образом проанализировать их юридический статус, значение, функции, последствия, возможности и ограничения в рамках существующих правовых режимов и заложить основу для более конструктивной разработки и прогрессивного развития международного права в будущем. Во время своей работы Комиссия использует различные правовые рамки, которые до настоящего времени были разработаны для решения лишь отдельных и специфических атмосферных проблем, и обоснует их в едином, гибком своде руководящих принципов. Как было согласовано на этапе начала работы над нынешней темой, Комиссия будет заниматься ее рассмотрением таким образом, чтобы не вмешиваться в соответствующие политические переговоры (см. пункт 5 выше).

b) Ссылки на общее международное право

17. Важно, чтобы Комиссия рассматривала юридические принципы и нормы по этой теме в рамках общего международного права. Очевидно, что основополагающие вопросы, которые Комиссии предстоит изучить, сопряжены с такими вопросами, как основные права и обязательства государств, юрисдикция государств, выполнение международных обязательств посредством внутригосударственного законодательства, ответственность государств и урегулирование споров,

а также источники международного права, т. е. с классическими вопросами для юристов-международников в общем и для Комиссии в частности. В этой связи в работе Комиссии следует избегать тенденции к «изоляции (или фрагментации)» в результате преобладания узких подходов к решению отдельных проблем международного экологического права<sup>26</sup>. Иными словами, правовые принципы и нормы, применимые по отношению к атмосфере, должны в максимальной степени рассматриваться в увязке с доктриной и судебной практикой в области общего международного права<sup>27</sup>. Это также подразумевает, что работа Комиссии должна распространяться на применение принципов и норм общего международного права по отношению к различным аспектам проблемы

<sup>26</sup> Murase, *International Law*, p. 10. Г-н Марти Коскенниemi, бывший член Комиссии, оспаривает сам смысл существования Комиссии, заявляя следующее: «Старые правотворческие органы, такие как Комиссия международного права ООН, все чаще оказываются без работы. Будучи неспособными определять интересы заинтересованных сторон или нормативные цели, правотворческие органы, «занимающиеся общей проблематикой», захалнут, поскольку политическая приверженность, носящая просто «общий» характер, представляется бессмысленной. Если связанные с правами человека интересы могут наиболее эффективно продвигаться в правозащитных органах, экологические интересы – в экологических органах, торговые интересы – в торговых органах, а транснациональная деятельность создает практику де-факто, которая является хорошей (или даже лучшей) по сравнению с формальным правом с точки зрения регламентационной эффективности, то зачем же утруждать себя «прогрессивным развитием и кодификацией международного права» (Положение о Комиссии международного права, статья 1), кроме как в таких областях, как дипломатические иммунитеты или техническое договорное право?» (Koskenniemi, «International law and hegemony: a reconfiguration», p. 212). См. также Koskenniemi, *The Politics of International Law*, p. 237. Однако представляется, что утверждение Коскенниemi противоречит общему выводу Исследовательской группы по вопросу 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)), председателем которой он являлся. (См. также: *Работа Комиссии международного права*, 7-е издание, тома I и II (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.07.V.9), стр. 271–274 и 452–468.) Естественно, органы по вопросам прав человека будут способны продвигать правозащитные интересы более эффективно, чем другие органы; ситуация аналогична с органами, занимающимися экологическими вопросами, и продвижением экологических интересов, а также с торговыми органами и торговыми интересами. Однако если правотворческая деятельность будет переведена в специализированные органы, то это приведет к фрагментации международного права в международном сообществе, где отсутствует верховный законодательный орган или конституционные суды для обеспечения координации вступающих в коллизию интересов.

<sup>27</sup> Например, использование концепции «справедливость» в контексте изменения климата – зачастую неопределенной и произвольной – четко свидетельствует о необходимости ссылаться на практику Международного Суда, включая вынесенное в 1985 году камерой Суда решение по делу о пограничном споре между Буркина-Фасо и Мали (*Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 554, at pp. 567–568, para. 28), в котором Суд указал на наличие трех категорий справедливости в международном праве: справедливость *intra legem* (в праве), справедливость *praeter legem* (вне права, но близко к нему) и справедливость *contra legem* (вопреки праву). Понятие справедливости *praeter legem* особенно важно с точки зрения его функции заполнения пробелов в действующем праве. См. в общем плане Weil, «L'équité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice: un mystère en voie de dissipation?»; Kokott, «Equity in international law», pp. 186–188; и Shelton, «Equity», pp. 653–658. См. также доклад Национального комитета Японии по изменению климата, «Legal principles relating to climate change: preliminary issues on the methodology and scope of the work», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 52 (2009), pp. 500–537.

охраны атмосферы. Комиссия должна обратиться к новым темам в международном праве на предмет прогрессивного развития и кодификации в специализированных областях, таких как права человека, охрана окружающей среды, торговля и инвестиции, поскольку наиболее значимые «традиционные» темы в международном праве уже исчерпаны. В определенной степени справедливо, что развитие этих областей права наиболее эффективно осуществлялось бы специализированными правотворческими органами и экспертами, обладающими специальными знаниями. Однако это привело бы к дальнейшей фрагментации международного права. Соответственно, абсолютно необходимо поместить каждый отдельный фрагмент в рамки общего международного права, с тем чтобы установить последовательные связи между ними. Поэтому «обобщающий» или «интегрирующий» подход, который пронизывает рамки специальных режимов, незаменим для современной правотворческой деятельности и усилий по кодификации и прогрессивному развитию международного права Комиссией, и этот подход является как никогда важным.

18. С учетом того что Комиссия является органом, который в первую очередь состоит из экспертов по вопросам общего международного права, некоторые могут считать, что она плохо подходит для рассмотрения новых специализированных отраслей международного права. Напротив, Специальный докладчик считает, что существуют новые возможности и потенциал для Комиссии в двадцать первом столетии. Огромный рост числа договоров в таких специализированных областях привел к «договорной перенасыщенности» или «договорной инфляции»<sup>28</sup>. Несмотря на множественность конвенций, в них присутствуют значительные пробелы, а также частичное дублирование из-за незначительного уровня координации или гармонизации или их отсутствия и, следовательно, несогласованности между ними. Неоднократно особо подчеркивалась необходимость усиления синергетического эффекта между действующими конвенциями<sup>29</sup>; Комиссии следует воспользоваться этой

<sup>28</sup> См. Brown Weiss, "International environmental law: contemporary issues and the emergence of a new world order", pp. 697–702; Murase and others, "Compliance with international standards: environmental case studies"; и Anton, "Treaty congestion in contemporary international environmental law".

<sup>29</sup> ЮНЕП подчеркивала необходимость обеспечения синергии между многосторонними экологическими соглашениями: см. добавление к решению SS.VII/1 от 15 февраля 2002 года о международном экологическом руководстве, принятому на седьмой специальной сессии Совета управляющих под названием «Доклад Межправительственной группы министров или их представителей открытого состава по международному экологическому руководству», раздел III.C под названием «Улучшение координации

возможностью. Занимаясь прогрессивным развитием и кодификацией международного права, Комиссия должна рассматривать эти предложенные новые темы в специальных областях с точки зрения общего международного права в целях обеспечения координации между различными отраслями международного права. Лучшее всего эту роль может сыграть Комиссия.

с) *Консультации с научными учреждениями и экспертами*

19. Для рассмотрения такой темы, как охрана атмосферы, необходимо, чтобы Комиссия в определенной степени понимала научные и технические аспекты этой проблемы, такие как источники и последствия рассматриваемого ущерба. Поэтому необходимо, чтобы Комиссия связалась с международными природоохранными организациями и научным сообществом. В статье 16 e) Положения о Комиссии говорится о том, что она имеет право «консультироваться с научными учреждениями и отдельными экспертами» в целях прогрессивного развития международного права. Имеют место также сопоставимые прецеденты: г-н Чусей Ямада в качестве Специального докладчика по праву трансграничных водоносных горизонтов пригласил экспертов ЮНЕСКО, специализирующихся в области гидрологии и водоносных горизонтов, для успешного завершения разработки проектов статей по этой теме. Как указывал выше автор настоящего доклада, были предприняты шаги для налаживания контактов с соответствующими международными организациями, а также учеными и специалистами, с тем чтобы они оказали консультативные и специальные услуги для содействия установлению Комиссией того, что следует регулировать. Ситуация аналогична ситуации, в которой оказываются нынешние судьи международных судов и трибуналов, которые, столкнувшись с увеличением числа возбуждаемых в них природоохранных споров, нуждаются в экспертах для представления научных доказательств в этих сопряженных с множеством фактов делах<sup>30</sup>.

деятельности в рамках многосторонних природоохранных соглашений и повышение их эффективности», в частности пункт 27 (см. A/57/25, приложение I). Совет управляющих ЮНЕП принимал аналогичные решения почти каждый год. Последним из них является Декларация Нуса-Дуа от 26 февраля 2010 года (A/65/25, приложение I, решение SS.XI/9, см. пункты 10–12). См. также Roch and Perrez, "International environmental governance: the strive towards a comprehensive, coherent, effective and efficient international environmental regime".

<sup>30</sup> См., в частности, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at paras. 160–168 (касательно бремени доказывания и показаний экспертов), а также совместное несогласное мнение судей аль-Хасауны и Симмы (*ibid.*, pp. 108–111, paras. 1–6).

## ГЛАВА I

### История вопроса

#### А. Эволюция международного права в области охраны атмосферы

20. Газообразное содержание атмосферы (аёг на греческом и латинском языках) квалифицировалось в качестве одного из юридических объектов общего

достояния еще с времен Древнего Рима, о чем свидетельствует провозглашенное в шестом веке известное положение *Институций* императора Юстиниана: «Одни вещи представляются такими, пользование которыми, согласно естественному праву, доступно всем... Предметы, пользование которыми доступно

всем, следующие: воздух и проточная вода, море и морские берега»<sup>31</sup>.

21. В законах шариата, которые были систематизированы в ранние годы мусульманской эры (восьмое и девятое столетия), важное значение придается «воздуху» как элементу, незаменимому для «увекочения и сохранения жизни». В авторитетном исследовании говорится следующее: «Этот элемент является не менее важным, чем вода», и, «поскольку атмосфера выполняет все эти биологические и социальные функции, ее сохранение, чистой и незагрязненной, является одним из существенно важных элементов сохранения самой жизни, что является одной из основополагающих целей исламского права»<sup>32</sup>.

22. На протяжении многих столетий в центре внимания действовавшего на тот момент международного права находились океаны. В то же время ни атмосфера, ни воздух не рассматривались в качестве объектов, которые должны регулироваться международным правом, вплоть до двадцатого столетия<sup>33</sup>. Юристы впервые обратили внимание на небо в 1783 году, когда с разрешения французской полиции братья Монгольфьеры запустили первый тепловый стратостат. Разрешение, содержащее четко определенные условия, которые надлежало соблюдать, свидетельствует о праве государства регулировать деятельность в пространстве, которое в настоящее время называется воздушным<sup>34</sup>. Эволюция понятия воздушного пространства, происшедшая с того периода, хорошо известна<sup>35</sup>. Однако большинство юристов-международников не предпринимали попытки заняться вопросом о веществах в атмосфере или роли атмосферы в перемещении загрязнителей даже в

1950-х годах<sup>36</sup>. На протяжении длительного времени в среде юристов-международников не существовало четкого понимания относительно различия между воздушным пространством и атмосферой, и в общем считалось, что наибольшая высота полета воздушных аппаратов является верхним пределом воздушного пространства. Например, на основании толкования выражения на французском языке «*espace aérien*» (воздушное пространство) в статье 1 Конвенции о международной гражданской авиации<sup>37</sup> было высказано предположение о том, что воздушное пространство простирается до того предела, где можно обнаружить атмосферу. Однако ранее в двадцатом столетии один из внутригосударственных судов Соединенных Штатов рассматривал дело о загрязнении воздуха, о котором говорится ниже и которое впоследствии оказало значительное воздействие на международное право.

23. Одним из наиболее ранних дел о загрязнении воздуха, возбужденных во внутригосударственном суде, было рассматривавшееся в 1907 и 1915 годах в Верховном суде Соединенных Штатов дело *Штам Джорджия против «Теннеси коппер компани»*<sup>38</sup>. Спор касался двух добывающих медь компаний, расположенных в штате Теннеси, которые занимались добычей и выплавкой меди около границы со штатом Джорджия. В результате деятельности этих компаний производился выброс больших объемов диоксида серы, что приводило к образованию серной кислоты в атмосфере. Джорджия возбудила первоначальный иск в Верховном суде Соединенных Штатов, чтобы он издал распоряжение о запрете обеим компаниям выбрасывать ядовитые газы с их предприятий. Они утверждали, что выбросы, переносимые ветром, приводят к общему уничтожению лесов, садов и посевов в Джорджии. Верховный суд признал, что это справедливое и обоснованное требование со стороны суверена, касающееся того, что воздух над его территорией не должен подвергаться широкомасштабному загрязнению. К 1914 году Джорджия и компания «Теннеси коппер» достигли соглашения, согласно которому последняя обязалась вносить взносы в фонд для выплаты компенсации тем, кто пострадал от газов с ее объектов, разрешать проводить инспекции на ее заводе и не использовать печи для плавки сырой руды в большем, чем это, по ее мнению, необходимо, масштабе. Однако с компанией «Дактаун» соглашение достигнуто не было, и поэтому 10 мая 1915 года Верховный суд вынес второе заключение. Суд, хотя в конечном счете и вынес постановление об удовлетворении ходатайства Джорджии о вынесении запретительного решения, постановил, что не представляется возможным установить необходимый уровень уменьшения содержания серы в выбросах компании «Дактаун», с тем чтобы предотвратить нанесение штату ущерба. Суд установил некоторые условия в

<sup>31</sup> *Институции Юстиниана*, книга вторая, титул I (О делении вещей (De rerum divisione)), параграф I; см. Sand, "Shared responsibility for transboundary air pollution".

<sup>32</sup> Bagader and others, *Environmental Protection in Islam*, p. 4. Специальный докладчик желает выразить свою признательность автору исследования Вольфгангу Э. Бурхенне.

<sup>33</sup> На местном уровне законодательные меры по борьбе с загрязнением атмосферы ведут свое начало по меньшей мере с 1273 года, когда был издан приказ о запрете угольного отопления в Лондоне (см. Rowlands, "Atmosphere and outer space", p. 317).

<sup>34</sup> В период с 1870 по 1871 год во время франко-прусской войны стратостаты использовались обеими сторонами, особенно во время осады Парижа. На основе военного опыта на первой Гаагской конференции мира в 1899 году была принята Декларация (IV, 1) о воспрещении на пятилетний срок метать снаряды и взрывчатые вещества с воздушных шаров или при помощи иных подобных новых способов (см. Sand, Pratt and Lyon, *An Historical Survey of the Law of Flight*, p. 9; и Heere, "Problems of jurisdiction in air and outer space").

<sup>35</sup> На рубеже двадцатого столетия Поль Фошиль был главным сторонником свободы воздушного пространства. Суть его аргументов заключалась в том, что обладание воздушным пространством невозможно, поскольку никто не может присвоить его, и что это же применимо по отношению к возможности того, что государство будет «доминировать» над воздухом. Поэтому воздушное пространство являлось *res communis omnium* и, следовательно, свободным. Однако, по соображениям безопасности, он предложил создать зону безопасности для первых 1 500 метров над землей. Fauchille, "Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats". В Конвенции о воздушном передвижении признается полный и исключительный суверенитет в отношении воздушного пространства над государственной территорией (см. Mateesco Matte, *Traité de droit aérien-aéronautique*, p. 95 et seq.).

<sup>36</sup> См., например, Hogan, "Legal terminology for the upper regions of the atmosphere and for the space beyond the atmosphere".

<sup>37</sup> Конвенция вступила в силу в 1947 году; см. Cheng, "Air law", и *The Law of International Air Transport*, pp. 120–121.

<sup>38</sup> *State of Georgia v. Tennessee Copper Company and Ducktown Sulphur, Copper and Iron Company, Ltd*, United States Supreme Court, 13 May 1907, 10 May 1915, *United States Reports*, vol. 237, pp. 474 and 477; воспроизводится в Robb, *International Environmental Law Reports*, pp. 514–523.

отношении компании «Дактаун» в плане отчетности инспекций и ограничения уровня выбросов.

24. В действительности это дело стало делом-предвестником знаменитого дела *Плавильный завод в Трейле*<sup>39</sup> в споре между Соединенными Штатами и Канадой (тогда доминионом Соединенного Королевства) в 1930-х годах. Дело *Плавильный завод в Трейле* и по сей день остается главным делом в международном праве, касающимся трансграничного загрязнения воздуха и подтверждающим обычно-правовой принцип «добрососедства» в двусторонних соглашениях между соседними странами. Окончательное решение по нему, принятое в 1941 году, в котором пространно цитируется решение по делу *Штат Джорджия против «Теннесси коппер компании»*<sup>40</sup>, свидетельствует о том, что некоторые из наиболее важных принципов в международном праве проистекают из решений внутригосударственных судов. Дело *Плавильный завод в Трейле* представляет собой традиционный вид международного экологического спора с двух следующих точек зрения: причины и последствия экологического ущерба поддаются определению, и государства территориальной юрисдикции обязаны проявлять должную осмотрительность в отношении деятельности физических лиц и компаний на его территории, с тем чтобы обеспечить ненанесение деятельностью вреда другим государствам и их гражданам. Этот принцип предотвращения (или «превентивный принцип») был впоследствии подтвержден в качестве принципа 21 Декларации Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды (Стокгольмская декларация) в 1972 году<sup>41</sup>. Трансграничное загрязнение воздуха в результате промышленных аварий приобрело серьезный и широкомасштабный характер в период с 1970-х годов, о чем свидетельствуют катастрофические аварии в Севесо, Италия (1976 год), и в Бхопале, Индия (1984 год)<sup>42</sup>. Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий<sup>43</sup> была разработана для защиты людей и окружающей среды от последствий промышленных аварий посредством принятия превентивных мер и в случае аварий принятия усилий по уменьшению степени их тяжести и смягчения их последствий.

25. 1960-е годы видели не только повторное возникновение традиционных трансграничных экологических проблем, но и появление новых вызовов в сфере международного экологического права. Эти вызовы касались двух аспектов. Один аспект заключался в расширении масштабов экологического ущерба как с точки зрения его причин, так и последствий, как в случае с кислотными дождями, которые создавали проблемы в плане выявления различных точечных источников загрязнения, а также конкретно пострадавших мест. Кумулятивный характер ущерба создает

особые трудности для выявления виновных. Для реагирования на такие проблемы в региональных рамках была заключена Конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния<sup>44</sup>. Другая проблема заключалась в стремительном развитии так называемых «сверхопасных видов деятельности», таких как использование танкеров, летательных аппаратов, атомных электростанций и космических объектов. В то время как эти виды деятельности в общем положительно сказываются на благосостоянии людей, они могут наносить огромный ущерб с точки зрения человеческой жизни в случае аварий, причем такие аварии происходили. Поэтому необходимо установить специальный режим материальной ответственности в соответствующих конвенциях<sup>45</sup>.

26. С 1980-х годов мир стал свидетелем стремительного ухудшения глобальной окружающей среды в виде истощения озонового слоя и изменения климата. Первоначальная реакция международного сообщества состояла в принятии Венской конвенции об охране озонового слоя<sup>46</sup> и Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой<sup>47</sup>. Для решения сложной задачи, касающейся изменения климата, впоследствии были заключены Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата<sup>48</sup> и Киотский протокол к Конвенции<sup>49</sup>. С учетом этих глобальных проблем в рамках международного права были разработаны несколько новых методов для решения вопросов научной неопределенности, связанной с экологическими проблемами, включая принятие подходов, предусматривающих необходимость проявлять предосторожность; сочетание рамочных конвенций и протоколов; и уникальные процедуры на случай несоблюдения и гибкие механизмы<sup>50</sup>.

27. Можно отметить, что в конце 1980-х годов имели место серьезные подвижки в поддержку идеи разработки «права атмосферы» в целях принятия всеобъемлющего подхода к борьбе с атмосферными проблемами<sup>51</sup>. В главе 9 Повестки дня на XXI век

<sup>44</sup> Конвенция вступила в силу в 1983 году; см. Sand, “Regional approaches to transboundary air pollution”.

<sup>45</sup> См., например, Goldie, “Liability for damage and the progressive development of international law”; Jenks, “Liability for ultra-hazardous activities in international law”, pp. 111–120; Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d’origine technologique et industrielle*.

<sup>46</sup> Конвенция вступила в силу в 1988 году.

<sup>47</sup> Протокол вступил в силу в 1989 году.

<sup>48</sup> Конвенция вступила в силу в 1994 году.

<sup>49</sup> Протокол вступил в силу в 2005 году.

<sup>50</sup> Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, pp. 24–30.

<sup>51</sup> Что касается организованных в 1988 и 1989 годах правительством Канады конференций, то см. “International Conference on Atmosphere”, *Environmental Policy and Law*, vol. 18, No.5 (1988), p. 155, и “Protection of the atmosphere: statement of the International Meeting of Legal and Policy Experts, Ottawa, Ontario, Canada, February 22, 1989”, *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 5 (1989–1990), pp. 529–542; Bruce, “Law of the air: a conceptual outline”; Sand, “UNCED and the development of international environmental law”; и Soroos, *The Endangered Atmosphere: Preserving a Global Commons*. Г-н Дональд Макрэй напоминает о

<sup>39</sup> *Trail Smelter*, UNRIAA, vol. III (United Nations publication, Sales No. 1949.V.2), pp. 1905–1982.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 1965.

<sup>41</sup> См. *Report of the United Nations Conference of the Human Environment, Stockholm 5–16 June 1971* (United Nations publication, Sales No. E.73.II.A.14), chap. I.

<sup>42</sup> Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, pp. 74–96.

<sup>43</sup> Конвенция вступила в силу в 2000 году.

рассматривается вопрос об «охране атмосферы»<sup>52</sup>, и Комиссия по устойчивому развитию проводила впоследствии в 2001<sup>53</sup> и 2007<sup>54</sup> годах предметные дискуссии по этому вопросу, в ходе которых основное внимание уделялось блоку тематических вопросов, включая загрязнение атмосферы и воздуха. В 2002 году в Йоханнесбургской декларации по устойчивому развитию говорилось, что глобальной окружающей среде до сих пор наносится ущерб и что загрязнение воздуха, воды и морской среды продолжает лишать миллионы людей достойной жизни<sup>55</sup>. Однако усилия по охране атмосферы еще

(продолжение сноски 51)

том, что тема об охране атмосферы связана с Комиссией с конца 1980-х годов, отмечая следующее: «В июне 1988 года Канада стала принимающей стороной конференции в Торонто по изменениям в атмосфере, в которой участвовали ученые и должностные лица правительств, Организация Объединенных Наций и другие межправительственные и неправительственные организации. Эта конференция призвала правительства незамедлительно продвигаться в направлении разработки плана действий по охране атмосферы, который предусматривал бы, в частности, разработку международной рамочной конвенции. В следующем году в феврале 1989 года в Оттаве было проведено совещание юридических и политических экспертов. На совещании была поддержана идея о разработке рамочной конвенции по вопросу об охране атмосферы и определены элементы, которые необходимо включить в такую рамочную конвенцию. Разумеется, по мере развития событий большее внимание стало уделяться изменению климата, и, хотя идеи, озвученные на этом совещании экспертов, были учтены в других конвенциях, рамочная конвенция по вопросу об охране атмосферы заключена не была. Я упоминал, что можно проследить связь между совещанием 1989 года и [Комиссией международного права]. Одним из главных участников этого совещания юридических и политических экспертов был Алан Бисли, юрист-международник из Канады и дипломат, который был одной из центральных фигур на переговорах [по морскому праву] и сыграл определенную роль также в Стокгольме и был тогда членом [Комиссии]. На открытии совещания Бисли говорил о необходимости творческих решений, которые следует принять юристам, и о том, как юристы должны играть лидирующую роль в развитии стратегий в этой области. Кроме того, в списке приглашенных фигурировал Хулио Барбоса, в то время член [Комиссии], и Вацлав Микулка, Ханьцин Сюе и я, и впоследствии все мы стали членами [Комиссии]. Поэтому в определенном смысле предложение профессора Мурасэ о том, чтобы Комиссия приступила к рассмотрению темы “Охрана атмосферы”, касается проблемы двадцатилетней давности. И если она созрела в качестве темы уже тогда, то наверняка является актуальной и сегодня». (Дональд Макрэй, документ, представленный на семинаре по вопросу об охране атмосферы, состоявшемся в Постоянном представительстве Японии при Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке 26 октября 2011 года. Семинар был организован совместно правительством Японии и ЮНЕП.) См. Murase, “Protection of the atmosphere and international law: rationale for codification and progressive development”, p. 9, footnote 10.

<sup>52</sup> Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 года, vol. 1, Резолюции, принятые на Конференции (A/CONF.151.26/Rev.1 (Vol 1)) (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.93.1.8 и исправление), резолюция 1, приложение II.

<sup>53</sup> Commission on Sustainable Development, Report on the ninth session (5 May 2000 and 16–27 April 2001), *Official Records of the Economic and Social Council, 2001, Supplement No. 9* (E/2001/29).

<sup>54</sup> Commission on Sustainable Development, Report on the fifteenth session (12 May 2006 and 30 April–11 May 2007), *Official Records of the Economic and Social Council, 2007, Supplement No. 9* (E/2007/29).

<sup>55</sup> Доклад Всемирной встречи на высшем уровне по устойчивому развитию, Йоханнесбург, Южная Африка, 26 августа – 4 сентября 2002 года (A/CONF.199/20) (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.03.II.A.1), глава I, пункт 13.

не материализовались в виде имеющего обязательную силу действующего документа. Тем не менее в недавние годы, как представляется, возродился интерес к разработке всеобъемлющей многосторонней конвенции по вопросу об атмосфере. Например, на пятнадцатом Всемирном конгрессе по чистому воздуху, состоявшемся в Ванкувере, Канада, в сентябре 2010 года, была принята заключительная декларация под названием «Одна атмосфера», содержащая положение о необходимости стимулирования интеграции политики в области климата и загрязнения и призыв к формированию новой отрасли под названием «право атмосферы», которое действовало бы параллельно с Конвенцией Организации Объединенных Наций по морскому праву<sup>56</sup>. Видимо, на данный момент было бы слишком амбициозным говорить о «праве атмосферы». Представляется более реалистичным рассматривать вопрос о «праве охраны атмосферы» в относительно более узком разрезе. Вместе с тем формирование импульса в направлении всеобъемлющего рассмотрения этого вопроса вселяет оптимизм.

28. И наконец, видимо, было бы уместным указать на то, что одним из итогов семинара, состоявшегося в Гетеборге, Швеция, 24–26 июня 2013 года по вопросу о будущих международных стратегиях по борьбе с загрязнением воздуха и организованного Шведским агентством по охране окружающей среды и Шведским научно-исследовательским экологическим институтом в тесном сотрудничестве с секретариатом Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния и Европейской комиссией, стала рекомендация использовать специальные знания Комиссии при рассмотрении вопроса об охране атмосферы. Участники семинара заявили, что Конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния должна побудить Комиссию «продолжать изучать сферу охвата “права атмосферы”, что способствовало бы принятию комплексных мер в отношении изменения климата и загрязнения атмосферы»<sup>57</sup>. Следует должным образом отметить, что международное сообщество возлагает на Комиссию большие надежды.

## В. Источники

29. Можно привести несколько источников, имеющих отношение к охране атмосферы. Соответствующие многосторонние конвенции можно

<sup>56</sup> Имеется по адресу [www.iuappa.org/newsletters/Vancouver-Declaration.pdf](http://www.iuappa.org/newsletters/Vancouver-Declaration.pdf). Всемирный конгресс по чистому воздуху был организован Международным союзом ассоциаций по вопросам предотвращения загрязнения воздуха и охраны окружающей среды, в состав которого входят неправительственные организации из 40 государств.

<sup>57</sup> Grennfelt and others, *Saltjöbaden V—Taking International Air Pollution Policies into the Future*, Gothenburg, 24–26 June 2013, p. 14. На своей 32-й сессии 9–13 декабря 2013 года Исполнительный орган Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния принял к сведению рекомендации семинара «Сальтсбаден V» (см. ECE/EB.AIR/122). На шестнадцатом Всемирном конгрессе по чистому воздуху, состоявшемся в Кейптауне, Южная Африка, 29 сентября – 4 октября 2013 года, была вынесена аналогичная рекомендация в адрес Комиссии.



приблизительно разбить на следующие группы: конвенции, которые имеют главным образом региональное применение, и конвенции, имеющие универсальное применение. В отличие от целого ряда многосторонних конвенций число двусторонних конвенций является незначительным, что свидетельствует о по существу региональном и глобальном характере большинства проблем, касающихся атмосферы. Принципы и нормы международного обычного права должны устанавливаться в свете *opinio juris* и общей практики государств. Нет никакого сомнения в том, что практика международных судов и трибуналов является одним из важных источников для определения обычно-правового статуса норм и принципов, касающихся охраны атмосферы. Кроме того, договорные инструменты, внутригосударственное законодательство и практика внутригосударственных судов являются важными источниками для установления действующих или формирующихся норм обычного права, т. е. основы для кодификации и прогрессивного развития.

### 1. ДОГОВОРНАЯ ПРАКТИКА

30. Ниже следует неполный перечень имеющих обязательную силу многосторонних и двусторонних соглашений, релевантных по отношению к атмосферным проблемам:

#### а) Многосторонние соглашения, касающиеся загрязнения воздуха

— Конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния и протоколы к ней, включая Протокол, касающийся долгосрочного финансирования Совместной программы наблюдения и оценки распространения загрязнителей воздуха на большие расстояния в Европе; Протокол о сокращении выбросов серы или их трансграничных потоков по меньшей мере на 30 процентов и Протокол относительно дальнейшего сокращения выбросов серы; Протокол об ограничении выбросов окисла азота или их трансграничных потоков; Протокол об ограничении выбросов летучих органических соединений или их трансграничных потоков; Протокол по тяжелым металлам; Протокол по стойким органическим загрязнителям; и Протокол о борьбе с подкислением, эвтрофикацией и приземным озоном (Гётеборгский протокол) с поправками от 4 мая 2012 года<sup>58</sup>;

— Соглашение о принятии единообразных условий официального утверждения и о взаимном признании официального утверждения предметов оборудования и частей механических перевозочных средств, которое позднее было переименовано в Соглашение о принятии единообразных технических предписаний для колесных

транспортных средств, предметов оборудования и частей, которые могут быть установлены и/или использованы на колесных транспортных средствах, и об условиях взаимного признания официальных утверждений, выдаваемых на основе этих предписаний<sup>59</sup>, впоследствии «глобализованное» посредством Соглашения о введении глобальных технических правил для колесных транспортных средств, предметов оборудования и частей, которые могут быть установлены и/или использованы на колесных транспортных средствах<sup>60</sup>;

— Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте<sup>61</sup>;

— Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий и относящийся к ней Протокол о гражданской ответственности и компенсации за ущерб, причиненный трансграничным воздействием промышленных аварий на трансграничные воды, к Конвенции 1992 года по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер и к Конвенции 1992 года о трансграничном воздействии промышленных аварий<sup>62</sup>;

— Директивы Европейского союза по вопросу о загрязнении воздуха<sup>63</sup>, включая, в частности, Директиву 2001/81/ЕС о национальных пороговых показателях выбросов для определенных загрязнителей атмосферы<sup>64</sup>; Директиву 2007/46/ЕС об установлении рамок для утверждения автотранспортных средств и прицепов к ним и систем, компонентов и отдельных технических частей, предназначенных для таких автотранспортных средств<sup>65</sup>, с соответствующими приложениями и техническими регламентами, реализующими/адаптирующими соответствующие соглашения ЕЭК в отношении

<sup>59</sup> Соглашение вступило в силу в 1959 году. Название было изменено в 1995 году по вступлении в силу поправок, принятых Комитетом по внутреннему транспорту Европейской экономической комиссии на его 103-й сессии 18 августа 1994 года (см. E/ECE/324/Rev.2-E/ECE/TRANS/505/Rev.2); оно было инкорпорировано в ряд технических регламентов, касающихся выброса загрязнителей (в частности, № 40, 41, 47, 49, 51 и 83).

<sup>60</sup> Соглашение вступило в силу в 2000 году и было инкорпорировано в ряд технических регламентов, включая определение уровня углекислого газа и других выхлопных газов.

<sup>61</sup> Конвенция вступила в силу в 1997 году.

<sup>62</sup> Протокол в силу еще не вступил.

<sup>63</sup> Нынешнее резюме см. в Jans and Vedder, *European Environmental Law: After Lisbon*, pp. 419–430.

<sup>64</sup> Директива 2001/81/ЕС Европейского парламента и Совета от 23 октября 2001 года о национальных пороговых показателях выбросов для определенных загрязнителей атмосферы, *Official Journal of the European Communities*, L 309, 27 November 2001, p. 22, в настоящий момент пересматривается.

<sup>65</sup> Директива 2007/46/ЕС Европейского парламента и Совета от 5 сентября 2007 года об установлении рамок для утверждения автотранспортных средств и прицепов к ним и систем, компонентов и отдельных технических частей, предназначенных для таких автотранспортных средств, *Official Journal of the European Union*, L 263, 9 October 2007.

<sup>58</sup> Исполнительный орган Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния, решения 2012/1 и 2012/2. См. C.N.171.2013.TREATIES-XXVII.1.h и C.N.155.2013.TREATIES-XXVII.1.h.

- колесных автотранспортных средств<sup>66</sup>; Директиву 2008/50/ЕС о качестве атмосферного воздуха и более чистом воздухе для Европы<sup>67</sup>; и Директиву 2010/75/EU о промышленных выбросах (комплексное предотвращение загрязнения и борьба с ним)<sup>68</sup>;
- Международные стандарты и Рекомендуемая практика Международной организации гражданской авиации (ИКАО) в отношении эмиссии авиационных двигателей: приложение 16 (Охрана окружающей среды) к Конвенции о международной гражданской авиации<sup>69</sup>;
  - Протокол 1997 года (новое приложение VI – Правила предотвращения загрязнения воздушной среды с судов) об изменении Международной конвенции по предотвращению загрязнения с судов 1973 года, измененной Протоколом 1978 года к ней<sup>70</sup>;
  - Соглашение Ассоциации стран Юго-Восточной Азии (АСЕАН) по проблеме трансграничного задымления;
- Стокгольмская конвенция о стойких органических загрязнителях<sup>71</sup>;
  - Рамочная конвенция об охране окружающей среды для устойчивого развития в Центральной Азии<sup>72</sup>;
  - Минаматская конвенция о ртути.
- б) *Двусторонние соглашения по вопросу о трансграничном загрязнении воздуха*
- Договор между Чехословакией и Польшей о защите атмосферы от загрязнения<sup>73</sup>;
  - Меморандум о намерениях, заключенный между Соединенными Штатами Америки и Канадой и касающийся трансграничного загрязнения воздуха<sup>74</sup>;
  - Соглашение между Мексиканскими Соединенными Штатами и Соединенными Штатами Америки о сотрудничестве в области защиты и улучшения состояния окружающей среды в пограничном районе<sup>75</sup> с двумя дополнительными соглашениями<sup>76</sup>;
  - Соглашение между Канадой и Соединенными Штатами Америки о качестве воздуха<sup>77</sup>;
  - Соглашения между Германией и Чешской Республикой 1992, 1994, 2000 и 2004 годов<sup>78</sup>.

<sup>66</sup> В частности, по линии Регламента 715/2007 Европейского парламента и Совета от 20 июня 2007 года о типовом утверждении автотранспортных средств на предмет выхлопных газов легковых пассажирских и коммерческих автомобилей (Евро 5 и Евро 6) и о доступе к информации о ремонте и техническом обслуживании автотранспортных средств (*ibid.*, L 171, 29 June 2007) (с поправками, внесенными Регламентом (ЕС) 595/2009 Европейского парламента и Совета от 18 июня 2009 года о типовом утверждении автотранспортных средств и двигателей на предмет выхлопных газов грузовиков (Евро VI) и о доступе к информации о ремонте и техническом обслуживании, изменяющим Регламент (ЕС) № 715/2007 и Директиву 2007/46/ЕС и отменяющим Директивы 80/1269/ЕЕС, 2005/55/ЕС и 2005/78/ЕС (*ibid.*, L 188, 18 July 2009); вступили в силу в 2013 году.

<sup>67</sup> Директива 2008/50/ЕС Европейского парламента и Совета от 21 мая 2008 года о качестве атмосферного воздуха и более чистом воздухе для Европы, *ibid.*, L 152, 11 June 2008, заменяющая (с 11 июня 2010 года) несколько ранее принятых и касающихся конкретных веществ директив в отношении качества атмосферного воздуха (сернистый ангидрид (1980 год); свинец (1982 год); двуокись азота (1985 год); приземный озон (1992 год); и летучие органические соединения (1999/2004 год)), и смежная Директива Совета 96/62/ЕС от 27 сентября 1996 года о проведении оценки и контроля качества атмосферного воздуха (*Official Journal of the European Communities*, L 296, 21 November 1996).

<sup>68</sup> Директива 2010/75/EU о промышленных выбросах (комплексное предотвращение загрязнения и борьба с ним), *Official Journal of the European Union*, L 334, 17 December 2010. Эта директива заменит (с 7 января 2016 года) Директиву 2001/80/ЕС Европейского парламента и Совета от 23 октября 2001 года об ограничении выбросов некоторых загрязнителей в воздух из крупных мусоросжигательных установок (*Official Journal of the European Communities*, L 309, 27 November 2001, отменяющая предыдущую директиву 1988 года) и Директиву 2000/76/ЕС Европейского парламента и Совета от 4 декабря 2000 года о сжигании мусора (*Official Journal of the European Communities*, L 332, 28 December 2000).

<sup>69</sup> Первое издание приложения 16, том II («Выхлопные газы авиационных двигателей»), было принято 30 июня 1981 года и вступило в силу в 1982 году; в него периодически вносятся поправки Советом ИКАО. См. Sand, *Lessons Learned in Global Environmental Governance*, pp. 18–20.

<sup>70</sup> Приложение VI вступило в силу в 2005 году, и Комитет по защите морской среды ИМО периодически вносил в него поправки.

<sup>71</sup> Конвенция вступила в силу в 2004 году.

<sup>72</sup> Конвенция еще не вступила в силу. Ее подписали следующие государства: Казахстан, Кыргызстан, Таджикистан, Туркменистан и Узбекистан. В статье 8 рассматривается вопрос об «охране атмосферного воздуха».

<sup>73</sup> Подписан в Варшаве 24 сентября 1974 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 971, No. 14068, p. 407) и вступил в силу в 1975 году. См. Sommer, «Transboundary cooperation between Poland and its neighbouring States».

<sup>74</sup> Подписан в Вашингтоне, округ Колумбия, 5 августа 1980 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1274, No. 21009, p. 235).

<sup>75</sup> Подписан в Ла-Пасе (Нижняя Калифорния) 14 августа 1983 года (*ibid.*, vol. 1352, No. 22805, p. 71).

<sup>76</sup> Соглашение между Мексиканскими Соединенными Штатами и Соединенными Штатами Америки о сотрудничестве в области трансграничного загрязнения воздуха, вызванного работой металлургических заводов вдоль их общей границы (приложение IV), подписано в Вашингтоне, округ Колумбия, 29 января 1987 года (*ibid.*, vol. 1465, No. 22805, p. 357), и Соглашение между Мексиканскими Соединенными Штатами и Соединенными Штатами Америки о сотрудничестве в области международного переноса загрязнения воздуха в городах (приложение V), подписано в Вашингтоне, округ Колумбия, 3 октября 1989 года (United States of America, TIAS 11269).

<sup>77</sup> Подписано в Оттаве 13 марта 1991 года (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1852, No. 31532, p. 79).

<sup>78</sup> Соглашение 1994 года предусматривает реализацию совместных природоохранных экспериментальных проектов, касающихся очистки дымовых газов на угольных электростанциях; соглашения 2000 и 2004 годов предусматривают реализацию проекта «Фонд чистого воздуха» и других экспериментальных проектов в Чешской Республике, направленных на сокращение воздействия трансграничного загрязнения воздуха в Германии; Соглашение 2004 года конкретно указывает на «совместную реализацию» согласно Киотскому протоколу к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата.

с) *Многосторонние конвенции по глобальным атмосферным проблемам*

- Венская конвенция об охране озонового слоя и Монреальский протокол к ней по веществам, разрушающим озоновый слой;
- Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата и Киотский протокол к ней.

31. Содержание некоторых из этих соглашений вкратце освещается ниже. Нет сомнений в том, что они являются важными источниками, из которых Комиссия может извлечь пользу при разработке проектов руководящих принципов по вопросу об охране атмосферы.

32. **Конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния**<sup>79</sup>. Конвенция была разработана под эгидой ЕЭК в форме рамочного соглашения для учета основной озабоченности относительно кислотных дождей и других распыляемых загрязнителей. Согласно статье 1 b) Конвенции термин «трансграничное загрязнение воздуха на большие расстояния» определяется как загрязнение, имеющее последствия на таком расстоянии, что в целом «невозможно определить долю отдельных источников или групп источников выбросов». В то время как в Конвенции конкретно не предусматриваются специальные ограничения на выбросы промышленных загрязнителей, в ней все-таки устанавливается режим для дальнейшего рассмотрения этого вопроса. Отмечалось, что, «несмотря на явную слабость, реальная ценность Женевской конвенции заключается в том, что она обеспечивает наличие эффективных рамок для сотрудничества и разработки дальнейших мер по борьбе с загрязнением»<sup>80</sup>. Впоследствии в ходе переговоров был согласован ряд из восьми отдельных протоколов.

33. **Протоколы к Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния.** В этих протоколах отражены значимые нововведения с точки зрения нормотворчества. Первый Протокол 1985 года о сокращении выбросов серы или их трансграничных потоков по меньшей мере на 30 процентов содержит требования о том, чтобы стороны сократили такие выбросы или потоки по меньшей мере на 30 % к 1993 году, при этом по отношению ко всем сторонам применялся единообразный показатель. В отличие от этого во втором Протоколе 1994 года относительно дальнейшего сокращения выбросов серы применяется концепция «критической нагрузки» для установления дифференцированных показателей выбросов для каждой стороны. Показатели разнились в диапазоне от 80 % сокращения для Германии до 49 % увеличения для Греции, при этом общее коллективное сокращение выбросов составило 50,8 %. В то время как в первом Протоколе показатель сокращения выбросов

в размере 30 % был установлен, по существу, произвольно, дифференцированные национальные цели во втором Протоколе были установлены с использованием подхода «критической нагрузки» с учетом фактора рентабельности, что отражало высокий уровень научных и технических знаний<sup>81</sup>. Установленные в результате этого обязательства являются более справедливыми по отношению ко всем сторонам с учетом того, что они основаны на анализе реальных источников и последствий. В Протоколе 1988 года об ограничении выбросов окисла азота или их трансграничных потоков к сторонам предъявляется требование стабилизировать их выбросы окислов азота или их трансграничных потоков до уровня 1987 года к 1994 году. Протокол охватывает основные стационарные источники (например, электростанции) и мобильные источники (например, выхлопные газы автотранспортных средств) и содержит положения о конечных переговорах по вопросу о признанных на международном уровне показателях критической нагрузки в отношении загрязнения окислами азота, которые начнут действовать после 1996 года. Было сочтено, что этот подход лучше подходит к региональной защите окружающей среды по сравнению с единообразными показателями сокращения выбросов<sup>82</sup>. В период между 1991 и 1998 годами были приняты три протокола для регулирования выбросов летучих органических соединений, стойких органических загрязнителей, свинца, кадмия и ртути. Наконец, в 1999 году ЕЭК приняла Протокол о борьбе с подкислением, эвтрофикацией и приземным озоном (Гётеборгский протокол) в целях борьбы с негативным воздействием подкисления, эвтрофикации и приземного озона на здоровье людей, природные экосистемы и посевы в результате трансграничного загрязнения воздуха. В Протоколе признается необходимость применения осторожного подхода и требуется, чтобы выбросы не превышали критических нагрузок, предусмотренных в приложениях. Следует отметить, что в мае 2012 года стороны Конвенции сделали исторический шаг, изменив положения Гётеборгского протокола в отношении некоторых веществ, с тем чтобы включить в пересмотренный текст Гётеборгского протокола сажу в качестве компонента твердой частицы<sup>83</sup>, а в среднесрочные и долгосрочные планы работы в рамках Конвенций – сажу, озон и метан в качестве опасных загрязнителей воздуха и нестойких загрязняющих веществ, приводящих к изменению климата<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 346. По этой причине необходимость применения принципа предосторожности в этом случае была устранена, хотя в преамбуле Протокола признаются научная неопределенность и принцип предосторожности.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 347.

<sup>83</sup> См. поправку к тексту Протокола и приложениям II–IX к нему и добавление новых приложений X и XI (документ С.Н.155.2013.TREATIES-XXVII.1.h), приложение, статья 10, новый пункт 3.

<sup>84</sup> Материалы базового исследования см. в «Резюме доклада о переносе загрязнения воздуха в масштабах полушария за 2010 год» (ЕСЕ/ЕВ.AIR/2010/10 и Corr.2). Что касается необходимости интеграции регламентации атмосферных загрязнителей и оказывающих влияние на климат веществ, то см. также всеобъемлющий новый доклад *On Thin Ice: How Cutting Pollution Can Slow Warming and Save Lives* («По тонкому льду: как уменьшение загрязнения окружающей среды может замедлить потепление и спасти

<sup>79</sup> См. Sliggers and Kakebeeke, eds., *Clearing the Air: 25 years of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution*; и Lidskog and Sundqvist, *Governing the Air: The Dynamics of Science, Policy, and Citizen Interaction*.

<sup>80</sup> Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment*, p. 345.

**34. Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий.** Подобно Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий была согласована в ходе переговоров ЕЭК как часть ее правовой базы в области охраны окружающей среды. Конвенция предусматривает защиту как людей, так и окружающей среды от далеко идущих трансграничных последствий промышленных аварий, таких как утечка отходов горнодобывающей промышленности в Бая-Маре (Румыния). В пункте 4 статьи 3 Конвенции подтверждается принцип ответственности государства и на стороны возлагается обязательство принимать законодательные, регулирующие, административные и финансовые меры в целях предотвращения аварий, обеспечения готовности к ним и ликвидации их последствий. Стороны должны выявлять опасные виды деятельности в пределах своих границ (статья 4, пункт 1) и размещать новые объекты там, где опасность причинения экологического ущерба является минимальной (статья 7). Конвенция закладывает основу для международного сотрудничества, выходящего за рамки помощи в случае аварии. Стороны должны информировать другие стороны, которые могут пострадать от трансграничного воздействия опасных видов деятельности, и консультироваться с ними, а также разрабатывать совместные или согласованные планы действий в чрезвычайных ситуациях. Конвенция также поощряет обмен информацией и технологиями обеспечения безопасности и сотрудничество в области научных исследований и разработок. В целях принятия более эффективных мер реагирования в случае аварий в Конвенции к сторонам обращается призыв о создании системы уведомления о промышленных авариях для немедленного информирования затронутых сторон. Конференция сторон, будучи руководящим органом, рассматривает ход осуществления Конвенции и определяет рабочие приоритеты.

**35. Соглашение АСЕАН по проблеме трансграничного задымления.** Соглашение было разработано в качестве имеющего обязательную юридическую силу регионального природоохранного соглашения в сотрудничестве с ЮНЕП в целях решения некоторых проблем с соблюдением, касающихся предыдущих усилий по решению проблемы сильного задымления в районе, например разработки регионального плана действий по борьбе с задымлением. В Соглашении признаются трансграничные последствия задымления для здоровья населения и окружающей среды (в значительной степени в результате периодических лесных и иных пожаров на суше в Индонезии и Брунее-Даруссаламе), и в его статье 2 поощряется региональное и международное сотрудничество для предотвращения и отслеживания трансграничного загрязнения воздуха. В нем предусматривается принцип предотвращения и содержится требование о том, чтобы государства выявляли и отслеживали подверженные пожарам районы и принимали необходимые

превентивные меры, однако в нем не определяются эти меры и не указываются конкретные стандарты. Сообразно предусматриваемому сотрудничеству подходу АСЕАН в Соглашении содержатся положения об обмене информацией и технологией, разработке региональных систем раннего оповещения и взаимной помощи. Оно предусматривает создание Координационного центра АСЕАН для борьбы с трансграничным загрязнением в результате задымления для содействия такому сотрудничеству и координации в деле ликвидации последствий пожаров. Однако, отражая традиционный акцент на суверенитете, Соглашение предусматривает, что сторона должна запросить такую помощь или дать на нее согласие вне зависимости от трансграничного воздействия. Хотя в конечном счете с соблюдением Соглашения возникают проблемы из-за отсутствия положений о мониторинге и обеспечении исполнения и неучастия главного целевого субъекта, в нем предпринята попытка преодолеть некоторые препятствия на пути к осуществлению; например, в соответствии с ним создан Фонд АСЕАН по борьбе с трансграничным загрязнением в результате задымления для решения вопроса о финансовом потенциале. В соответствии с ним также создан Межправительственный орган – Конференция сторон – для, в случае необходимости, оценки хода осуществления и принятия протоколов и поправок. В общем, можно сказать, что Соглашение отражает более конкретный и ориентированный на право подход для решения проблемы задымления<sup>85</sup>.

**36. Стокгольмская конвенция о стойких органических загрязнителях.** Конвенция направлена на защиту здоровья людей, окружающей среды от опасности, связанной со стойкими органическими загрязнителями, которые содержат химические вещества, имеющие токсические свойства, защиту от деградации и биоаккумуляции через посредство пищевой цепи. ЮНЕП инициировала переговоры в ответ на призывы о принятии глобальных мер с учетом научных доказательств относительно вредных последствий таких загрязнителей и их способности перемещаться на большие расстояния по воздуху и воде. В Конвенции учитывается принцип предосторожности и предусматриваются обязательства сторон ликвидировать или сокращать производство и использование 12 стойких органических химических веществ (пестициды, промышленные химические вещества и побочные стойкие органические химические вещества). В число других ключевых элементов входят: требование запрещать или ограничивать импорт и экспорт перечисленных стойких органических химических веществ; разработка и использование более безопасных заменителей, осуществление экологически безопасного управления запасами и отходами; и поощрение наиболее эффективных альтернативных технологий и практических методов по охране окружающей среды. В Конвенции признается,

<sup>85</sup> См. Tan, “The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution: prospects for compliance and effectiveness in post-Suharto Indonesia”; и Rodziana Mohamed Razali, “The shortcomings of the ASEAN's legal mechanism to address transboundary haze pollution and proposals for improvement”, документ, представленный на третьей конференции Азиатского общества международного права, которая проводится раз в два года, Пекин, 27–28 августа 2011 года.

(продолжение сноски 84)

жизни») (совместный доклад Всемирного банка и Международной инициативы «Климат и криосфера», Вашингтон, округ Колумбия, 2013 год). Имеется по адресу <http://documents.worldbank.org/curated/en/146561468180271158/Main-report>.

что способность развивающихся стран выполнять свои обязательства будет зависеть от передачи технологии, финансовых ресурсов и технической помощи со стороны промышленно развитых стран, и предусматривается создание Глобального экологического фонда в качестве промежуточного финансового механизма для оказания помощи. Структуры и процедуры, предусмотренные Конвенцией, имеют важное значение, поскольку они являются источником ее гибкости и динамизма. Совещания Конференции сторон, руководящего органа Конвенции, позволяют проводить регулярный обзор хода осуществления и принимать поправки. На первом совещании Конференции сторон было принято решение о создании комитета по рассмотрению стойких органических загрязнителей. Этот научный орган в составе 31 эксперта рассматривает предложения относительно новых позиций для включения в перечень регулируемых химических веществ согласно процедуре, установленной Конвенцией. Во-первых, этот комитет применяет контрольные критерии Конвенции в отношении стойких органических химических веществ. Во-вторых, если все критерии соблюдены, он определяет параметры риска для оценки того, может ли то или иное вещество в результате переноса через окружающую среду на дальние расстояния создать значительные неблагоприятные последствия для здоровья людей и окружающей среды, обуславливающие необходимость принятия мер на глобальном уровне. В-третьих, он разрабатывает параметры оценки управления рисками с учетом социально-экономических соображений и выносит рекомендацию Конференции сторон, которая принимает окончательное решение. До настоящего времени Конференция сторон приняла решение о включении 10 новых веществ: 9 химических веществ на четвертом совещании в 2009 году и эндосульфана на самом недавнем совещании в апреле 2011 года.

**37. Соглашение между Канадой и Соединенными Штатами Америки о качестве воздуха.** Соглашение было подписано 13 марта 1991 года для решения вопроса о трансграничном загрязнении воздуха, ведущем к кислотным дождям. В центре этого двустороннего соглашения находится положение о том, что обе стороны обязаны контролировать трансграничное загрязнение воздуха. В приложении 1 к этому соглашению устанавливаются конкретные цели и сроки для каждой страны в плане сокращения выбросов диоксида серы и оксидов азота, с тем чтобы нейтрализовать основные химические вещества, способствующие кислотным дождям. В Соглашении подтверждается решение по делу *Плавильный завод в Трейле* и принцип 21 Декларации Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды (Стокгольмская декларация), а также устанавливаются рамки для учета общих озабоченностей. В нем «применяются обычные нормы экологического права, такие как предварительная оценка предлагаемых мер, мероприятий и проектов, если они, по всей видимости, могут вызвать значительное трансграничное загрязнение воздуха, обязанность уведомлять другое государство о такой деятельности или проектах, а также о тех мероприятиях и проектах, которые могут создать опасность причинения значительного трансграничного вреда,

а также консультации по запросу другой стороны»<sup>86</sup>. Очевидно, что эта система предусматривает широкое сотрудничество: она стимулирует научное и техническое сотрудничество в дополнение к мониторингу выбросов и соответствующим консультациям. Для содействия осуществлению этого соглашения и процессу обзора был создан постоянный двусторонний Комитет по качеству воздуха. За работой Комитета по качеству воздуха осуществляет надзор Международная совместная комиссия, орган, учрежденный Договором 1909 года о пограничных водах<sup>87</sup>. Международная совместная комиссия играет важную роль в плане обеспечения соблюдения: любая из сторон может передать спор на ее рассмотрение. Кроме того, Международная совместная комиссия запрашивает мнение общественности и представляет соответствующие доклады, а также делает этот процесс открытым для общественности<sup>88</sup>. В декабре 2000 года к Соглашению было добавлено приложение по озону в целях учета вопроса о трансграничном загрязнении воздуха, приводящем к высоким уровням приземного озона. Согласно этому приложению, обе страны должны контролировать и сокращать свои выбросы оксидов азота и летучих органических компонентов (прекурсоров для формирования приземного озона) в целях установления стандартов качества озона на долгосрочную перспективу<sup>89</sup>.

**38. Венская конвенция об охране озонового слоя.** Данная конвенция стала вторым многосторонним договором, в котором рассматривался вопрос о глобальной атмосфере<sup>90</sup>. Совместно с Монреальским протоколом по веществам, разрушающим озоновый слой, и внесенными в него последующими поправками она устанавливает правовой режим защиты стратосферного озонового слоя. Переговоры, посвященные этому договору, были инициированы ЮНЕП с учетом научных доказательств того, что широко используемые химические вещества, хлорфторуглероды, разрушают озоновый слой. В Договоре, принявшем форму рамочной конвенции, было предусмотрено общее обязательство государств принимать надлежащие законодательные или административные меры, как об этом говорится в его преамбуле, с тем чтобы «защитить здоровье людей и окружающую среду от неблагоприятного воздействия изменений

<sup>86</sup> Kiss and Shelton, *International Environmental Law*, p. 572.

<sup>87</sup> Подписан в Вашингтоне, округ Колумбия, 11 января 1909 года. См. Bevans, *Treaties and other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 12, p. 319.

<sup>88</sup> Buhi and Feng, "The International Joint Commission's role in the United States-Canada transboundary air pollution control regime: a century of experience to guide the future", p. 129.

<sup>89</sup> В настоящее время ведутся переговоры относительно нового дополнительного приложения по твердым частицам.

<sup>90</sup> Первым многосторонним документом стал Договор о запрещении испытаний ядерного оружия в атмосфере, в космическом пространстве и под водой, принятие которого было вызвано глобальной опасностью радиоактивного загрязнения в результате осадков из атмосферы. Следует напомнить об исторической речи президента Джона Ф. Кеннеди (его вступительная речь в Американском университете, Вашингтон, округ Колумбия, 10 июня 1963 года), в которой он заявил о поддержке Договора и указал следующее: «...мы все живем на этой планете. Мы все дышим одним и тем же воздухом. Мы все заботимся о будущем наших детей» (*The Department of State Bulletin*, vol. XLIX, No. 1253, 1 July 1963, p. 4).

состояния озонового слоя». В Венской конвенции не ставятся конкретные задачи, не указываются конкретные вещества, по отношению к которым будут применяться меры (в ней попросту перечисляются в приложении вещества, которые, как считается, оказывают воздействие на озоновый слой), и не устанавливаются юридические обязательства по сокращению выбросов веществ, истощающих озоновый слой. Решение вопроса о характере мер, которые надлежит принимать, было оставлено на усмотрение каждой стороны. Вместо этого в ней подчеркивается важность сотрудничества в обмене данных системных наблюдений, результатами научных исследований, информацией и технологиями, а также сотрудничества в деле «разработки согласованных мер, процедур и стандартов для выполнения настоящей Конвенции» (статья 2, пункт 2 с)). Признавая глобальный характер проблемы, составители Конвенции пытались обеспечить участие всех стран. Они рассмотрели несколько оговорок, которые могли бы формулировать развивающиеся страны и касались бы расходов по осуществлению положений договора как с точки зрения издержек, связанных с альтернативными технологиями, так и с точки зрения воздействия на процесс развития. В результате этого, помимо малоэффективной клаузулы о передаче технологии (статья 4), было добавлено положение о том, что государства должны принимать меры в соответствии с «имеющимися в их распоряжении средствами и со своими возможностями» (статья 2, пункт 2). Успех Конвенции, сокращенной до абсолютного минимума рамочного документа, заключался в закладке основы для будущего сотрудничества и создания структур, а именно совещания сторон, что позволило бы адаптировать ее с учетом новых научных данных посредством проведения обзора хода осуществления и принятия новых протоколов или поправок. Она также ознаменовала собой использование более осторожного подхода в природоохранных договорах с учетом по-прежнему существовавшей неопределенности относительно последствий истощения озонового слоя и вредных последствий ультрафиолетового излучения.

**39. Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой.** Монреальский протокол обязывает государства-участники ограничивать производство и потребление хлорфторуглеродов и хладонов в качестве основных веществ, истощающих озоновый слой. Монреальский протокол был принят в связи с проведенной на международном уровне ЮНЕП/ВМО оценкой, вызванной обнаружением «дыры» в озоновом слое над Антарктикой. По итогам оценки было установлено, что уровень выработки хлорфторуглеродов приведет к опасному истощению озонового слоя, что свидетельствует о необходимости установления жестких показателей для сокращения выбросов озоноразрушающих веществ<sup>91</sup>. Монреальский протокол требует, чтобы промышленно развитые страны заморозили производство и потребление хлорфторуглеродов на уровнях 1986 года (базовый год), сократили их вдвое к 1999 году и заморозили

производство хладонов на уровнях 1986 года. Монреальским протоколом также предусматривалось создание совещания сторон, которому поручалось проведение системных наблюдений за озоновым слоем и реагирование на новые научные события посредством установления, в случае необходимости, дополнительных юридических обязательств государств, что было одним из ключевых компонентов его успеха. Поправки вносились в 1989 году (Хельсинки), в 1990 году (Лондон)<sup>92</sup>, 1992 году (Копенгаген)<sup>93</sup>, 1997 году (Монреаль)<sup>94</sup> и 1999 году (Пекин)<sup>95</sup>. Благодаря принятию поправок не только ускорился процесс поэтапного вывода различных веществ и добавления новых веществ, но и решались важные вопросы, связанные с участием развивающихся государств, несоблюдением и субъектами, не являющимися сторонами. Лондонские поправки были особо важными с точки зрения укрепления принципа общей, но дифференцированной ответственности. В пункт 6 преамбулы была внесена поправка, предусматривающая ссылку на необходимость учета «потребностей развивающихся стран в области развития». Кроме того, статья 5 в старой редакции, которая содержала положение о 10-летнем периоде соблюдения для стран, потребление которыми хлорфторуглеродов составляло менее 0,3 кг на душу населения (в основном развивающиеся страны), была заменена новой статьей 5, в которой признавалось, что соблюдение развивающимися странами будет зависеть от финансовой помощи и передачи технологий<sup>96</sup>. В то же время в статье 10 предусматривается создание многостороннего фонда добровольного финансирования сторонами, не охватываемыми статьей 5, для оказания развивающимся странам помощи в покрытии их издержек, связанных с соблюдением. Что касается несоблюдения, то Монреальский протокол предусматривает мягкий порядок обеспечения исполнения с акцентом на связанном с содействием и поощрением подходе. Стороны, попавшие в затруднительное положение, могут предстать в Комитете по вопросам осуществления либо по собственной инициативе, либо по предложению другой стороны, либо по предложению секретариата. Он предусматривает такие меры, как предоставление финансовых средств по линии Глобального экологического фонда<sup>97</sup>, технической помощи или издание предупреждений, главным образом в рамках усилий, направленных на обеспечение соблюдения сторонами требований, касающихся представления данных. В Монреальском протоколе проблема не являющихся сторонами участников решается с помощью подхода, предусматривающего обеспечение соблюдения.

<sup>92</sup> Корректировки и поправка к Монреальскому протоколу по веществам, разрушающим озоновый слой, принятые на втором совещании сторон, Лондон, 27–29 июня 1990 года.

<sup>93</sup> Поправка к Монреальскому протоколу по веществам, разрушающим озоновый слой, принятая на четвертом совещании сторон, Копенгаген, 23–25 ноября 1992 года.

<sup>94</sup> Поправка к Монреальскому протоколу по веществам, разрушающим озоновый слой, принятая на девятом совещании сторон, Монреаль, 15–17 сентября 1997 года.

<sup>95</sup> Поправка к Монреальскому протоколу по веществам, разрушающим озоновый слой, принятая на одиннадцатом совещании сторон, Пекин, 29 ноября – 3 декабря 1999 года.

<sup>96</sup> См. сноску 92 выше.

<sup>97</sup> Sand, “Carrots without sticks? New financial mechanisms for global environmental agreements”.

<sup>91</sup> Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer, International Law, International Régimes, and Sustainable Development*; и Sands, *Principles of International Environmental Law*, p. 575.

В нем реализуются меры по ограничению торговли, а именно запрет торговли с субъектами, не являющимися сторонами, в области контролируемых веществ или продукции, содержащей такие вещества, и пресечению незаконной торговли фторхлоруглеродами посредством задействования системы выдачи экспортных/импортных лицензий, что стало бы стимулом для присоединения к Монреальскому протоколу и соблюдения его положений. Можно считать, что Монреальский протокол позволил достичь успеха с точки зрения его широкого принятия и имплементации и того, что глобальное производство хлорфторуглеродов уменьшилось с 1998 года, на который пришелся пик их производства. В то же время его следует рассматривать в более широком контексте охраны атмосферы. Некоторые заменители хлорфторуглеродов являются парниковыми газами, что свидетельствует о необходимости координации усилий в рамках Киотского протокола к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата<sup>98</sup>.

**40. Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата.** Генеральная Ассамблея начала активизировать свои усилия по решению вопроса об изменении климата в 1988 году, приняв резолюцию, в которой говорилось, что изменение климата является общей проблемой всего человечества (см. резолюцию 43/53 Генеральной Ассамблеи от 6 декабря 1988 года). В следующем году в знак признания необходимости принятия мер по борьбе с антропогенными выбросами парниковых газов был создан Межправительственный комитет по переговорам для проведения переговоров по договору для Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию 1992 года. В значительной степени как и в Венской конвенции об охране озонового слоя, в Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата не были установлены количественные показатели для ограничения парниковых газов. Как указано в статье 2, ее цель в общем заключается в: «стабилизации концентраций парниковых газов в атмосфере на таком уровне, который не допускал бы опасного антропогенного воздействия на климатическую систему». Отсутствует явно выраженное обязательство вернуться к показателю выбросов парниковых газов до уровней 1990-х годов к 2000 году, при этом признание такой цели сформулировано весьма неопределенно. В Конвенции устанавливается ряд ключевых принципов в плане ориентации каких-либо международных мер реагирования на изменение климата (многие из этих принципов также отражены в Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию<sup>99</sup> и в Повестке дня на XXI век), включая принцип справедливости и общей, но дифференцированной ответственности, устойчивое развитие, рентабельность и меры предосторожности (статья 3). Суть

обязательств, которые должны взять на себя стороны, можно проследить в статье 4. Стороны, которые являются развитыми странами (приложение I), должны проводить «национальную политику и принимать соответствующие меры по смягчению последствий изменения климата путем ограничения своих антропогенных выбросов парниковых газов и защиты и повышения качества своих поглотителей и накопителей парниковых газов» (статья 4, пункт 2 а)). В целях содействия осуществлению статья 4 также требует, чтобы каждая из этих сторон «в соответствии со статьей 12 представляла в течение шести месяцев после вступления для нее в силу Конвенции, а впоследствии на периодической основе, подробную информацию о своей политике и мерах... а также о прогнозируемых в связи с ними антропогенных выбросах из источников и абсорбции поглотителями парниковых газов, не регулируемых Монреальским протоколом» (статья 4, пункт 2 б)). В целом, Конвенция является прочной основой для будущего рассмотрения этого вопроса; она предусматривает создание Конференции сторон и ее довольно широкий мандат, который включает в себя осуществление и принятие протоколов в целях выработки конкретных обязательств.

**41. Киотский протокол к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата.** Переговоры по Киотскому протоколу были проведены после первой Конференции сторон, состоявшейся в Берлине (Берлинский мандат), в ходе которой была выявлена неадекватность обязательств, предусмотренных в статье 4 Конвенции. В Киотском протоколе установлены количественные показатели сокращения выбросов и конкретный график их достижения. Его главное достижение заключалось в том, что развитые страны (стороны, включенные в приложение I) взяли на себя обязательство по сокращению их выбросов шести парниковых газов (диоксид углерода, метан, закись азота, гексафторид серы, гидрофторуглероды и перфторуглероды) в конкретном объеме в целях сокращения коллективных выбросов по меньшей мере на 5 % по сравнению с уровнями 1990 года в период действия обязательств с 2003 года по 2012 год (статья 3, пункт 1). Стороны могут выполнять свои обязательства несколькими способами, включая, в частности, повышение эффективности использования энергии, охрану и повышение качества поглотителей и накопителей парниковых газов и поощрение устойчивых форм сельского хозяйства (статья 2, пункт 1 а)). Примечательно, что для развивающихся стран не были установлены обязательства по ограничению и сокращению выбросов с учетом концепции общей, но дифференцированной ответственности. Этот принцип также получил отражение в положениях, требующих передачу технологии и оказание финансовой помощи. Особое внимание было уделено странам, которые в наибольшей степени уязвимы по отношению к изменению климата, включая малые островные развивающиеся государства, страны с низинными прибрежными районами, страны с районами, подверженными стихийным бедствиям, и странам, подверженным засухе и опустыниванию (статья 4, пункт 8 Конвенции). Киотский протокол следует особо отметить в связи с предусмотренными в нем инновациями. Это соглашение включает в себя

<sup>98</sup> См. UNEP, *Environmental Effects of Ozone Depletion and its Interactions with Climate Change: 2010 Assessment* (Nairobi, 2010). Имеется по адресу [www.unenvironment.org/resources/report/environmental-effects-ozone-depletion-and-its-interactions-climate-change-2010](http://www.unenvironment.org/resources/report/environmental-effects-ozone-depletion-and-its-interactions-climate-change-2010).

<sup>99</sup> Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 года (см. сноску 52 выше), резолюция 1, приложение I.

три «механизма обеспечения гибкости», рыночные механизмы, которые, во-первых, направлены на обеспечение рентабельного осуществления обязательств по сокращению выбросов и, во-вторых, на поощрение широкого участия. Статья 4 позволяет сторонам, включенным в приложение I, выполнять свои обязательства по сокращению выбросов совместно. Первые два механизма, механизм совместного осуществления и механизм экологически чистого развития, функционируют на проектной основе. Механизм совместного осуществления позволяет одной развитой стране приобретать единицы сокращения выбросов посредством инвестирования в тот или иной проект по сокращению выбросов в другой развитой стране (статья 6). Механизм чистого развития, единственный механизм обеспечения гибкости, в котором задействованы развивающиеся страны, позволяет сторонам из числа развитых стран приобретать пригодные для продажи зачетные баллы за сокращение выбросов посредством инвестирования в проекты сокращения или ограничения выбросов в развивающихся странах в целях стимулирования устойчивого развития (статья 12). Надзор за механизмом осуществляет исполнительный совет, и сокращения выбросов в результате проектов должны сертифицироваться назначенными национальными органами (статья 12, пункт 4). Деятельность третьего механизма касается международной торговли выбросами. Разрешения выдаются каждой стороне с учетом их обязательств по ограничению выбросов; любые неиспользованные разрешения на выброс могут быть проданы другим сторонам на «углеродном рынке» (статья 17)<sup>100</sup>. Положения о наблюдении имеют важное значение с точки зрения содействия соблюдению режима. Включенные в приложение I стороны должны создавать национальные системы для оценки антропогенных выбросов из источников и абсорбции поглотителями парниковых газов (статья 5), а также составлять ежегодные кадастры для включения дополнительной информации, необходимой для того, чтобы продемонстрировать соблюдение своих обязательств согласно Протоколу (статья 7, пункт 2). На седьмой сессии Конференции сторон Рамочной конвенции, состоявшейся в Марракеше, Марокко, в 2001 году, было достигнуто согласие о том, что предусматривающий поощрение подход, разработанный в рамках Монреальского протокола, не может использоваться для обеспечения соблюдения включенными в приложение I сторонами. Поэтому на ней был принят предусматривающий обеспечение исполнения подход и создан механизм действий в случае несоблюдения, в рамках которого подразделение по обеспечению соблюдения будет рассматривать случаи несоблюдения странами, включенными в приложение I<sup>101</sup>, и на ней был установлен штраф в размере 1,3 соответствующих невыполненных частей их обязательств. Штраф должен добавляться к их обязательствам в течение

<sup>100</sup> Роуландс утверждает, что введение этих рыночных механизмов по отношению к природоохранным режимам имеет важное значение, «поскольку это свидетельствует о дальнейшем признании международной окружающей среды в качестве товара» (Rowlands, "Atmosphere and outer space", p. 332).

<sup>101</sup> См. FCCC/CP/2001/13/Add.3, решение 24/CP.7, приложение. Это решение было принято на первом совещании сторон Киотского протокола 9 и 10 декабря 2005 года.

второго периода действия обязательств<sup>102</sup>. Поскольку первый период действия обязательств завершился в 2012 году, на семнадцатой сессии Конференции сторон (Дурбанская конференция) в 2011 году было принято решение заняться работой над содержанием второго периода действия обязательств, который, как было установлено, начнется в 2013 году. Однако Канада, Япония и Российская Федерация четко указали на то, что они не намерены принимать на себя каких-либо обязательств в течение второго периода действия обязательств. 12 декабря 2011 года Канада объявила о своем полном выходе из Киотского протокола. На Дурбанской конференции также было принято решение «приступить к процессу разработки протокола, иного правового акта или согласованного итогового документа, имеющего юридическую силу... применимого ко всем Сторонам»<sup>103</sup>, который будет принят не позднее 2015 года и вступит в силу с 2020 года. На восемнадцатой Конференции сторон (Дохинская конференция) в 2012 году была официально принята поправка к Киотскому протоколу, в которой указывались обязательства включенных в приложение I сторон в течение второго периода действия обязательств (2013–2020 годы), однако некоторые развитые страны приняли решение о том, что их обязательства не будут прописаны в этой поправке<sup>104</sup>. Во время девятнадцатой сессии Конференции сторон (Варшавская конференция) в 2013 году Стороны обсудили элементы соглашения, которое следует принять на двадцать первой сессии Конференции сторон, которая должна состояться в Париже в 2015 году. На Варшавской конференции было принято решение предложить «всем Сторонам» установить свои плановые и определенные национальные «взносы» и сообщить достаточно заблаговременно информацию о них для двадцать первой сессии без ущерба для вопросов о правовом характере взносов<sup>105</sup>.

## 2. ПРАКТИКА МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ И ТРИБУНАЛОВ

42. В ходе настоящего исследования необходимо будет подробно рассмотреть ряд затронутых в настоящем докладе решений международных судов и трибуналов. Дело *Плавильный завод в Трейле*<sup>106</sup> послужило основой для правового регулирования трансграничного загрязнения воздуха. После арбитражного процесса по этому делу в ходе рассмотрения в Международном Суде дел *Ядерные испытания 1973/1974 года (Австралия против Франции и Новая Зеландия против Франции)*<sup>107</sup> бурно обсуждался вопрос о возможном атмосферном загрязнении. В 1996 году Суд также сослался на обязательство государств воздерживаться от причинения значительного экологического ущерба за пределами своих границ

<sup>102</sup> Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, p. 174.

<sup>103</sup> См. FCCC/CP/2011/9/Add.1, решение 1/CP.17, пункт 2. Можно отметить, что в данном случае уже не упоминался принцип «общей, но дифференцированной ответственности».

<sup>104</sup> См. FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, решение 1/CMP.8.

<sup>105</sup> См. FCCC/CP/2013/10/Add.1, решение 1/CP.19, пункт 2 b).

<sup>106</sup> См. сноску 39 выше.

<sup>107</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, и *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457.



посредством трансграничного загрязнения, включая атмосферное загрязнение, в своем консультативном заключении по делу *Законность угрозы или применения ядерного оружия*<sup>108</sup>. Хотя дело *Проект Габчи-ково – Надьямарош (Венгрия/Словакия)*<sup>109</sup> 1997 года непосредственно не касалось загрязнения атмосферы, в нем рассматривался вопрос об экологическом вреде в более широком смысле. В своем решении по делу *Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая)*<sup>110</sup>, вынесенном в апреле 2010 года, Суд частично затронул вопрос о предполагаемом загрязнении воздуха (в части, касающейся речной водной среды). Кроме того, возбужденное в Суде в 2008 году дело *Авиараспыление гербицидов (Эквадор против Колумбии)*<sup>111</sup>, хотя впоследствии и было урегулировано и отозвано, также касалось этого вопроса. В связи с рассмотрением в 1996 году Всемирной торговой организацией (ВТО) дела *Соединенные Штаты – стандарты на бензин, полученный методом реформинга, и традиционный бензин*<sup>112</sup> возник важный вопрос о совместимости внутреннего законодательства страны (в данном случае Закона о чистом воздухе Соединенных Штатов 1990 года) с торговыми положениями Генерального соглашения по тарифам и торговле. Следует также отметить решение находящегося в Люксембурге Европейского суда, вынесенное в декабре 2011 года по делу *Ассоциация воздушного транспорта Америки и другие против министра энергетики и по проблемам изменения климата*<sup>113</sup>, подтверждающее действительность Директивы Европейского союза о включении авиационной деятельности в систему торговли квотами на выбросы Европейского союза<sup>114</sup>. Это решение могло быть оспорено Соединенными Штатами (и, возможно, Китаем) в ВТО, что иллюстрирует наличие коллизии между торговлей и экологией. В настоящем докладе, видимо, был смысл дать краткое предварительное описание каждого из этих дел постольку, поскольку они имеют отношение к теме охраны атмосферы.

43. **Дело Плавильный завод в Трейле.** Это дело касалось трансграничного ущерба в штате Вашингтон, Соединенные Штаты, причиненного в результате плавильного производства в Трейле, провинция Британская Колумбия, Канада. На этом плавильном заводе производился обжиг содержащей цинк и свинец руды с целью извлечения металлов. В ходе этого процесса обработки руды, которая также содержала

серу, происходил выброс в атмосферу сернистого газа. С учетом физических и метеорологических условий в этом районе облака сернистого газа с плавильного завода двигались в южном направлении в сторону Соединенных Штатов, причиняя обширный ущерб посевам, лесам, пастбищам, стадам и зданиям. Арбитраж, учрежденный в соответствии с Конвенцией об урегулировании споров, возникающих в связи с функционированием плавильного завода в Трейле<sup>115</sup>, должен был в соответствии со статьей IV этой конвенции использовать «право и практику, применявшиеся при разрешении аналогичных вопросов в Соединенных Штатах Америки, а также международное право и практику и учесть стремление высоких договаривающихся сторон прийти к решению, являющемуся справедливым для всех участвующих сторон». Часто цитируемая выдержка из этого решения гласит следующее:

Согласно принципам международного права, а также законам Соединенных Штатов, ни одно государство не имеет право использовать или разрешать использовать территорию таким образом, чтобы это причиняло ущерб посредством задымления в пределах или в направлении территории другого государства или находящихся на ней имущества или лиц, когда это влечет за собой серьезные последствия и ущерб устанавливается явными и убедительными доказательствами<sup>116</sup>.

Дело *Плавильный завод в Трейле* представляло собой один из традиционных видов споров о трансграничном загрязнении воздуха, в котором причину ущерба, а также ее последствия вполне можно было определить. Это решение часто приводят в подтверждение мнения о том, что в соответствии с международным правом государства обязаны обеспечивать, чтобы осуществляемая под их юрисдикцией и контролем деятельность не причиняла трансграничного ущерба, когда вред можно предвидеть и установить с помощью ясных и убедительных доказательств<sup>117</sup>. Стандарт доказывания должен устанавливаться на основе эмпирической вероятности. Важно отметить, что трибунал подтвердил принцип предотвращения на основе научных доказательств и принял соответствующий режим, предусматривающий определенный уровень выбросов. Однако процессуальную ценность этого решения невозможно подтвердить в полном объеме без некоторых оговорок<sup>118</sup>: хотя арбитраж опирался в соответствии с арбитражной оговоркой на действующие в Соединенных Штатах принципы, принципы, указанные в решении, такие как причинение неудобств, нарушение права владения и строгая ответственность, невозможно прямо соотносить с так называемыми установленными принципами международного права во всех обстоятельствах<sup>119</sup>. Значение этого разбирательства заключается в том, что арбитраж смог достичь надлежащего баланса между интересами промышленности и сельского хозяйства<sup>120</sup>

<sup>108</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226.

<sup>109</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7.

<sup>110</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 14.

<sup>111</sup> *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, Application by Ecuador (2008, General List No. 138), 31 March 2008, para. 37.

<sup>112</sup> WTO, Appellate Body, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996.

<sup>113</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber), 21 December 2011, Case C-366/10, *European Court Reports 2011*.

<sup>114</sup> Директива 2008/101/ЕС Европейского парламента и Совета от 19 ноября 2008 года о внесении изменений в Директиву 2003/87/ЕС в целях включения авиационной деятельности в систему торговли разрешениями на выбросы парниковых газов в Сообществе (*Official Journal of the European Union*, L 8, 13 January 2009).

<sup>115</sup> Подписана в Оттаве 15 апреля 1935 года (UNRIAA, vol. III (United Nations publication, sales No. 1949.V.2), p. 1907).

<sup>116</sup> UNRIAA, vol. III, p. 1965; Kuhn, “The Trail Smelter arbitration, United States and Canada”; и Read, “The Trail Smelter dispute”.

<sup>117</sup> UNRIAA, vol. III, p. 1965.

<sup>118</sup> Madders, “Trail Smelter arbitration”, p. 903.

<sup>119</sup> Rubin, “Pollution by analogy: the Trail Smelter arbitration”.

<sup>120</sup> Handl, “Balancing of interests and international liability for the pollution of international watercourses: customary principles of law revisited”.

и – по аналогии – экономического развития и защиты окружающей среды, что вписывается в современную концепцию устойчивого развития.

44. **Дела Ядерные испытания.** В делах *Ядерные испытания* Австралия в своем заявлении просила суд «вынести решение и объявить, что осуществление испытаний ядерного оружия в атмосфере в южной части Тихого океана не согласуется с обязательствами, налагаемыми на Францию применимыми нормами международного права»<sup>121</sup>. 22 июня 1973 года Суд указал временные меры, а 20 декабря 1974 года вынес решение по существу. Он постановил, что преследуемая заявителями цель, а именно прекращение ядерных испытаний, была достигнута в результате заявлений Франции не продолжать атмосферные испытания и что Суд в этой связи не должен выносить решение по претензиям, выдвинутым заявителями<sup>122</sup>. Можно отметить, что Австралия возбудила это дело на основании защиты не только собственных правовых интересов, но также интересов других государств, поскольку рассматривала ядерные испытания Франции как нарушение свободы открытого моря. В ее меморандуме говорилось среди прочего:

Море нестатично; его живые системы весьма сложны и тесно взаимосвязаны. Поэтому, как очевидно, никто не может утверждать, что загрязнение, особенно загрязнение радиоактивного характера, в каком-то одном месте в конечном счете не породит последствий в другом. Если бы Суд не учитывал соображения такого рода, то это никак бы не согласовывалось с его функцией по защите судебными средствами интересов международного сообщества<sup>123</sup>.

По этому вопросу в совместном особом мнении судьи Ониеамы, Дилларда, Хименеса де Арчаги и Уолдока говорилось следующее:

Что касается права на свободу от атмосферных испытаний, которым, как было указано, Австралия обладает совместно с другими государствами, то вопрос «правового интереса» опять же представляется нам как часть общего правового существа дела. Если представленные Австралией материалы предназначены для того, чтобы убедить Суд в наличии общей нормы международного права, запрещающей ядерные испытания в атмосфере, то Суд в то же время должен будет определить, каков точный характер и содержание этой нормы, и в частности наделяет ли она каждое государство в отдельности правом предъявлять претензии для обеспечения соблюдения этой нормы. Короче говоря, вопрос «правового интереса» невозможно отделить от основного правового вопроса, заключающегося в наличии и объеме предполагаемой нормы международного обычного права. Хотя мы признаем, что

<sup>121</sup> Memorial on Jurisdiction and Admissibility submitted by the Government of Australia, *I.C.J. Pleadings, Oral Arguments, Documents: Nuclear Test Cases*, vol. I (Australia v. France), para. 430.

<sup>122</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973*, p. 99, and *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973*, p. 135, and *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 457. См. Thierry, “Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice”; Franck, “Word made law: the decision of the ICJ in the nuclear test cases”; Lellouche, “The International Court of Justice—the *Nuclear Tests* cases: judicial silence v. atomic blasts”; McWhinney, “International law-making and the judicial process: the World Court and the French *Nuclear Tests* case”; Sur, “Les affaires des essais nucléaires”; и MacDonald and Hough, “The *Nuclear Tests* case revisited”.

<sup>123</sup> Memorial on Jurisdiction and Admissibility submitted by the Government of Australia, *I.C.J. Pleadings, Oral Arguments, Documents: Nuclear Test Cases*, vol. I (Australia v. France), para. 459.

наличие так называемого *actio popularis* в международном праве является вопросом спорным, замечания Суда по делу «*Барселона трэкин, лайт энд пауэр лимитед*» (*Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, at p. 32) в достаточной мере свидетельствуют о том, что по данному вопросу можно привести рациональные правовые доводы и что он представляет собой надлежащий предмет для разбирательства в Суде<sup>124</sup>.

45. **Законность угрозы ядерным оружием или его применения.** В ходе вынесения консультативного заключения по делу *Законность угрозы ядерным оружием или его применения* (по просьбе Генеральной Ассамблеи в 1996 году) Международный Суд изучал вопрос о том, приведет ли применение ядерного оружия к ущербу окружающей среде, в том числе предположительно атмосфере. Суд признал, что

окружающая среда ежедневно подвергается угрозе и что применение ядерного оружия могло бы иметь для нее катастрофические последствия... [а также] что окружающая среда не является чем-то абстрактным, а служит средой обитания, определяет качество жизни и само здоровье людей, в том числе будущих поколений. Общее обязательство государств обеспечивать, чтобы деятельность, осуществляемая в пределах их юрисдикций и под их контролем, не наносила ущерба окружающей среде других государств или районов за пределами национального контроля, является ныне частью свода норм международного права, касающихся окружающей среды<sup>125</sup>.

В то же время он сделал оговорку, заявив следующее:

Суд не считает, что данные договоры могли иметь целью лишение какого-либо государства возможности осуществлять свое право на самооборону в соответствии с международным правом в силу его обязательств, касающихся защиты окружающей среды. Тем не менее государства должны принимать во внимание экологические соображения при оценке того, что является необходимым и соразмерным в ходе достижения законных военных целей. Защита окружающей среды – один из элементов, учитываемых при оценке того, соответствует ли какое-либо действие принципам необходимости и соразмерности<sup>126</sup>.

Суд отметил далее, что

пункт 3 статьи 35 и статья 55 Дополнительного протокола I предусматривают дополнительную защиту окружающей среды. Эти положения, взятые вместе, воплощают общее обязательство защищать природную среду от широкомасштабного, долговременного и серьезного экологического ущерба; запрет на использование методов и средств ведения войны, которые имеют целью причинить или, как можно ожидать, причинят такой ущерб; и запрет на посягательства на природную среду в порядке репрессалий. Упомянутые положения представляют собой мощные сдерживающие факторы для всех подписавших их государств<sup>127</sup>.

В своем особом мнении судья Виранантри подробно остановился на последствиях применения ядерного оружия, особенно на ущербе окружающей среде и экосистемам, а также будущим поколениям<sup>128</sup>.

46. **Проект Габчикова – Надьямарош (Венгрия/Словакия).** Это дело по сути касалось использования международного водотока и непосредственно не имело отношения к атмосфере. Тем не менее

<sup>124</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at pp. 369–370, para. 117.

<sup>125</sup> *I.C.J. Reports 1974*, pp. 241–242, para. 29.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 242, para. 30.

<sup>127</sup> *Ibid.*, para. 31.

<sup>128</sup> *Ibid.*, pp. 433–555. См. Brown Weiss, “Opening the door to the environment and to future generations”; и Momtaz, “The use of nuclear weapons and the protection of the environment: the contribution of the International Court of Justice”.

Международный Суд затронул ряд касающихся данной темы вопросов, итоги рассмотрения которых могут также иметь отношение к охране атмосферы. Если Венгрия главным образом ссылалась на «состояние экологической необходимости» для обоснования приостановления или отказа от определенных работ, необходимых для строительства планируемых плотин, то Словакия заявляла, что предполагаемого состояния необходимости не существовало и что в любом случае оно не является причиной для приостановления выполнения стороной своих договорных обязательств. Суд поддержал последнюю позицию. В отношении мер, принятых Словакией для отвода воды, Суд заявил, что они не могут рассматриваться как законная контрмера, и поэтому Словакия не имеет права вводить в действие объекты, обеспечивающие отвод<sup>129</sup>. В ходе разбирательства Венгрия изложила ряд доводов в поддержку законности своих действий, включая невозможность исполнения Соглашения 1977 года<sup>130</sup> (частично ввиду экологических требований), коренное изменение обстоятельств (частично благодаря прогрессу в расширении экологических знаний) и разработку новых норм и предписаний в международном экологическом праве. Однако Суд, отклоняя аргументы Венгрии, опирался главным образом на право международных договоров, воплощенное в Венской конвенции о праве международных договоров, и на правовое регулирование ответственности государств, отраженное в проекте статей Комиссии 2001 года<sup>131</sup>, а не на принципы и нормы международного экологического права<sup>132</sup>. Можно отметить, что судья Вирамантри подробно проанализировал в своем особом мнении концепцию устойчивого развития<sup>133</sup>.

**47. Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая).** В этом деле, которое касается в первую очередь качества воды в реке, Международный Суд ссылался частично на проблемы предполагаемого загрязнения воздуха постольку, поскольку это касалось речной водной среды<sup>134</sup>. Аргентина заявила, что из труб завода производились выбросы, которые содержали вещества, оказавшие вредоносное воздействие на речную среду. Однако Суд решил, что «материалы дела не содержат достаточно четких доказательств того, что вещества, оказывающие вредоносное воздействие, попадали в речную среду реки в результате выбросов... с завода в

<sup>129</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at pp. 55–57, paras. 82–87.

<sup>130</sup> Соглашение между Чехословакией и Венгрией о взаимной помощи в строительстве плотинной системы Габчико-Надьмарош, Будапешт, 16 сентября 1977 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1724, No. 30074, p. 120.

<sup>131</sup> Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 26 и далее, пункт 76.

<sup>132</sup> См. “Symposium: the Case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project*”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 8 (1997), pp. 3–116; Fitzmaurice, “The *Gabčíkovo-Nagymaros* case: the law of treaties”; Lefeber, “The *Gabčíkovo-Nagymaros Project* and the law of State responsibility”.

<sup>133</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at pp. 88–119.

<sup>134</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010*, pp. 100–101, at paras. 263–264. Этот вопрос был поднят в ходе устного разбирательства, см. public sitting on 8 June 2006, CR 2006/47, paras. 22, 28 and 34.

воздушную среду»<sup>135</sup>. Поразительным в этом решении было то, что Суд отклонил практически все аргументы Аргентины в отношении предполагаемого нарушения Уругваем своих основных обязательств, ссылаясь на отсутствие доказательств и практически не касаясь при этом вопросов существа. Это решение подверглось критике (в совместном несогласном мнении, в особом мнении, а также в заявлении), согласно которой Суду следовало использовать розыскные методы (например, поручить расследование комиссии), а не полагаться только на доказательства, представленные сторонами<sup>136</sup>. Одной из отличительных черт экологических споров, например рассматриваемого дела, является зачастую их сложный фактический состав. В этой связи принципиально важное значение имеет сбор и оценка научных доказательств. В связи с делом *Целлюлозные заводы* возник еще один вопрос: какую роль должен играть Суд в оценке научно-технических доказательств при разрешении экологических споров.

**48. Авиараспыление гербицидов (Эквадор против Колумбии).** Это дело непосредственно касалось предполагаемого трансграничного загрязнения воздуха. В марте 2008 года Эквадор инициировал разбирательство, заявив, «что посредством авиараспыления токсичных гербицидов в местах, расположенных на ее границе с Эквадором, рядом с ней и за ней, Колумбия нарушила права Эквадора по обычному и договорному международному праву»<sup>137</sup>. В своем заявлении Эквадор указал, что «распыление уже причинило серьезный ущерб людям, посевам, животным и окружающей среде с эквадорской стороны границы и создает серьезный риск причинения со временем дальнейшего ущерба», и просил Суд «принять решение и объявить, что: А) Колумбия нарушила свои обязательства по международному праву, обусловив или допустив появление на территории Эквадора осадков в виде токсичных гербицидов, причинивших ущерб здоровью людей, имуществу и окружающей среде; В) Колумбия должна возместить Эквадору любые убытки или ущерб, причиненные ее международно-противоправными действиями, а именно использованием гербицидов, включая их авиараспыление»<sup>138</sup>. Однако, 13 сентября 2013 года это дело было исключено из списка дел Суда по просьбе Эквадора, поскольку между сторонами было достигнуто соглашение, предусматривавшее среди прочего прекращение Колумбийей авиараспыления и создание совместной комиссии.

**49. Соединенные Штаты – стандарты на бензин, полученный методом реформинга, и традиционный бензин.** В этом деле, рассмотренном Апелляционным органом ВТО (1996 год), был затронут ряд важных вопросов, касающихся охраны атмосферы. Это было первое постановление, в котором применялись

<sup>135</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 101, para. 264.

<sup>136</sup> См. совместное несогласное мнение судей аль-Хасауны и Симмы, *ibid.*, pp. 108–111, paras. 1–6; особое мнение судьи Канаду Триндаде, *ibid.*, p. 191, para. 151; и заявление судьи Юсуфа, *ibid.*, pp. 216–220.

<sup>137</sup> Application by Ecuador (2008, General List No. 138), 31 March 2008, para. 37.

<sup>138</sup> *Ibid.*, paras. 2 and 38.

процедуры урегулирования споров ВТО<sup>139</sup>. В этом деле Бразилия и Венесуэла (Боливарианская Республика) просили, чтобы Орган по урегулированию споров изучил совместимость Закона о чистом воздухе и «методов установления базового уровня» для «бензинового правила», принятого Агентством по охране окружающей среды Соединенных Штатов, и соответствующих положений ВТО. Закон о чистом воздухе и его положения предназначены для предотвращения и контроля воздушного загрязнения в Соединенных Штатах посредством установления стандартов качества бензина и выхлопов автомашин. В соответствии с поправкой 1990 года к этому закону были приняты новые постановления относительно выхлопов токсичных загрязнителей воздуха и озонобразующих летучих органических соединений в целях повышения качества воздуха в наиболее загрязненных районах страны. Эти новые постановления касались различных производителей и импортеров бензина в Соединенных Штатах. Признав, что чистый воздух является природным источником, который может быть истощен, третейская группа сделала заключение о том, что методы установления базового уровня не согласуются с пунктом 4 статьи III Генерального соглашения по тарифам и торговле и не могут быть обоснованы согласно пунктам *b*), *d*) и *g*) статьи XX. Третейская группа заявила, что импортный и местный бензин являются «сходными продуктами» и что импортный бензин пользовался менее благоприятным режимом, чем местный. Соединенные Штаты обратились в Апелляционный орган, заявив, что третейская группа допустила ошибку в постановлении о том, что установление базового уровня не представляет собой меру, относящуюся к консервации чистого воздуха по смыслу пункта *g*) статьи XX. Апелляционный орган постановил, что бензиновое правило Соединенных Штатов входит в сферу исключения, предусмотренного в пункте *g*) статьи XX, однако мера Соединенных Штатов представляет собой «произвольную» или «неоправданную» дискриминацию или «скрытое ограничение» международной торговли и поэтому не отвечает требованиям общей части статьи XX. Таким образом, данное дело вскрыло коллизию между внутренним правом, регулирующим защиту чистого воздуха, и международным режимом свободной торговли, причем Апелляционный орган принял решение в пользу последнего.

50. **Ассоциация воздушного транспорта Америки и другие против министра энергетики и по проблемам изменения климата.** В решении Европейского суда по этому делу<sup>140</sup> была подтверждена правомерность включения авиационной деятельности в систему торговли квотами на выбросы Европейского союза в соответствии с Директивой 2008/101/ЕС Европейского парламента и Совета от 19 ноября 2008 года о внесении изменений в Директиву 2003/87/ЕС в целях включения авиационной

деятельности в систему торговли разрешениями на выбросы парниковых газов в Сообществе. Это решение потенциально может быть оспорено неевропейскими странами в других судах, что свидетельствует о наличии коллизии между торговлей и охраной окружающей среды<sup>141</sup>.

### 3. МЕЖДУНАРОДНОЕ ОБЫЧНОЕ ПРАВО

#### а) *Opinio juris* и общая практика

51. Помимо многосторонних и двусторонних конвенций, о которых говорилось выше, по этому вопросу существует обширная практика государств и литература. Ведущим делом в области трансграничного загрязнения воздуха по-прежнему является часто цитируемое постановление арбитража по делу *Плавильный завод в Трейле*. Принцип, который был использован в этом арбитражном решении, – *sic utere tuo ut alienum non laedas* (пользуйся своим имуществом так, чтобы не причинять вреда другому) – в настоящее время является общепризнанной частью международного обычного права, хотя с некоторыми оговорками и условиями. Этот принцип признан частью международного обычного права постольку, поскольку он касается трансграничного загрязнения воздуха между сопредельными странами в том объеме, в каком причинно-следственная связь может быть установлена с помощью четких и убедительных доказательств. По-прежнему вызывает вопросы то обстоятельство, может ли этот принцип распространяться на случаи дальнего (трансконтинентального) загрязнения воздуха, когда причинно-следственную связь трудно доказать, и может ли он распространяться на глобальные атмосферные проблемы, такие как истощение озонового слоя и изменение климата. Для каждого случая необходим тщательный анализ с целью определения того, может ли этот принцип или норма (и в какой степени) считаться «установленным» принципом международного обычного права в свете *opinio juris sive necessitatis* и общей практики государств<sup>142</sup>. Оценку доказательств обычно-правового характера той или иной нормы необходимо производить в каждом случае в отдельности. Существует общее понимание в отношении того, что ни *opinio*, не поддерживаемое обычаем (обыкновением), ни просто обычай, не поддерживаемый *opinio*, не могут

<sup>139</sup> См. в общем плане Murase, “Unilateral measures and the WTO dispute settlement”.

<sup>140</sup> См. Faber and Brinke, *The Inclusion of Aviation in the EU Emissions Trading System: An Economic and Environmental Assessment*; Leggett, Elias and Shedd, *Aviation and the European Union's Emission Trading Scheme*; и Bartels, “The WTO legality of the application of the EU emissions trading system to aviation”.

<sup>141</sup> В отношении потенциальных споров по поводу системы торговли квотами на выбросы Европейского союза в Совете ИКАО см. Bae, “Review of the dispute settlement mechanism under the International Civil Aviation Organization: contradiction of political body adjudication”. В отношении деятельности ИКАО по борьбе с изменением климата в области авиации см. резолюции, принятые на тридцать восьмой сессии Ассамблеи ИКАО в 2013 году, озаглавленные «Сводное заявление о постоянной политике и практике ИКАО в области охраны окружающей среды. Общие положения, авиационный шум и качество местного воздуха» (резолюция А38-17) и «Сводное заявление о постоянной политике и практике ИКАО в области охраны окружающей среды. Изменение климата» (резолюция А38-18) (*Действующие резолюции Ассамблеи (по состоянию на 4 октября 2013 года)*), Монреаль, ИКАО, 2014).

<sup>142</sup> *Colombian–Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at pp. 276–277; *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 44, para. 77.

считаться обычным правом<sup>143</sup>. Имеются также случаи, когда обычное право находится в процессе выработки, а не существует в окончательной форме; тогда речь идет о «формирующихся нормах обычного права»<sup>144</sup>.

52. Предполагается, что значительная часть работы Комиссии в рамках настоящего проекта, как и в рамках других проектов, будет посвящена определению обычно-правового статуса конкретных принципов и норм, касающихся охраны атмосферы. В аналитическом плане разграничение между принятыми и формирующимися нормами приобретает важное значение, если провести параллель между работой по кодификации, которая осуществляется на основе принятых норм обычного права, и прогрессивным развитием, которое осуществляется на основе формирующихся норм обычного права<sup>145</sup>. Между тем, насколько можно судить, Комиссия не очень озабочена проведением разграничения между этими двумя видами работы, полагая, что различие между этими двумя источниками норм может быть не столь значительным в современном контексте кодификации и прогрессивного развития (в отличие от контекста судебного процесса, где это разграничение может иметь решающее значение для определения того, представляет ли собой то или иное положение Конвенции сложившуюся норму обычного права). Более важное значение имеет разграничение между формирующимися нормами обычного права и нормами, которые еще не достигли необходимой степени зрелости, чтобы называться формирующимися. Разработка таких правил превратилась бы в механическое нормотворчество, чего следует избегать, поскольку такая деятельность не входит в мандат Комиссии. А порученная Комиссии принципиально важная задача заключается в том, чтобы уточнить, какие элементы считаются составной частью формирующихся норм обычного права, пригодных для прогрессивного развития. Опять же, это должно определяться в каждом случае в отдельности. Поэтому необходимо изучить различные материалы, которые, по всей видимости, могут иметь отношение

<sup>143</sup> Не всегда легко квалифицировать тот или иной материал в качестве свидетельства *opinio juris* или практики государств. Иногда один и тот же источник (например, внутреннее законодательство) считается и свидетельством *opinio juris*, и свидетельством практики государств.

<sup>144</sup> См. *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, р. 3, at р. 41, paras. 69–71. Дания и Нидерланды заявляли, что, даже если положение статьи 6 Конвенции о континентальном шельфе не считалось отражающим ранее существовавшее обычное право, оно в качестве нормативного положения «представляло собой основу для нормы или породило норму, которая... с тех пор вошла в общий массив международного права». Суд заявил, что «такой процесс вполне возможен и периодически возникает: он, по сути, представляет собой один из признанных методов, посредством которых могут образовываться новые нормы международного обычного права» (*ibid.*, para. 71). Хотя Суд не согласился с утверждением Дании и Нидерландов по поводу этого положения статьи 6, Специальный докладчик полагает, что имеются серьезные доводы в пользу прогрессивного развития «формирующейся нормы (норм) обычного права», если они находят поддержку в других материальных источниках права, таких как документы обязательного характера, внутреннее право и решения национальных судов, а также другие соответствующие случаи из практики государств.

<sup>145</sup> Любопытный анализ взаимосвязи между кодификацией и прогрессивным развитием см. в McRae, «The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission».

к определению того, что представляют собой формирующиеся нормы международного обычного права. В этой связи необходимо изучить материальные источники *praeter legem* (не относящиеся к официальным источникам права, но близкие к ним).

б) *Документы, не имеющие обязательной силы*

53. Не имеющие обязательной силы документы представляют собой важный источник для определения *opinio juris*. К их числу относятся:

- резолюция Комитета министров Совета Европы о загрязнении воздуха в пограничных областях<sup>146</sup>;
- Декларация Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды (Стокгольмская декларация);
- рекомендация Совета ОЭСР о принципах, касающихся трансграничного загрязнения<sup>147</sup>;
- рекомендация Совета ОЭСР об осуществлении режима равноправия, доступа и недискриминации в отношении трансграничного загрязнения<sup>148</sup>;
- Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию;
- Малайская декларация о контроле и предотвращении загрязнения воздуха и его вероятных трансграничных последствиях для Южной Азии<sup>149</sup>;
- документы Сети мониторинга кислотного осадения в Восточной Азии;
- проекты статей Комиссии международного права о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности<sup>150</sup>;
- проекты принципов Комиссии международного права, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности<sup>151</sup>;
- Восточноафриканское региональное рамочное соглашение о загрязнении воздуха (Найроби, 2008 год)<sup>152</sup>;

<sup>146</sup> Резолюция (71) 5, 26 марта 1971 года.

<sup>147</sup> OECD/LEGAL/0133, имеется по адресу <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0133>.

<sup>148</sup> OECD/LEGAL/0152, имеется по адресу <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0152>.

<sup>149</sup> Report of the Seventh Governing Council Meeting of the South Asia Cooperative Environment Programme, annex XVI, Malé, 22 April 1998.

<sup>150</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 177 и далее, пункт 97.

<sup>151</sup> *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 67 и далее, пункт 66.

<sup>152</sup> Имеется по адресу [www.york.ac.uk/media/sei/documents/publications/gapforum/Eastern\\_Africa\\_Air\\_Pollution\\_Agreement.pdf](http://www.york.ac.uk/media/sei/documents/publications/gapforum/Eastern_Africa_Air_Pollution_Agreement.pdf). См. также Nordberg, *Air Pollution: Promoting Regional Cooperation*.

- Региональные основы политики по вопросам загрязнения воздуха Сообщества по вопросам развития стран юга Африки (Лусака, 2008 год)<sup>153</sup>;
- Региональное рамочное соглашение стран Западной и Центральной Африки о загрязнении воздуха (Абиджан, 2009 год)<sup>154</sup>;
- Североафриканское рамочное соглашение о загрязнении воздуха (2011 год).

54. Некоторые документы «мягкого права», хотя и необязательные по своей форме, имеют весьма важное значение, поскольку в них отражены материальные источники международного права; в этой связи имеет смысл дать краткое описание некоторых из этих документов.

#### 55. Декларация Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды (Стокгольмская декларация).

Стокгольмская декларация заложила основу для международного экологического права в XX веке. В ней содержится свод «общих принципов, которые вдохновят народы мира и послужат им руководством в деле сохранения и улучшения окружающей человека среды»<sup>155</sup>, хотя в ней прямо и не говорится об охране атмосферы<sup>156</sup>. Наиболее важным ее положением является принцип 21, где говорится, что государства 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». Хотя слово «ответственность» (за обеспечение) несколько расплывчато (во французском тексте употреблено слово «devoigt»), в настоящее время широко признано, что этот принцип получил статус международного обычного права в сфере трансграничного загрязнения воздуха и был включен в ряд конвенций<sup>157</sup>.

56. Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию. Рио-де-Жанейрская декларация была принята Конференцией Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию в 1992 году. Хотя она и не носит обязательного характера, в ней установлены общие принципы устойчивого развития, создающие основу для будущих режимов защиты окружающей среды. Помимо общих принципов в Декларации содержатся конкретные положения по процедурным элементам, такие как доступ к информации и возможности для участия

общественности (принцип 10); оценка экологических последствий (принцип 17); и уведомление, обмен информацией и консультации (принцип 19). В этом смысле ее можно рассматривать как основу для нормотворчества в экологической области на национальном и международном уровнях и в качестве критерия для оценки будущих событий<sup>158</sup>. Важно то, что эта декларация отражает сдвиг парадигмы от экологического права к правовому регулированию устойчивого развития. Об этом сдвиге свидетельствует формулировка принципа 2, являющаяся несколько измененной формулировкой принципа 21 Стокгольмской декларации. В ней говорится:

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 развития 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.

В Декларации признано, что для достижения устойчивого развития экологические соображения должны быть интегрированы в более широкую перспективу экономического развития; ее заявленная цель заключается в разработке стратегии и мер по сдерживанию и обращению вспять последствий ухудшения окружающей среды в контексте усиления национальных и международных усилий по содействию устойчивому и экологически безопасному развитию во всех странах. Эту декларацию можно рассматривать как компромисс между развитыми странами, которых в первую очередь интересует защита окружающей среды, и развивающимися странами, которых в первую очередь интересуют вопросы экономического развития. Об этом балансе свидетельствуют ее ключевые положения, а именно принципы 3 и 4. В принципе 3 говорится: «Право на развитие должно быть реализовано, чтобы обеспечить справедливое удовлетворение потребностей нынешнего и будущих поколений в областях развития и окружающей среды». А принцип 4 гласит: «Для достижения устойчивого развития защита окружающей среды должна составлять неотъемлемую часть процесса развития и не может рассматриваться в отрыве от него». Взятые вместе, эти два принципа образуют сердцевину устойчивого развития. В Декларации далее закрепляется ряд важных принципов, отражающих концепцию устойчивого развития: принцип принятия мер предосторожности<sup>159</sup>, принцип справедливости (как внутри поколения, так и между поколениями)<sup>160</sup> и принцип общей, но различной ответственности<sup>161</sup>. Закреплен-

<sup>153</sup> Имеется по адресу [https://web.archive.org/web/20111226174616/www.unep.org/urban\\_environment/PDFs/SADC-LusakaAgreement.pdf](https://web.archive.org/web/20111226174616/www.unep.org/urban_environment/PDFs/SADC-LusakaAgreement.pdf).

<sup>154</sup> Имеется по адресу [www.york.ac.uk/media/sei/documents/publications/gapforum/West\\_and\\_Central\\_Africa\\_Air\\_Pollution\\_Agreement\\_English\\_final.pdf](http://www.york.ac.uk/media/sei/documents/publications/gapforum/West_and_Central_Africa_Air_Pollution_Agreement_English_final.pdf).

<sup>155</sup> Второй пункт преамбулы.

<sup>156</sup> В принципе 6 предусматривается следующее: «Введение в окружающую среду токсических веществ или других веществ и выброс тепла в таких количествах или концентрациях, которые превышают способность окружающей среды обезвреживать их, должны быть прекращены, с тем чтобы это не наносило серьезного или непоправимого ущерба экосистемам».

<sup>157</sup> Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, p. 24.

<sup>158</sup> Sands, *Principles of International Environmental Law*, p. 54.

<sup>159</sup> Принцип 15 представляет собой относительно слабый вариант принципа принятия мер предосторожности.

<sup>160</sup> В принципе 3 говорится о потребностях как нынешнего, так и будущих поколений: «Право на развитие должно быть реализовано, чтобы обеспечить справедливое удовлетворение потребностей нынешнего и будущих поколений в областях развития и окружающей среды».

<sup>161</sup> Принцип 7 гласит: «Государства сотрудничают в духе глобального партнерства в целях сохранения, защиты и восстановления здорового состояния и целостности экосистемы Земли. Вследствие своей различной роли в ухудшении состояния глобальной окружающей среды государства несут общую, но различную ответственность. Развитые страны признают ответственность,

ные в Рио-де-Жанейрской декларации принципы послужили существенным ориентиром для последующих договоров в области охраны окружающей среды.

**57. Документы сети организаций, наблюдающих за кислотными осадками в Восточной Азии.** Сеть организаций, наблюдающих за кислотными осадками в Восточной Азии, была создана в рамках инициативы по развитию региональных рамок для контроля за трансграничным загрязнением воздуха. Ввиду быстрого экономического роста и индустриализации многие страны субрегиона Восточной Азии сталкиваются с серьезной угрозой загрязнения воздуха, в том числе кислотными осадками. Налицо безотлагательная необходимость в налаживании регионального сотрудничества в целях принятия мер противодействия загрязнению воздуха на региональном уровне. Эта сеть, функционирующая под руководством Японии, преследует цель сократить объем отрицательного воздействия кислотных осадков на здоровье и окружающую человека среду. Основой организационной структуры Сети является межправительственное совещание, которое представляет собой директивный орган. Кроме того, в рамках межправительственного совещания был учрежден научно-консультативный комитет в составе экспертов по научным и техническим вопросам. Поддержку работы Сети обеспечивает секретариат и Сетевой центр. К 2010 году в 10 государствах-участниках было создано 54 пункта отслеживания осадков, а экологические наблюдения проводились на 44 площадках (леса, озера и реки) в субрегионе<sup>162</sup>.

**58. Проекты статей Комиссии о предотвращении трансграничного ущерба от опасных видов деятельности.** При рассмотрении вопроса об ответственности государства за противоправные деяния Комиссия также уделила внимание вопросу об ответственности за правомерные действия. На основе рекомендации рабочей группы (учрежденной для рассмотрения этой темы) Комиссия постановила, что два аспекта данной темы, а именно предотвращение и меры по исправлению положения, будут рассматриваться отдельно<sup>163</sup>. В 2001 году Комиссия приняла и представила Генеральной Ассамблее окончательный текст проектов статей о предотвращении трансграничного ущерба от опасных видов деятельности. Эти проекты статей представляют собой попытку Комиссии не только кодифицировать, но и прогрессивно развить право посредством разработки процессуального и материального аспектов обязанности предотвращать. В основу проектов статей положен принцип

---

которую они несут в контексте международных усилий по обеспечению устойчивого развития с учетом стресса, который создают их общества для глобальной окружающей среды, и технологий и финансовых ресурсов, которыми они обладают».

<sup>162</sup> Сеть организаций, наблюдающих за кислотными осадками в Восточной Азии, была создана в Джакарте в марте 2000 года; см. Takahashi, "Formation of an East Asian regime for acid rain control: the prospective of comparative regionalism"; участниками сети являются 13 стран: Вьетнам, Индонезия, Камбоджа, Китай, Лаосская Народно-Демократическая Республика, Малайзия, Монголия, Мьянма, Республика Корея, Российская Федерация, Таиланд, Филиппины и Япония.

<sup>163</sup> *Ежегодник... 1992 год*, том II (часть вторая), стр. 58–59, пункты 344–349.

*sic utere tuo ut alienum non laedas* (изложенный в деле *Плавильный завод в Трейле* и в принципе 21 Стокгольмской декларации). В проекте статьи 3 говорится, что государство происхождения принимает все надлежащие меры для предотвращения значительного трансграничного вреда или в любом случае минимизации его риска. В основе обязательства предотвращать трансграничный вред лежит стандарт, требующий проявления должного старания. Должное старание также предполагает обязанность давать оценку риску деятельности, которая может причинить значительный трансграничный вред (проект статьи 7), и обязанность уведомлять и предоставлять соответствующую информацию государству (государствам), которые могут быть затронуты (проект статьи 8). Если рассматривать эти проекты статей вместе с обязанностью получать предварительную санкцию государства на осуществление деятельности, связанной с риском, то они иллюстрируют взаимозависимость предотвращения и предусмотрительности и подтверждают принцип предосторожности в отношении защиты окружающей среды. Помимо разработки обязанности проявлять должное старание, в проектах статей закреплена ряд важных общих принципов, причем одни являются общепризнанными в международном праве, тогда как другие все чаще используются в международных договорах экологического характера. Комиссия указывает обязанность добросовестно сотрудничать (проект статьи 4) в предотвращении значительного трансграничного вреда и в поиске решений, «основанных на справедливом балансе интересов» (проект статьи 9).

**59. Проекты принципов Комиссии, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности.** В 2002 году Комиссия возобновила свою работу по вопросу об ответственности в отношении трансграничного вреда, «учитывая взаимосвязь между предотвращением и ответственностью»<sup>164</sup>. Сфера деятельности, отраженная в проектах принципов, остается такой же, что и сфера деятельности, отраженная в проектах статей. Цель проектов принципов двояка: во-первых, «обеспечение оперативной и адекватной компенсации жертвам трансграничного ущерба», а во-вторых, «сохранение и защита окружающей среды в случае трансграничного ущерба, особенно в отношении уменьшения ущерба окружающей среде и ее восстановления или возвращения к прежнему состоянию» (проект принципа 3). Важно отметить, что в проектах принципов признается непреходящая ценность окружающей среды и подчеркивается первоочередность ее защиты/сохранения. Вместе с проектами статей они усиливают принципы справедливости и устойчивого развития. Компенсация основана на принципе материальной ответственности источника загрязнения. Поскольку в них содержится требование в отношении «оперативной и адекватной компенсации» (проект принципа 4) за трансграничный экологический вред, то

<sup>164</sup> В соответствии с резолюцией 56/82 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года, пункт 3. См. также *Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 67, пункты 62–63; см. также резолюцию 61/36 Генеральной Ассамблеи от 4 декабря 2006 года, приложение.

меняется анализ затрат и выгод в результате применения превентивных мер; расходы на природосбережение (например, контроль и меры по исправлению положения) учитываются в операционных издержках, что дает операторам дополнительный стимул к принятию превентивных мер. В проектах принципов не предусматривается ответственность государств. Вместо этого они предусматривают ответственность оператора на основе принципа строгой ответственности. Роль государства заключается в том, чтобы установить систему выплаты компенсации потерпевшим посредством принятия национальных законов или заключения международных соглашений. Эти проекты принципов призваны создать базу, позволяющую сориентировать государства в плане принятия их собственных материально-правовых и процессуальных положений. К числу материально-правовых относится принцип 4 – выплата оперативной и адекватной компенсации потерпевшим за трансграничный ущерб<sup>165</sup> (включая присвоение ответственности без доказательств вины, указание минимальных условий и установление страхования, залоговых обязательств или иных финансовых гарантий для покрытия материальной ответственности). Следует отметить, что для задействования этого режима необходимо достичь порогового уровня в виде причинения «значительного» трансграничного вреда<sup>166</sup>. Процессуальный аспект отражен в проекте принципа 6: наличие внутренних и международных процедур для урегулирования претензий (включая недискриминационный доступ к правосудию, наличие эффективных средств правовой защиты и доступ к информации). В формулировках этих положений не содержится прав или обязательств и ничего не говорится об ответственности государства, не являющегося оператором.

#### с) Внутреннее законодательство

60. Внутреннее законодательство имеет важное значение в плане регулирования вопросов трансграничного вреда и глобальной охраны атмосферы. Можно также руководствоваться сугубо внутренними законами, которые могут применяться по аналогии к соответствующим международно-правовым вопросам. Внутреннее право можно приводить в качестве свидетельства практики государств, а также существующих или формирующихся норм международного обычного права. Следует также отметить, что некоторые акты внутреннего законодательства могут создавать нормообразующий эффект противопоставимости<sup>167</sup>.

<sup>165</sup> В соответствии с подпунктом а) принципа 2 «ущерб» означает значительный ущерб, причиненный лицам, имуществу или окружающей среде». Он включает среди прочего расходы на разумные меры по восстановлению имущества или окружающей среды, включая природные ресурсы.

<sup>166</sup> В пункте 2) комментария к принципу 2 отмечается: «Под термином “значительный” понимается нечто большее, чем “подлежащее обнаружению”, но необязательно “серьезный” или “существенный”». См. также *Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 185, пункты 4) и 5) комментария к проекту статьи 2 проектов статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности.

<sup>167</sup> Хорошо известно, что некоторые внутренние меры, основанные на внутреннем праве, породили создание новых международных норм, например режимы охранных зон (см. Moore, “Fur seal arbitration”) и преференциальной рыболовной зоны (см. *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J.*

Например, можно сказать, что в деле *Соединенные Штаты – стандарты на бензин, полученный методом реформинга, и традиционный бензин*, которое рассматривалось Органом по урегулированию споров ВТО (см. пункт 49 выше), центральный вопрос заключался в том, может ли Закон о чистом воздухе Соединенных Штатов быть противопоставлен Бразилии и Венесуэле (Боливарианская Республика)<sup>168</sup>. В любом случае Специальный докладчик надеется получить соответствующую информацию о внутреннем законодательстве, а также судебные решения национальных судов, о чем говорится в пункте 61 ниже.

#### д) Практика национальных судов

61. В качестве ориентира можно также использовать решения национальных судов, поскольку они касаются охраны атмосферы. Как и в отношении внутреннего законодательства, в качестве руководства можно использовать решения национальных судов, которые могут применяться в международно-правовом контексте. Как правило, наиболее значимыми являются дела, которые касаются трансграничного загрязнения воздуха, например связанное с франко-немецкой границей дело *Вальтер Поро против угольных шахт Лотарингского бассейна 1957 года*<sup>169</sup>. Между тем имеются также и подходящие дела, которые связаны с глобальными проблемами, в частности дело *Штат Массачусетс против Агентства по охране окружающей среды*, которое касалось вопроса о том, может ли Агентство по охране окружающей среды Соединенных Штатов отказываться регулировать углекислый и другие вызывающие парниковый эффект газы<sup>170</sup>. Суды Японии рассматривали ряд связанных с загрязнением воздуха дел<sup>171</sup>, которые позволяют провести важные аналогии с охраной атмосферы на международном уровне.

#### е) Другие соответствующие события

62. Следует также учесть и проанализировать и другие события, не подпадающие под вышеназванные категории постольку, поскольку они имеют отношение к практике государств. Например, ядерные испытания в атмосфере в 1950-х годах стали одной из первых экологических проблем, с которыми столкнулось

*Reports 1974*, p. 3). По поводу концепции противопоставимости и ее нормотворческой функции см. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, pp. 216–266.

<sup>168</sup> Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, pp. 273–274.

<sup>169</sup> *Walter Poro v. Houillères du Bassin de Lorraine*, Court of Appeals (*Oberlandesgericht*, 2nd Civil Chamber) of Saarbrücken, Germany, 22 October 1957 (Z U 45/57), касающееся обжалования решения от 12 февраля 1957 года, принятого Земельным судом (*Landgericht*) Саарбрюккена в качестве суда первой инстанции; резюме на английском языке в Sand, *Transnational Environmental Law: Lessons in Global Change*, pp. 89–90 and 121; см. также Rest, “International environmental law in German courts”, p. 412.

<sup>170</sup> См., например, решение по делу *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, U.S. Supreme Court decision of 2 April 2007 (549 U.S. 497), которое частично касалось определенных обязательств Агентства по охране окружающей среды регулировать выбросы парниковых газов.

<sup>171</sup> См. Osaka, “Re-evaluation of the role of the tort liability system in Japan”, pp. 413–423.



международное сообщество<sup>172</sup>. Аварии на ядерных установках могут оказывать непосредственное воздействие на атмосферу, как это продемонстрировали аварии в Чернобыле в 1986 году и Фукусиме в 2011 году (произошедшая в результате разрушительного землетрясения и цунами 11 марта 2011 года), и

<sup>172</sup> См., например, инцидент с судном «Даиго фукурую-мару» («Счастливый дракон № 5») (Япония – Соединенные Штаты) в 1954 году (Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 4, pp. 565–566); Oda, “The hydrogen bomb tests and international law”; и Goldie, “A general view of international environmental law: a survey of capabilities, trends and limits”, pp. 72–73.

в настоящее время являются одной из значительных проблем не только для Японии, но и для всего международного сообщества.

#### 4. ЛИТЕРАТУРА

63. Избранная библиография по соответствующим международно-правовым проблемам приводится в плане рассмотрения темы «Охрана атмосферы»<sup>173</sup>.

<sup>173</sup> *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 227, приложение II.

## ГЛАВА II

### Определение

#### А. Физические характеристики атмосферы

64. Для того чтобы дать определение и установить объем и цель работы по кодификации и прогрессивному развитию международного права в области охраны атмосферы и охарактеризовать ее правовое положение, сначала необходимо уяснить ее физическую структуру и характеристики.

65. «Атмосфера» есть «газовая оболочка Земли»<sup>174</sup>. Средний состав атмосферы до высоты 25 км таков:

<sup>174</sup> *Concise Oxford English Dictionary*, 12th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2011). Аналогичное определение можно найти в *Oxford English Dictionary* (Oxford, Oxford University Press, 2014); *The New Shorter Oxford English Dictionary* (Oxford, Clarendon Press, 1993); *Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged* (Springfield, Massachusetts, G. and C. Merriam,

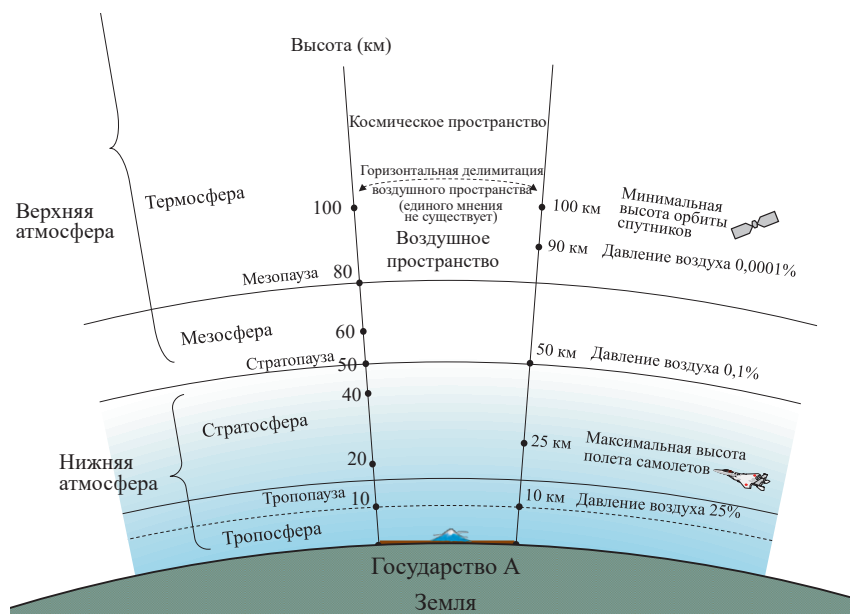
азот (78,08 %), кислород (20,95 %), аргон (0,93 %), углекислый газ (0,03 %), газовые примеси в следовых количествах (0,01%) и водный пар<sup>175</sup>, количество

1961); и *Le Grand Robert de la langue française*, vol. 1 (Paris, Dictionnaires Le Robert, 1985) («Enveloppe gazeuse qui entoure le globe terrestre»). Американское метеорологическое общество с физической точки зрения определяет атмосферу как «газовую оболочку небесного тела, удерживаемую около него гравитацией». См. <http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmosphere>.

<sup>175</sup> С физической точки зрения водный пар, составляющий примерно 0,25 % массы атмосферы, представляет собой весьма изменчивый компонент. В науке об атмосфере «ввиду высокой изменчивости концентрации водного пара в воздухе принято приводить процентное соотношение различных компонентов по отношению к сухому воздуху». Концентрация озона также весьма изменчива. Концентрация озона в атмосфере выше 0,1 частей на миллион по объему считается вредной для человека. См. Wallace and Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, p. 8.

Рис. I

### Оболочки Земли



Примечание: Диаграмма составлена автором при помощи Дзюн Окамото на основе Ahrens, *Essentials of Meteorology: An Invitation to the Atmosphere*.

которого варьируется в широких пределах. Атмосфера существует в так называемой атмосферной оболочке<sup>176</sup>. Физически она простирается от поверхности Земли, являющейся нижней границей атмосферы. Вертикально она подразделяется на четыре атмосферных сферы в зависимости от температурных показателей (снизу вверх): тропосфера, стратосфера, мезосфера и термосфера (см. рис. I). Температура атмосферы изменяется в зависимости от высоты. В тропосфере (до тропопаузы на высоте примерно 12 км) температура с высотой падает, поскольку солнечная энергия поглощается и отражается поверхностью планеты<sup>177</sup>. В отличие от тропосферы в стратосфере (до стратопаузы на высоте около 50 км) температура с высотой постепенно возрастает<sup>178</sup> ввиду поглощения ультрафиолетового излучения озоном. В третьем слое – мезосфере (до мезопаузы на высоте 80 км) – температура вновь с высотой падает. В четвертом слое – термосфере – температура опять быстро возрастает ввиду рентгеновского и ультрафиолетового излучения солнца. Атмосфера простирается выше мезопаузы и «не имеет четко определенной верхней границы»<sup>179</sup>. Таким образом, четкой научно установленной границы между атмосферой и космическим пространством не существует. На высоте выше 100 км остается лишь 0,00003 % атмосферы.

<sup>176</sup> Американское метеорологическое общество определяет «атмосферную оболочку» (также называемую «атмосферный слой» или «область атмосферы») как «любую из ряда областей или «слоев» атмосферы Земли» ([http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmospheric\\_shell](http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmospheric_shell)).

<sup>177</sup> Толщина тропосферы везде разная; она зависит от широты и времени года. Тропосфера простирается до высоты примерно 17 км над экватором, а над полюсами ее ширина уменьшается. В среднем высота внешней границы тропосферы составляет около 12 км. См. Tarbuck, Lutgens and Tasa, *Earth Science*, p. 466; Thompson and Turk, *Earth Science and the Environment*, p. 438.

<sup>178</sup> Строго говоря, температура стратосферы не изменяется до высоты примерно 20–35 км, а затем постепенно повышается.

<sup>179</sup> Tarbuck, Lutgens and Tasa, *Earth Science*, p. 467.

Выше этого предела остатки атмосферы постепенно растворяются в пустоте космоса<sup>180</sup>.

66. Ввиду действия силы тяготения атмосфера оказывает давление на поверхность Земли. Поэтому с возрастанием высоты газы в атмосфере постепенно становятся более разреженными. Примерно 80 % воздушной массы находится в тропосфере и 20 % – в стратосфере. Тонкий, белый, туманный пояс (толщина которого составляет менее 1 % радиуса земного шара), который можно наблюдать, если смотреть на поверхность Земли с определенного расстояния, и есть атмосфера. В тропосфере и в стратосфере относительные пропорции большинства газов сохраняются на достаточно стабильном уровне. В научном понимании эти сферы группируются в нижней атмосфере<sup>181</sup>, которая простирается в среднем до высоты 50 км, и отличаются от верхней атмосферы<sup>182</sup>. Атмосфера движется и циркулирует вокруг Земли сложным образом, который называется атмосферная циркуляция<sup>183</sup>. На ее движение также оказывают влияние гравитация Солнца и Луны, создающая атмосферные приливы<sup>184</sup>. На рис. II показаны зоны, в которых возникают такие атмосферные проблемы, как трансграничное загрязнение воздуха, истощение озонового слоя и накопление парниковых газов.

<sup>180</sup> *Ibid.*, pp. 465–466.

<sup>181</sup> Американское метеорологическое общество определяет «нижнюю атмосферу» как «в целом и весьма приблизительно ту часть атмосферы, в которой формируется большинство погодных явлений (т. е. тропосфера и нижняя стратосфера); поэтому этот термин используется в противовес общепринятому значению верхней атмосферы». ([http://glossary.ametsoc.org/wiki/Lower\\_atmosphere](http://glossary.ametsoc.org/wiki/Lower_atmosphere)).

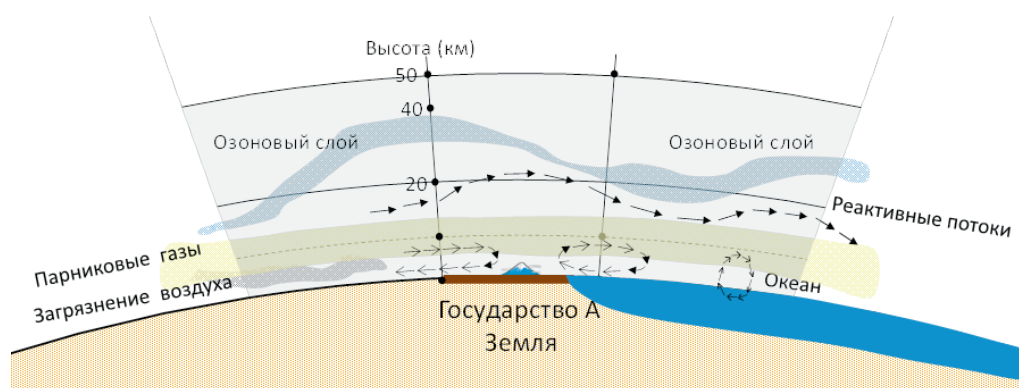
<sup>182</sup> Аналогичным образом Американское метеорологическое общество определяет «верхнюю атмосферу» как остаточную, т. е. как «общий термин, применяемый к атмосфере выше тропосферы». ([http://glossary.ametsoc.org/wiki/Upper\\_atmosphere](http://glossary.ametsoc.org/wiki/Upper_atmosphere)).

<sup>183</sup> Jones and others, *Collins Dictionary of Environmental Science*, p. 41.

<sup>184</sup> Allaby, *Dictionary of the Environment*, p. 34.

Рис. II

### Атмосферная циркуляция



Примечание: диаграмма составлена автором при помощи Дзюн Окамото на основе Ahrens, *Essentials of Meteorology: An Invitation to the Atmosphere*.

67. Некоторые изменения в состоянии атмосферы могут негативно сказываться как на среде, окружающей человека, так и на природной среде. Существуют три особо важные причины деградации атмосферы<sup>185</sup>. Во-первых, изменение атмосферных условий происходит в результате появления в тропосфере и нижней стратосфере вредных веществ и связанных с ними химических реакций<sup>186</sup>. Основными загрязнителями воздуха являются кислоты (а именно: окиси азота и окиси серы, двуокись углерода, твердые частицы и летучие органические соединения). Под воздействием солнечного света в тропосфере в результате фотохимической реакции между окислами азота и летучими органическими соединениями образуется озон и другие фотохимические окислители; они оказывают вредное воздействие на человека и экосистемы<sup>187</sup>. Сильные горизонтальные ветры, например струйные течения<sup>188</sup>, способны быстро переносить в горизонтальном направлении и распространять эти газовые примеси по всей планете на значительные расстояния от их первоначальных источников (хотя их вертикальный перенос происходит весьма медленно). Важно отметить этот функциональный аспект атмосферы в качестве среды для переноса загрязнителей. Некоторые загрязнители, которые в атмосфере относительно безобидны, могут иметь серьезные вредоносные последствия, когда они скапливаются в полярных областях, как для фауны, так и для флоры, а через пищевые цепочки – для человека, как это происходит с устойчивыми органическими загрязнителями и ртутью. Во-вторых, хлорфторуглероды и галоны, выбрасываемые в верхнюю тропосферу и стратосферу, приводят к истощению озонового слоя. Озоновый слой, как предполагает его название, содержит значительные объемы озона. Озон имеет одну и ту же химическую формулу, независимо от того, где он возникает – на расстоянии многих миль над поверхностью Земли или на ее поверхности. Он может быть «хорошим» или «плохим» в зависимости от его места нахождения в атмосфере. Основные концентрации озона («хороший» озон) наблюдаются на высоте от 15 до 40 км (максимальная концентрация – на высоте от 20 до 25 км). Озоновый слой выступает в качестве

<sup>185</sup> См. Dolzer, “Atmosphere, protection”, p. 290; и Kreuter-Kirchhof, “Atmosphere, international protection”.

<sup>186</sup> С научной точки зрения загрязнители подразделяются на два вида: первичные загрязнители, т. е. вещества, которые выделяются непосредственно из определяемых источников, и вторичные загрязнители, т. е. вещества, которые не выделяются непосредственно в воздушное пространство, а образуются в атмосфере, когда происходит реакция между первичными загрязнителями. После того как первичный загрязнитель попадает в атмосферу, он смешивается с другим веществом (веществами), после чего в результате солнечного излучения или фотохимических реакций возникают другие конститутивные загрязнители. См. Tarbuck, Lutgens and Tasa, *Earth Science*, p. 464.

<sup>187</sup> См. Royal Society, *Ground-level Ozone in the 21st Century: Future Trends, Impacts and Policy Implications* (London, 2008). Имеется по адресу <https://royalsociety.org/topics-policy/publications/2008/ground-level-ozone>.

<sup>188</sup> Струйные течения представляют собой узкие воздушные потоки, особенно западные ветры (т. е. ветры, дующие с запада на восток), которые перемещаются вокруг верхнего слоя тропосферы. Они имеют высокую скорость в диапазоне от 240 до 720 км в час.

фильтра вредного ультрафиолетового излучения солнца (которое, как известно, вызывает рак кожи и другие заболевания). В-третьих, изменения в составе тропосферы и нижней стратосферы вызывают изменение климата. Основным источником антропогенных изменений климата являются выбросы газов (которые уже имеются в следовых количествах в атмосфере), таких как углекислый газ, окись азота, метан и гидрофторуглероды. Такие парниковые газы перечислены в приложении А к Киотскому протоколу (см. пункт 33 выше)<sup>189</sup>. Условия, формирующиеся в тропосфере, оказывают значительное воздействие на погоду на земной поверхности, включая образование облаков, тумана и осадков. Хотя некоторые газы и аэрозоли уничтожаются в ходе естественного процесса очистки в тропосфере<sup>190</sup>, а некоторый объем углекислого газа поглощается лесами и океанами, выбросы могут превышать возможности этих процессов, что приводит к изменению климата.

68. Эти три ключевых вопроса международного характера, касающиеся атмосферы – загрязнение воздуха, истощение озонового слоя и изменение климата, – связаны с тропосферой и стратосферой<sup>191</sup>, хотя набор существенных воздействующих факторов в каждом случае может быть разным. Одним из таких факторов является продолжительность пребывания. Если продолжительность пребывания традиционных загрязнителей воздуха составляет от нескольких дней до нескольких недель, то парниковые газы, например углекислый газ и окись азота, а также соединения, разрушающие стратосферный озоновый слой, имеют продолжительность пребывания, которая часто превышает целый век. Верхняя атмосфера (мезосфера и термосфера), которая составляет 0,0002 % от общей массы атмосферы, не представляет значительного интереса в связи с рассматриваемыми экологическими проблемами.

## В. Определение атмосферы

69. После краткого изложения уникальных физических свойств атмосферы необходимо дать надлежащее правовое определение, которое разумным образом соответствует научному определению. В большинстве международных договоров и документов не содержится определения «атмосферы», хотя с точки зрения цели применения этих договоров именно она является объектом охраны. Вместо этого в таких документах, как правило, определяются причины и последствия

<sup>189</sup> Однако в последние годы ученые обнаружили, что изменение климата вызывается также рядом веществ, находящихся в тропосфере. С научной точки зрения хлорфторуглероды также вызывают парниковый эффект. Такого рода воздействие определяется как «потенциал парникового эффекта (ППЭ)» (см. Wallace and Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, pp. 453–454).

<sup>190</sup> «Аэрозоли очищаются или удаляются облачными каплями и льдинками в тропосфере... при этом впоследствии некоторые из них выпадают на землю в виде дождя или снега» (*ibid.*, p. 11).

<sup>191</sup> Kiss and Shelton, *International Environmental Law*, pp. 556–562.

ущерба, наносимого объекту охраны<sup>192</sup>. В то же время можно отметить, что в материале Рабочей группы I для четвертого доклада об оценке Межправительственной группы экспертов по изменению климата, *Climate Change 2007—The Physical Science Basis* («Изменение климата в 2007 году – физическая научная основа»), атмосфера определяется следующим образом:

Газовая оболочка, окружающая Землю. Сухая атмосфера состоит практически целиком из азота (78,1 % состава смеси по объему) и кислорода (20,9 % состава смеси по объему), а также рда газовых примесей в следовых количествах, таких как аргон

<sup>192</sup> Например, в Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния нет определения «воздуха», а дано лишь определение «загрязнения воздуха». В подпункте *a*) статьи 1 «загрязнение воздуха» определяется как «введение человеком, прямо или косвенно, веществ или энергии в воздушную среду, влекущее за собою вредные последствия такого характера, как угроза здоровью людей, нанесение вреда живым ресурсам, экосистемам и материальным ценностям, а также нанесение ущерба ценности ландшафта или помехи другим законным видам использования окружающей среды»; а «трансграничное загрязнение воздуха на большие расстояния» определяется в подпункте *b*) статьи 1 как «загрязнение воздуха, физический источник которого находится полностью или частично в пределах территории, находящейся под национальной юрисдикцией одного государства, и отрицательное влияние которого проявляется на территории, находящейся под юрисдикцией другого государства, на таком расстоянии, что в целом невозможно определить долю отдельных источников или групп источников выбросов». В этой Конвенции в определении загрязнения воздуха (статья 1 *a*)) говорится также о «веществах или энергии». В некоторых протоколах к Конвенции, хотя «атмосфера» и упоминается в преамбулах, а также в положениях, касающихся их объекта и цели, определение этого термина не приводится. «Выброс» определяется как «выделение вещества из точечного или диффузного источника в атмосферу». В Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата «изменение климата» определяется как «изменение климата, которое прямо или косвенно обусловлено деятельностью человека, вызывающей изменения в составе глобальной атмосферы» (статья 1, пункт 2). В той же статье «парниковые газы» определены как «газообразные составляющие атмосферы – как природного, так и антропогенного происхождения, – которые поглощают и переизлучают инфракрасное излучение» (статья 1, пункт 5). Такие определения отсылают к следствиям и причинам вреда, наносимого объекту, который Конвенция призвана охранять.

(0,93 % состава смеси по объему), гелий и радиационно активные парниковые газы, такие как углекислый газ (0,035 % состава смеси по объему) и озон. Кроме того, атмосфера содержит водяной пар, являющийся парниковым газом, количество которого варьируется в широких пределах, но, как правило, составляет около 1% состава смеси по объему. Атмосфера также содержит облака и аэрозоли<sup>193</sup>.

70. После того как Комиссия начнет разработку руководства по правому регулированию атмосферы, ей необходимо будет дать определение этого понятия. При этом ей, по всей видимости, придется учитывать и существенный аспект атмосферы как слоя газов, и ее функциональный аспект как среды, в которой происходит перенос и дисперсия воздушных загрязнителей. В этой связи Специальный докладчик предлагает проект руководящего положения, который излагается ниже.

#### «Проект руководящего положения 1. Употребление терминов

Для целей настоящего проекта руководства

*a*) «атмосфера» означает слой газов, которые окружают Землю в тропосфере и стратосфере и в котором происходит перенос и дисперсия находящихся в воздухе веществ»<sup>194</sup>.

<sup>193</sup> Annex I (имеется по адресу [www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/05/ar4\\_wgl\\_full\\_report-1.pdf](http://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/05/ar4_wgl_full_report-1.pdf)), p. 941.

<sup>194</sup> Определения других терминов будут предложены позднее в свое время. Вместе с тем было бы полезно дать предварительное определение «загрязнения воздуха» (которое будет более подробно обсуждаться во втором докладе Специального докладчика). Проект руководящего положения 1 *b*): ««Загрязнение воздуха» означает введение в результате деятельности человека химических веществ, взвешенных частиц, биоматериала или энергии, которые ухудшают качество или изменяют или становятся частью процесса ухудшения качества или изменения атмосферы и которые порождают или могут порождать значительные отрицательные последствия для жизни или здоровья человека или природной среды Земли».

## ГЛАВА III

### Сфера охвата проекта руководства

#### А. Деградация окружающей среды, обусловленная деятельностью человека

71. При уточнении сферы охвата настоящего проекта необходимо обратиться к главным элементам, которые должны быть включены в проект руководства по охране атмосферы, с тем чтобы устранить всякую неопределенность в отношении сферы охвата. По всей видимости, было бы полезно коснуться предыдущей работы Комиссии<sup>195</sup>. В целом в

<sup>195</sup> См. проект статьи 1 («Сфера применения») проектов статей по праву трансграничных водоносных горизонтов (*Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 22, пункт 53) следующего содержания: «Настоящие проекты статей применяются к:

статьях многосторонних договоров по окружающей среде, относящихся к сфере охвата, говорится либо о последствиях загрязнения (значительные отрицательные последствия), либо о его причинах (деятельность человека). Между тем эти два компонента являются взаимодополняющими, поскольку «причины»

*a*) использованию трансграничных водоносных горизонтов или систем водоносных горизонтов; *b*) другим видам деятельности, которые воздействуют или, вероятно, могут оказать воздействие на такие водоносные горизонты или системы водоносных горизонтов; и *c*) мерам защиты и сохранения таких водоносных горизонтов или систем водоносных горизонтов и мерам управления ими».

деятельности человека порождают определенные последствия<sup>196</sup> и наоборот<sup>197</sup>.

72. Предлагаемый проект руководства касается только ущерба, причиненного в результате деятельности человека. В этой связи его сфера применения не будет охватывать, например, ущерб, причиненный в результате извержения вулкана или опустынивания (если только они не были усугублены деятельностью человека)<sup>198</sup>. Термин «деятельность человека» включает не только деятельность, осуществляемую государствами, но и деятельность, которая осуществляют физические и юридические лица.

73. Атмосфера используется для целого ряда целей, особенно для воздушных перевозок. Акустическое/шумовое загрязнение создает трансграничные проблемы для аэропортов в пограничных районах, которые нашли свое отражение в ряде двусторонних договоров и растущем числе судебных дел<sup>199</sup>. Еще одним примером использования атмосферы является модификация погоды. Ученые предлагают

<sup>196</sup> Например, в статье 1 Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния предусматривается: «Для целей настоящей Конвенции: а) “загрязнение воздуха” означает введение человеком, прямо или косвенно, веществ или энергии в воздушную среду, влекущее за собой вредные последствия...». В проекте принципа 1 («Сфера применения») проектов принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности (*Ежегодник... 2006 год*, том II (часть вторая), стр. 68, пункт 66), говорится: «Настоящие проекты принципов применяются к трансграничному ущербу, причиненному опасными видами деятельности, не запрещенными международным правом». В проекте статьи 1 («Сфера применения») проектов статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (*Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 177, пункт 97) говорится: «Настоящие статьи применяются к не запрещенным международным правом видам деятельности, которые сопряжены с риском причинения значительного трансграничного вреда в силу своих физических последствий».

<sup>197</sup> Например, в пункте 2 статьи 1 Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата предусматривается, что для целей настоящей Конвенции «“изменение климата” означает изменение климата, которое прямо или косвенно обусловлено деятельностью человека...».

<sup>198</sup> В контексте Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния Исландия при подписании Конвенции сделала предварительную оговорку, согласно которой она «не берет на себя какой бы то ни было ответственности за трансграничное загрязнение воздуха на большие расстояния, вызванное извержением вулканов в Исландии» (см. ECE/HLM.1/2/Add.1, vol. II, annex IV). Следует, однако, отметить, что в сферу охвата ряда региональных документов также входит загрязнение воздуха в результате действия сил природы; например, пункт 6 статьи 1 Соглашения АСЕАН по проблеме трансграничного задымления 2002 года и африканские региональные рамочные соглашения.

<sup>199</sup> См., например: франко-швейцарская граница, решение Апелляционного суда Франции в Лионе по делу *Cointrin airport* (*Gazette du Palais*, vol. 74-II (1954), p. 205), после которого в 1956 году был заключен двусторонний договор о пограничном аэропорте; см. Guinchar, “La collaboration franco-helvétique en matière d’aéroports (Bâle-Mulhouse et Genève)”. К числу многосторонних режимов, связанных с ущербом, причиняемым шумом самолетов, относится Соглашение между Сторонами Североатлантического договора о статусе их Сил; например, см. Kiss and Lambrechts, “Les dommages causés au sol par les vols supersoniques”, p. 771. ИКАО с 1971 года устанавливает глобальные технические стандарты в отношении авиационной шумности; см. Davies and Goh, “Air transport and the environment: regulating aircraft noise”.

различные возможные методы активного использования атмосферы. Некоторые из предлагаемых технологий геоинжиниринга (такие как управление солнечным излучением и удаление углекислого газа) могут иметь отношение к нашей теме, если их удастся внедрить. В этой связи в настоящем исследовании необходимо будет более подробно рассмотреть виды использования атмосферы.

74. Большая часть деятельности, предпринимаемой до настоящего времени, безусловно, представляет собой те виды, которые осуществляются без явного или четкого намерения воздействовать на атмосферу. Между тем имеются и такие виды, сама цель которых заключается в изменении атмосферных условий, а именно модификация погоды (управление погодой). Модификация погоды в военных целях была запрещена Конвенцией о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду<sup>200</sup>, однако управление погодой осуществляется в порядке эксперимента и в широких масштабах с 1940-х годов с целью получения желаемых изменений в этой области. Генеральная Ассамблея рассматривала эту проблему в 1961 году<sup>201</sup>. Управление погодой преследует самые разные цели – от предотвращения вредоносных метеорологических явлений, таких как ураганы или торнадо, до создания благоприятной погоды, такой как искусственный дождь в районе засухи или, наоборот, прекращение дождей в конкретном районе, где намечено проведение важного мероприятия. Одним из известных методов является «посев» облаков для усиления осадков. Он предполагает распыление небольших частиц, таких как сухой лед и йодистое серебро, с тем чтобы вызывать образование облаков для выпадения осадков. Безопасность этого метода вполне очевидна, однако остаются сомнения относительно его эффективности. В 1980 году Совет управляющих ЮНЕП утвердил свод рекомендаций для рассмотрения государствами и другими субъектами относительно сотрудничества между государствами в модификации погоды<sup>202</sup>. Если в будущем крупномасштабное

<sup>200</sup> Конвенция вступила в силу в 1978 году.

<sup>201</sup> В разделе С, пункт 1 а), своей резолюции 1721 (XVI) от 20 декабря 1961 года о международном сотрудничестве в использовании космического пространства в мирных целях Генеральная Ассамблея рекомендовала государствам-членам и другим соответствующим организациям «всестороннее изучение мероприятий для развития науки об атмосфере и технике ее исследования, с тем чтобы обеспечить лучшее понимание основных физических сил, действующих на климат, и возможности изменения погоды в широком масштабе».

<sup>202</sup> Решение 8/7 А Совета управляющих ЮНЕП о положениях, касающихся сотрудничества между государствами в модификации погоды, принятое на его восьмой сессии 29 апреля 1980 года (*Official Records of the General Assembly, Thirty-fifth Session, Supplement No. 25 (A/35/25)*, annex I). Следует отметить, что еще в 1963 году ВМО сделала важное замечание и, предупреждая о необходимости осторожного подхода к технологиям модификации погоды, заявила следующее: «Сложность атмосферных процессов такова, что изменение погоды, вызванное искусственным путем в одной части мира, неизбежно будет иметь последствия в других местах. Этот принцип может быть подтвержден на основе

управление погодой станет возможным, то могут возникнуть вредные последствия. К числу потенциально негативных последствий могут относиться неожиданные побочные эффекты, разрушение существующих экосистем и риски для здоровья людей. Такие последствия, если они будут иметь трансграничный характер, могут вызвать обеспокоенность на международном уровне в связи с их вредоносным воздействием<sup>203</sup>. Предлагается продолжать прогрессивное развитие международного права в этой конкретной области<sup>204</sup>.

## В. Охрана природной среды и окружающей человека среды

75. В проекте руководства должны быть четко указаны охраняемые объекты: природная окружающая среда и окружающая человека среда. Для целей настоящего проекта руководства первая исследуется в виде «состава и качества атмосферы», а вторая – в виде «здоровья человека или материалов, полезных для человечества». Поскольку цель настоящего проекта руководства заключается в охране атмосферы, нас в первую очередь интересует природная среда. Однако, учитывая неразрывную связь между природной средой и окружающей человека средой (которая включает не только здоровье человека в узком смысле, но также природную растительность и посевы, материалы и историческое наследие), в проект руководства следует включить оба аспекта. Следует также добавить, что для целей международного регулирования любое отрицательное воздействие на окружающую среду должно носить «значительный» характер.

## С. Причины деградации атмосферы

76. Настоящий проект руководства посвящен различным аспектам деградации атмосферы как трансграничного, так и глобального характера, однако причины такой экологической деградации весьма

(продолжение сноски 202)

имеющихся в настоящее время знаний о механизме общей циркуляции атмосферы. Однако эти знания еще далеко не достаточны для того, чтобы мы могли предсказывать с определенной долей уверенности степень, характер и продолжительность вторичных последствий, которые изменение погоды или климата в одной части Земли может иметь для других мест, или даже то, будут ли эти последствия благоприятными или негативными. Прежде чем экспериментировать с модификацией погоды в крупных масштабах, необходимо тщательно рассчитать возможные и желательные последствия и заключить соответствующие международные договоренности». Roslycky, "Weather modification operations with transboundary effects: the technology, the activities and the rules", p. 20.

<sup>203</sup> Sand, "Internationaler Umweltschutz und neue Rechtsfragen der Atmosphärennutzung"; см. также Taubenfeld, "International environmental law: air and outer space", p. 195; и Brown Weiss, "International responses to weather modification", p. 813.

<sup>204</sup> По вопросу о модификации погоды предлагается рассмотреть следующие аспекты: обязанность действовать в интересах общего блага человечества; обязанность не причинять значительного трансграничного вреда; обязанность проводить оценки экологического воздействия; участие общественности; обязанность сотрудничать; обмен информацией и уведомлениями; консультации; обязанность использовать соответствующие международные организации; и ответственность государств. См. Roslycky, "Weather modification operations with transboundary effects: the technology, the activities and the rules", pp. 27–40. См также Davis, "Atmospheric water resources development and international law", pp. 17 *et seq.*

различны. Причины в целом подразделяются на две категории: первая – попадание (вредных) веществ или энергии в атмосферу<sup>205</sup>. Главными загрязнителями являются кислоты (а именно окись азота), окись серы, окись углерода, взвешенные частицы и фотохимические оксиданты. Истощение озонового слоя происходит в результате введения в атмосферу (вредных) веществ, таких как хлорфторуглероды и галоны. В отличие от этого основная причина изменения климата заключается в выбросе парниковых газов, таких как углекислый газ, окись азота и метан. Эти газы не во всех случаях являются вредными для здоровья человека; они, скорее, оказывают косвенное воздействие. Они способны вызвать изменение климата путем изменения состава атмосферы<sup>206</sup>. Таким образом, предмет настоящего проекта руководства с точки зрения причинно-следственной связи будет включать привнесение в атмосферу не только определенных веществ, но и энергии, что позволит охватить проблемы радиоактивного/ядерного загрязнения<sup>207</sup>,

<sup>205</sup> Например, в статье 1 а) Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния предусматривается, что «загрязнение воздуха» означает введение человеком, прямо или косвенно, веществ или энергии в воздушную среду, влекущее за собой вредные последствия такого характера, как угроза здоровью людей, нанесение вреда живым ресурсам, экосистемам и материальным ценностям, а также нанесение ущерба ценности ландшафта или помехи другим законным видам использования окружающей среды...»; а в пункте 1 статьи 1 Соглашения между Канадой и Соединенными Штатами Америки о качестве воздуха предусматривается, что «загрязнение воздуха» означает введение человеком, прямо или косвенно, веществ в воздушную среду, влекущее за собой вредные последствия такого характера, как угроза здоровью людей, нанесение вреда живым ресурсам, экосистемам и материальным ценностям, а также нанесение ущерба ценности ландшафта или помехи другим законным видам использования окружающей среды». Следует отметить, что в подпункте 4 пункта 1 статьи 1 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву «загрязнение морской среды» определяется как «привнесение... веществ или энергии в морскую среду».

<sup>206</sup> Например, в статье 1 Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата предусматривается, что «изменение климата» означает изменение климата, которое прямо или косвенно обусловлено деятельностью человека, вызывающей изменения в составе глобальной атмосферы, и накладывающейся на естественные колебания климата, наблюдаемые на протяжении сопоставимых периодов времени». См. также пункт 1 статьи 1 резолюции III Института международного права от 20 сентября 1987 года по трансграничному загрязнению воздуха, где предусматривается: «Для целей настоящей Резолюции "трансграничное загрязнение" означает любое физическое, химическое или биологическое изменение состава или качества атмосферы\*, которое прямо или косвенно является результатом действий или бездействия человека и порождает вредные или негативные последствия для окружающей среды других государств или районов, находящихся за пределами действия национальной юрисдикции» (Yearbook, Session of Cairo 1987, vol. 62, Part II, Paris, Pedone, 1988).

<sup>207</sup> Вопросы радиоактивного загрязнения воздуха обсуждались в контексте Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния. Если в соответствии с пояснительным меморандумом к Конвенции, содержащемся в сообщении правительства Германии парламенту ("Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 13. November 1979 über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung", *Deutscher Bundestags-Drucksache* 9/1119, 2 December 1981, p. 14), радиоактивные вещества не входят в сферу охвата (см. также Rest, "Tschernobyl und die Internationale Haftung", pp. 612–613), то правительство Австрии изложило противоположное мнение в заявлении в ходе подготовительной работы по Конвенции в январе 1979 года, указав, что сфера охвата Конвенции должна также включать исследование возможных негативных последствий мирных видов использования ядерной энергии для окружающей среды какого-либо государства или государств,

а также будет охватывать случаи изменения состава атмосферы. Следует напомнить, что настоящий проект руководства не будет касаться конкретных веществ, вызывающих такую деградацию атмосферы.

#### Д. Связь с другими областями международного права

77. Правовое регулирование атмосферы, как совершенно очевидно, неразрывно связано с другими отраслями международного права, такими как морское право<sup>208</sup> и биоразнообразию (лесоводство, опу-

стынивание и водно-болотные угодья)<sup>209</sup>, а также право международной торговли<sup>210</sup> и международное право прав человека<sup>211</sup>. В настоящем проекте руководства в соответствующих случаях эти взаимосвязи будут отмечены. Однако данные связи будут затрагиваться лишь постольку, поскольку они имеют отношение к другим частям настоящего проекта руководства.

78. С учетом вышеизложенных соображений Специальный докладчик вносит следующее предложение по проекту руководящего положения 2:

#### «Проект руководящего положения 2. Сфера охвата руководства

а) Настоящий проект руководства касается деятельности человека, в результате которой в атмосферу прямо или косвенно привносятся вредные вещества или энергия или изменяется состав атмосферы и которая порождает или может породить значительные отрицательные последствия для жизни и здоровья человека и природной среды Земли;

б) в настоящем проекте руководства указываются базовые принципы охраны атмосферы, а также их взаимосвязь».

помимо государства, в котором такая деятельность осуществляется; в этом смысле см. также Rauschnig, "Interim report of the Committee: legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution", p. 219; и Sands, *Chernobyl: Law and Communication—Transboundary Nuclear Air Pollution—The Legal Materials*, p. 163 (содержащееся в Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния определение «явно является достаточно широким, что позволяет включить в сферу охвата Конвенции радиоактивные осадки»). На глобальном уровне Научный комитет Организации Объединенных Наций по действию атомной радиации, учрежденный Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 913 (X) от 3 декабря 1955 года и в настоящее время функционирующий под эгидой ЮНЕП в Вене, регулярно отслеживает уровни и последствия ионизирующей радиации независимо от ее происхождения, включая атмосферные выбросы в результате подземных испытаний, не запрещенных Договором о запрещении испытаний ядерного оружия в атмосфере, в космическом пространстве и под водой 1963 года. Таким образом, эти замеры отражают кумулятивное воздействие трансграничного радиоактивного загрязнения воздуха из совокупных источников во всем мире; см. *Sources and Effects of Ionizing Radiation: United Nations Scientific Committee on the Effects of Atomic Radiation: UNSCEAR 2008 Report to the General Assembly with Scientific Annexes* (United Nations publication, Sales No. E.10.IX.3, 2010). По поводу обмена данными между Комитетом и Международной системой мониторинга, действующей в соответствии с Договором о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний (см. резолюцию 50/245 Генеральной Ассамблеи от 10 сентября 1996 года и документ A/50/1027), см. Weiss, "The global dimensions of atmospheric radioactivity detection: experience and conclusions after the Fukushima Daiichi nuclear power plant accident".

<sup>208</sup> См. Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву, статьи 212 («Загрязнение из атмосферы или через нее») и 195 («Обязанность не переносить ущерб или опасность загрязнения и не превращать один вид загрязнения в другой»).

<sup>209</sup> В преамбуле к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата говорится о неблагоприятном воздействии изменения климата на природные экосистемы, а в пункте 1 статьи 4 содержится призыв к государствам-участникам обеспечивать охрану «поглотителей и накопителей всех парниковых газов... включая биомассу, леса и океаны и другие наземные, прибрежные и морские экосистемы». См. также пункт 1 а) ii) статьи 2 Киотского протокола и Конвенцию о биологическом разнообразии, Конвенцию Организации Объединенных Наций по борьбе с опустыниванием в тех странах, которые испытывают серьезную засуху и/или опустынивание, особенно в Африке, и Конвенцию о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местобитаний водоплавающих птиц.

<sup>210</sup> См. в общем плане Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, pp. 130–166.

<sup>211</sup> См. в общем плане Schulze, Wang-Helmreich and Sterk, *Human Rights in a Changing Climate—Demands on German and International Climate Policy: The Human Rights to Food and to Water*; и Knox, "Climate change and human rights law".

## ГЛАВА IV

### Правовой статус атмосферы

79. Существует пять концепций, которые можно считать применимыми к правовому статусу атмосферы: воздушное пространство, совместные или общие природные ресурсы, общее достояние, общее наследие и общая забота (общий интерес)<sup>212</sup>. Каждая из этих концепций вкратце рассматривается ниже на предмет того, применима ли она к охране атмосферы и в какой степени.

<sup>212</sup> Boyle, "International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles"; см. также Brunnée, "Common areas, common heritage, and common concern".

#### А. Различие между воздушным пространством и атмосферой

80. Понятие «воздушное пространство» значительно отличается от понятия «атмосфера». Эти два термина не могут употребляться как взаимозаменяемые. Воздушное пространство представляет собой понятие, которое употребляется для обозначения пространства, над которым государство осуществляет свою юрисдикцию или контроль для целей авиации и обороны<sup>213</sup>. Так, в статье 1 Конвенции о

<sup>213</sup> См. Hobe, "Airspace", и Tomas, "Air law".

международной гражданской авиации предусматривается, что «каждое государство обладает полным и исключительным суверенитетом над воздушным пространством над своей территорией». В статье 2 той же Конвенции территория государства определяется как сухопутные территории и прилегающие к ним территориальные воды. Воздушное пространство за пределами границ территориальных вод считается находящимся за пределами действия суверенитета любого государства и открытым для использования всеми государствами, как и открытое море (см. также упоминание воздушного пространства в статье 2 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву)<sup>214</sup>.

81. Воздушное пространство представляет собой некую область<sup>215</sup>, т. е. отражает пространственный подход; атмосфера же, напротив, является одним из природных ресурсов, который перетекает через национальные границы. Что касается правового статуса атмосферы, то здесь более уместен функциональный, нетерриториальный подход, поскольку она представляет собой динамичную и изменчивую субстанцию. Безусловно, (вертикальную) делимитацию воздушного пространства можно осуществить, если провести вертикальные линии вдоль территориальных границ, однако такие искусственные линии не имеют смысла применительно к атмосфере (воздуху), которая передвигается через границы в зависимости от «атмосферных циркуляций» и «реактивных потоков». Таким образом, атмосфера представляет собой флюидное, единое и неделимое целое, а воздушное пространство есть статичная (и делимая) пространственная область.

82. Таким образом, пространственный подход, принятый, например, в Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (часть XII, «Защита и сохранение морской среды»), не может

<sup>214</sup> В статье 2 («Правовой статус территориального моря, воздушного пространства над территориальным морем, а также его дна и недр») говорится:

«1. Суверенитет прибрежного государства распространяется за пределы его сухопутной территории и внутренних вод, а в случае государства-архипелага – его архипелажных вод, на примыкающий морской пояс, называемый территориальным морем.

2. Указанный суверенитет распространяется на воздушное пространство над территориальным морем, равно как на его дно и недра.

3. Суверенитет над территориальным морем осуществляется с соблюдением настоящей Конвенции и других норм международного права».

<sup>215</sup> Строгую (горизонтальную) делимитацию воздушного пространства и космического пространства в настоящее время, как представляется, произвести сложно или даже невозможно (в то время как разграничение между атмосферой и космосом проводится довольно четко ввиду того простого обстоятельства, что в космическом пространстве нет воздуха). По вопросу о том, где заканчивается воздушное пространство и начинается космическое, единого мнения не существует. Традиционно существовали две школы мысли. Одна школа развивала теорию наивысшей точки полета воздушных судов, а другая поддерживала теорию самой низкой орбиты спутников (см. Matte, “Space law”, p. 555). Бинь Чэн, например, утверждал, что воздушное пространство простирается до тех пределов, где можно обнаружить атмосферу, давая полкование выражению на французском языке «espace aérien» в статье 1 Конвенции о международной гражданской авиации. Согласно этой теории, делимитация воздушного пространства и космического совпадает с разграничением между атмосферой и космосом (van Bogaert, *Aspects of Space Law*, p. 12).

быть применен к охране атмосферы. Положения Конвенции экологического характера основаны главным образом на пространственных (территориальных) критериях (включая территориальное море, прилегающие зоны, исключительные экономические зоны и открытое море) для распределения надлежащей юрисдикции в целях контроля за загрязнением морской среды, например юрисдикции государства флага, юрисдикции прибрежного государства и юрисдикции государства порта<sup>216</sup>.

83. Тем не менее государства могут посчитать необходимым сослаться на понятие воздушного пространства в данном проекте, поскольку статья 1 Конвенции о международной гражданской авиации подтверждает норму, согласно которой «каждое государство обладает полным и исключительным суверенитетом над воздушным пространством над своей территорией». Хотя правовые принципы, нормы и постановления, предусматриваемые в предлагаемом проекте руководства, вероятно, наиболее применимы к некоторым видам деятельности, осуществляемым на земле в пределах территориальной юрисдикции государства, могут возникнуть ситуации, при которых данные виды деятельности могут осуществляться в его воздушном пространстве<sup>217</sup>. В этой связи предлагается включить защитительную оговорку относительно того, что ничто в настоящем проекте руководства не затрагивает правовой статус воздушного пространства, предусмотренный в других конвенциях.

## В. Природные ресурсы, совместные или общие

84. Атмосфера (воздушная масса) представляет собой крупнейший природный ресурс Земли, что было отмечено (наряду с минеральными, энергетическими и природными ресурсами) Комитетом по природным

<sup>216</sup> Nordquist, Rosenne and Yankov, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, pp. 3–22. Вместе с тем следует отметить, что в соответствующей части содержится положение, основанное на функциональном понятии моря как общего блага: статья 216 («Обеспечение выполнения законов и правил, касающихся захоронения») предусматривает в пункте 1 так называемую «юрисдикцию государства загрузки»: «сокращение и сохранение под контролем загрязнения морской среды в результате захоронения» обеспечивается, в соответствии с подпунктом с), «любым государством, в отношении загрузки отходов или других материалов, осуществляемой на его территории или у его прибрежных терминалов». Как представляется, юрисдикция государства загрузки имеет ту же теоретическую основу, что и юрисдикция государства в целях охраны атмосферы в соответствии с настоящим проектом руководящих положений.

<sup>217</sup> Приложение 16 к Конвенции о международной гражданской авиации 1944 года, озаглавленное «Охрана окружающей среды». Начиная с 1981 года с целью достижения максимальной совместимости между безопасным и упорядоченным развитием гражданской авиации и качеством окружающей человека среды Совет ИКАО ввел в действие нормы, касающиеся стандартов эмиссии авиационных двигателей и рекомендованной практики. Эти стандарты эмиссии содержат, в частности, нормы, касающиеся выброса топлива (часть II) и сертификации по эмиссии (часть III), включая ограничения эмиссии по дымам и некоторым химическим частицам.



ресурсам<sup>218</sup>, а также в Стокгольмской декларации<sup>219</sup> и во Всемирной хартии природы<sup>220</sup>. Она обеспечивает возобновляемые «текущие ресурсы», жизненно важные для выживания людей, растений и животных на планете; и в дополнение к тому, что она обеспечивает исходные элементы для экономического производства (например, кислород и осадки), а также выполняет функции по поглощению отходов (например, в качестве стокового приемника или среды для рассеивания выхлопных газов), она также служит средой для транспортировки и коммуникаций («ресурс пространственной протяженности»)<sup>221</sup>. Следует иметь в виду, что атмосфера представляет собой ограниченный ресурс, ассимиляционная емкость которого ограничена. Третья группа и Апелляционный орган ВТО в деле *Бензин* 1996 года признали, что чистый воздух является «природным ресурсом», который может быть истощен. Атмосфера долгое время считалась неограниченной, неисключительной и нейтральной (объектом, за который бороться не стоит), поскольку было принято считать, что каждый может ее использовать, не лишая при этом такой возможности других<sup>222</sup>. Такая посылка более не является верной. Хотя атмосфера не эксплуатируется в обычном смысле этого слова (как эксплуатируются нефтяные или газовые ресурсы), ее надлежащее поддержание является необходимым для того, чтобы организмы могли дышать и жить в

<sup>218</sup> Включение «атмосферных ресурсов» в число «других природных ресурсов» бывшим Комитетом по природным ресурсам было впервые упомянуто в докладе Комитета о работе его первой сессии (Нью-Йорк, 22 февраля – 10 марта 1971 года), глава II, раздел А.4 («Другие природные ресурсы»), пункт 94 d) (*Official Records of the Economic and Social Council, Fiftieth Session, Supplement No. 6 (E/4969-E/C.7/13)*). Функции Комитета по природным ресурсам (позднее Комитет по энергетическим и природным ресурсам в целях развития) были переданы Комиссии по устойчивому развитию.

<sup>219</sup> Принцип 2: «Природные ресурсы земли [Земли], включая воздух... должны быть сохранены на благо нынешнего и будущих поколений путем тщательного планирования и управления по мере необходимости».

<sup>220</sup> «Используемые человеком... ресурсы... атмосферы должны управляться таким образом, чтобы можно было обеспечить и сохранить их оптимальную и постоянную производительность...» (резолюция 37/7 Генеральной Ассамблеи от 28 октября 1982 года, приложение, пункт 4).

<sup>221</sup> См. терминологию, разработанную в von Ciriacy-Wantrup, *Resource Conservation: Economics and Policies*, pp. 40–42, и McDougal, Lasswell and Vlasic, *Law and Public Order in Space*, pp. 777–779.

<sup>222</sup> Это весьма похоже на классический спор XVI–XVII веков между Гуго Гроцием (*Mare Liberum*) и Джоном Селденом (*Mare Clausum*) относительно того, являются ресурсы океана ограниченными или неограниченными. Гроций выступал за свободу океана, утверждая, что с учетом его природы океан не может быть объектом присвоения или владения. Поэтому, по мнению автора, государство не может заявлять исключительное право на рыболовство, которое, как он считал, должно предполагать наличие права собственности в отношении океана. Кроме того, по мнению Гроция, нет нужды изменять эту историческую конструкцию, поскольку он рассматривал океан как неограниченный ресурс. Поэтому каждый может осваивать его рыбные запасы, не нарушая интересов других в рамках режима свободы моря. См. Grotius, *The Freedom of the Seas or the Right which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade*, chap. 5. В отличие от Гроция Селден полагал, что государства владеют и могут владеть частью океана постольку, поскольку они фактически осуществляют свою власть над этой частью океана. Кроме того, Селден оспаривал мнение Гроция, подчеркивая, что ресурсы океана являются исчерпаемыми и что существует опасность того, что свободное использование океана приведет к его истощению (см. Selden, *Of the Dominion, Or, Ownership of the Sea*).

стабильных климатических условиях; поэтому любая загрязняющая атмосферу промышленность или государства по сути эксплуатируют атмосферу, снижая ее качество и способность поглощать загрязнители других отраслей промышленности или государств<sup>223</sup>. Этот довод используется, например, для «торговли правами на вредные выбросы». Поэтому концепция «совместных природных ресурсов», по всей видимости, применяется отчасти к проблеме двустороннего или регионального трансграничного загрязнения воздуха, а концепция «общих природных ресурсов» – к глобальным экологическим вопросам, относящимся к атмосфере.

85. Если исходить из того, что атмосфера представляет собой природный ресурс, то термин «охрана», употребляемый в настоящем проекте, возможно, придется пояснить. В контексте окружающей среды этот термин часто употребляется (сознательно или бессознательно) в двух смыслах: сохранение и сбережение. «Сохранение» означает меры, предпринимаемые для поддержания первоначального состояния природы посредством установления общего ограничения на деятельность человека в определенном недоступном для этих целей районе. «Сбережение», с другой стороны, означает поддержание состояния окружающей среды в определенном районе посредством целенаправленной деятельности человека, например зона сбережения рыбных ресурсов в открытом море. Как указывалось в пункте 73 выше, аспекты использования атмосферы приобретают все большую важность, и поэтому в разрабатываемом проекте руководства по охране атмосферы речь пойдет не только об аспекте сохранения (в том смысле, в каком международное сообщество стремится, насколько это возможно, не изменять существующий состав и баланс атмосферы), но также об аспекте сбережения, целью которого является достижение устойчивости в использовании атмосферы.

### С. Общая забота человечества

86. Общим имуществом, или *res communis*, принято называть районы, такие как открытое море, которые открыты для законного использования всеми государствами и на которые не может быть распространен суверенитет какого-либо государства. Воздушное пространство в открытом море в этом смысле является «общим имуществом». Однако, как и суверенное воздушное пространство, понятие общего имущества, по сути, воплощает пространственный аспект, и поэтому данный термин недостаточен для регулирования атмосферы как глобальной единицы<sup>224</sup>, о чем говорилось в пунктах 81–85 выше.

87. Концепция общего наследия была использована в Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву и в Договоре о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие

<sup>223</sup> Biermann, “‘Common concern of humankind’: the emergence of a new concept of international environmental law”, p. 428.

<sup>224</sup> Boyle, “International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles”, p. 9.

небесные тела. Между тем попытка Мальты объявить глобальную атмосферу частью общего наследия человечества, предпринятая на сессии Генеральной Ассамблеи в 1988 году, оказалась безуспешной. Поскольку «общее наследие» предполагает, что данный ресурс должен эксплуатироваться и сохраняться на благо всего человечества, такое обозначение, как правило, будет требовать наличия солидного организационного механизма для контроля за распределением прав на эксплуатацию и выгод от нее. Если рассматривать атмосферу как часть общего наследия человечества, то тогда проблемы атмосферы по сути окажутся в сфере коллективного управления, а это, по мнению многих, было бы преждевременно<sup>225</sup>.

88. Если концепции общего имущества и общего наследия не могут служить надлежащими индикаторами правового статуса атмосферы, то понятие общей заботы вполне может и должно быть включено в ее правовой статус в международном праве. В 1988 году Генеральная Ассамблея в своей резолюции 43/53 от 6 декабря 1988 года «Охрана глобального климата в интересах нынешнего и будущих поколений человечества» объявила, что изменение климата «затрагивает все человечество в целом», отчасти компенсировав тем самым то обстоятельство, что предложение Мальты не было поддержано. Та же концепция была включена в пункт 1 преамбулы к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата. Ввиду растущего признания взаимосвязей между трансграничным загрязнением воздуха и глобальным изменением климата применение концепции общей заботы ко всем проблемам атмосферы следует считать уместным<sup>226</sup>.

89. Юридическое содержание концепции общей заботы состоит в том, что государства не могут более заявлять, что проблемы атмосферы входят в резервированную область национальной юрисдикции, поскольку эти вопросы в настоящее время вполне

<sup>225</sup> *Ibid.*, pp. 9–10.

<sup>226</sup> Последствия применения концепции общей заботы человечества в отношении глобальных экологических вопросов рассматривались на совещании Группы правовых экспертов ЮНЕП, которое состоялось на Мальте 13–15 декабря 1990 года. Было отмечено, что концепция ««общей заботы»» имеет как минимум два важных аспекта: пространственный и временной. Пространственный аспект означает, что общая забота предполагает сотрудничество всех государств по вопросам, которые в равной степени важны для всех наций, всего международного сообщества. Временной аспект возникает в результате долгосрочных последствий основных экологических проблем, которые влияют на права и обязательства не только нынешнего, но и будущих поколений» (см. Attard, “The meeting of the Group of Legal Experts to examine the concept of the common concern of mankind in relation to global environmental issues”, p. 37). Это свидетельствует о наличии прочных взаимосвязей с принципами, такими как межпоколенческая справедливость, содержащимися в Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию и в других международных документах по экологическим вопросам. Одно из применений концепции общей заботы рассматривалось в экосистемном аспекте, например в контексте регионального управления водоразделами (см. Brunnée and Toope, “Environmental security and freshwater resources: ecosystem regime building”).

правомерно относятся к категории «вопросов, вызывающих озабоченность международного сообщества». Это безусловно приведет к возникновению материально-правовых обязательств со стороны всех государств охранять глобальную атмосферу в качестве обязательств *ergo omnes*<sup>227</sup>, обязательных для исполнения. В настоящий момент, вероятно, было бы преждевременно давать толкование концепции общей заботы как наделяющей «все государства правовым интересом, или заинтересованностью, в обеспечении исполнения норм, касающихся охраны глобальной атмосферы»<sup>228</sup>, ввиду отсутствия надлежащих процессуальных норм для осуществления такого толкования. Было бы также преждевременно считать, что концепция общей заботы создает права для отдельных лиц и будущих поколений.

90. И все-таки с учетом предшествующего анализа можно сделать вывод о том, что атмосфера имеет юридический статус международного ресурса, совместного или общего, необходимого для поддержания жизни на Земле, здоровья и благополучия человека, посевов и целостности экосистем, и что вследствие этого ее охрана является общей заботой человечества. Возможно, также уместно сделать оговорку, с тем чтобы устранить любые недоразумения, указав, что настоящий проект руководства не преследует цели никоим образом затрагивать статус воздушного пространства, который уже установлен в международном праве. Таким образом, проект руководящего положения 3 будет гласить:

*«Проект руководящего положения 3. Правовой статус атмосферы»*

a) Атмосфера является природным ресурсом, имеющим существенно важное значение для устойчивого поддержания жизни на Земле, здоровья и благополучия человека, а также водных и земных экосистем; следовательно, ее охрана является общей заботой человечества;

b) ничто в настоящем проекте руководства не направлено на то, чтобы затронуть правовой статус воздушного пространства, регулируемый применимым международным правом».

<sup>227</sup> Как указал Международный Суд в деле «Барселона трэкин», такие обязательства возникают перед международным сообществом в целом. Ввиду их важности они являются «заботой всех государств» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 30, para. 33). В этом контексте можно вспомнить упоминание Комиссией «массового загрязнения атмосферы или морей» в качестве международного преступления в пункте 3 d) проекта статьи 19 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (*Ежегодник... 1976 год*, том II (часть вторая), стр. 110) в первом чтении, хотя в окончательном проекте, принятом во втором чтении, эта статья исчезла (*Ежегодник... 2001 год*, том II (часть вторая) и исправление, стр. 26 и далее, пункт 76).

<sup>228</sup> Boyle, “International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles”, pp. 11–13.

## ГЛАВА V

## Заключение

91. Подготавливая настоящий доклад, Специальный докладчик стремился представить максимально подробную и исчерпывающую справочную информацию по этой теме, например ее историческую эволюцию, имеющие к ней отношение источники права, а также пояснить подоплеку этой темы и основополагающие подходы, цели и сферу охвата проекта. Как справедливо было замечено, «в самом лучшем смысле подлинная сила [Комиссии] заключается в ее способности делать систематический обзор международного права в целом, учитывать новые события и различные правовые массивы и предлагать в своих комментариях рациональные и исчерпывающе проработанные выводы»<sup>229</sup>. Тем не менее ряд проблем необходимо рассмотреть здесь в предварительном и общем порядке, оставив более глубокий анализ конкретных правовых проблем на более позднее время. Специальный докладчик надеется, что ему удалось продемонстрировать, что с учетом надлежащего подхода охрана атмосферы представляет собой важную

и уместную тему для кодификации и прогрессивного развития международного права, тему, посредством которой Комиссия может внести значительный вклад на благо международного сообщества в целом.

92. В качестве примерного плана работы после представления настоящего первого доклада Специальный докладчик надеется рассмотреть в оставшиеся два года (2015 и 2016 годы) текущего пятилетнего периода вопросы, относящиеся к базовым принципам охраны атмосферы. Они также будут включать общие обязательства государств охранять атмосферу, принцип *sic utere tuo ut alienum non laedas*, применимый к трансграничному загрязнению воздуха, а также принципы справедливости, устойчивого развития и добросовестности. Следует надеяться, что в ходе следующего пятилетнего периода (2017–2021 годы) Комиссия завершит рассмотрение других смежных вопросов, таких как международное сотрудничество, выполнение международных норм, урегулирование споров и взаимозависимость.

<sup>229</sup> Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, p. 172.



## ПЕРЕЧЕНЬ ДОКУМЕНТОВ ШЕСТЬДЕСЯТ ШЕСТОЙ СЕССИИ

<i>Обозначение документа</i>	<i>Наименование документа</i>	<i>Примечания и ссылки</i>
A/CN.4/665	Предварительная повестка дня шестьдесят шестой сессии	Отпечатан на mimeографе. Утвержденную повестку дня см. в <i>Ежегоднике... 2014 год</i> , том II (часть вторая).
A/CN.4/666	Подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят восьмой сессии	Отпечатан на mimeографе.
A/CN.4/667	Первый доклад об охране атмосферы, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Шиньей Мурасэ	Воспроизводится в настоящем томе.
A/CN.4/668 [и Corr.1] и Add.1	Седьмой доклад о защите людей в случае бедствий, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Эдуардо Валенсией-Оспиной	То же.
A/CN.4/669 и Add.1	Высылка иностранцев: комментарии и замечания, полученные от правительств  [Дополнительная информация, полученная от Европейского союза (только на английском языке), не включенная в документ A/CN.4/669]	То же.  Отпечатан на mimeографе.
A/CN.4/670	Девятый доклад о высылке иностранцев, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Морисом Камто	Воспроизводится в настоящем томе.
A/CN.4/671	Второй доклад по вопросу о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Георгом Нольте	То же.
A/CN.4/672	Второй доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком сэром Майклом Вудом	То же.
A/CN.4/673 [и Corr.1]	Третий доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, подготовленный Специальным докладчиком г-жой Консепсьон Эскобар Эрнандес	То же.
A/CN.4/674 [и Corr.1]	Предварительный доклад по вопросу об охране окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, подготовленный Специальным докладчиком г-жой Марией Г. Якобссон	То же.
A/CN.4/675	Второй доклад по вопросу о временном применении договоров, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Хуаном Мануэлем Гомесом Робледо	То же.
A/CN.4/L.831	Защита людей в случае бедствий: тексты и заголовки проектов статей, принятые Редакционным комитетом в первом чтении	Отпечатан на mimeографе.
A/CN.4/L.832	Высылка иностранцев: тексты и заголовки проектов статей, принятые во втором чтении Редакционным комитетом	То же.
A/CN.4/L.833	Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров: тексты и названия проектов выводов 6–10, принятые Редакционным комитетом в предварительном порядке на шестьдесят шестой сессии Комиссии	То же.
A/CN.4/L.834	Проект доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят шестой сессии, глава I (Организация работы сессии)	То же. Принятый текст см. в <i>Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)</i> . Окончательный текст фигурирует в <i>Ежегоднике... 2014 год</i> , том II (часть вторая).

Обозначение документа	Наименование документа	Примечания и ссылки
A/CN.4/L.835	То же, глава II (Резюме работы Комиссии на ее шестьдесят шестой сессии)	То же.
A/CN.4/L.836	То же, глава III (Конкретные вопросы, замечания по которым могли бы представлять особый интерес для Комиссии)	То же.
A/CN.4/L.837 и Add.1/ Rev.1	То же, глава IV (Высылка иностранцев)	То же.
A/CN.4/L.838 и Add.1	То же, глава V (Защита людей в случае бедствий)	То же.
A/CN.4/L.839	То же, глава VI (Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare))	То же.
A/CN.4/L.840 и Add.1–3	То же, глава VII (Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров)	То же.
A/CN.4/L.841	То же, глава VIII (Охрана атмосферы)	То же.
A/CN.4/L.842 и Add.1	То же, глава IX (Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции)	То же.
A/CN.4/L.843	То же, глава X (Идентификация международного обычного права)	То же.
A/CN.4/L.844	Рабочая группа по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare) – окончательный доклад	Отпечатан на mimeографе.
A/CN.4/L.845	Проект доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят шестой сессии, глава XI (Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами)	То же. Принятый текст см. в <i>Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)</i> . Окончательный текст фигурирует в <i>Ежегоднике... 2014 год</i> , том II (часть вторая).
A/CN.4/L.846	То же, глава XII (Временное применение договоров)	То же.
A/CN.4/L.847	То же, глава XIII (Клаузула о наиболее благоприят-ствуемой нации)	То же.
A/CN.4/L.848	То же, глава XIV (Другие решения и выводы Комиссии)	То же.
A/CN.4/L.849	Доклад Группы по планированию	Отпечатан на mimeографе.
A/CN.4/L.850	Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции: тексты проектов статей 2 e) и 5, принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом 15 июля 2014 года	То же.
A/CN.4/SR.3198– A/CN.4/SR.3243	Предварительные краткие отчеты о 3198–3243-м заседаниях	То же. Окончательный текст фигурирует в <i>Ежегоднике... 2014 год</i> , том I.

