

Глава XI

ДОГОВОРЫ СКВОЗЬ ПРИЗМУ ВРЕМЕНИ

А. Введение

333. На своей шестидесятой сессии (2008 год) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему «Договоры сквозь призму времени» и в этой связи на своей шестьдесят первой сессии создать исследовательскую группу⁶⁷². На своей шестьдесят первой сессии (2009 год) Комиссия учредила Исследовательскую группу по теме «Договоры сквозь призму времени», возглавляемую г-ном Георгом Нольте. На этой сессии в ходе обсуждений, состоявшихся в Исследовательской группе, основное внимание уделялось определению подлежащих охвату вопросов, рабочим методам Исследовательской группы и возможным итогам работы Комиссии по данной теме⁶⁷³. На шестьдесят второй сессии (2010 год) Исследовательская группа была вновь созвана под председательством г-на Георга Нольте и приступила к работе над аспектами данной темы, касающимися последующих соглашений и практики, на основе подготовленного ее Председателем вводного доклада о соответствующей практике МС и арбитражных судов специальной юрисдикции⁶⁷⁴.

В. Рассмотрение темы на данной сессии

334. На данной сессии Исследовательская группа по теме «Договоры сквозь призму времени» была воссоздана под председательством г-на Георга Нольте.

335. На своем 3119-м заседании 8 августа 2011 года Комиссия приняла к сведению устный доклад Председателя Исследовательской группы по теме «Договоры сквозь призму времени» и одобрила рекомендацию Исследовательской группы относительно того, чтобы просьба о представлении информации, включенная в главу III доклада Комиссии о работе ее шестьдесят второй сессии (2010 год)⁶⁷⁵, была вновь включена в главу III доклада Комиссии о работе данной сессии⁶⁷⁶.

⁶⁷² На своем 2997-м заседании 8 августа 2008 года (*Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 180, пункт 353). Общий набросок темы см. там же, приложение I. Генеральная Ассамблея в пункте 6 своей резолюции 63/123 от 11 декабря 2008 года приняла к сведению данное решение.

⁶⁷³ См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), стр. 178, пункты 220–226.

⁶⁷⁴ *Ежегодник... 2010 год*, том II (часть вторая), пункты 344–354.

⁶⁷⁵ Там же, пункты 26–28.

⁶⁷⁶ См. пункт 343 ниже.

1. ОБСУЖДЕНИЕ В ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ ГРУППЕ

336. Исследовательская группа провела пять заседаний 25 мая, 13, 21 и 27 июля и 2 августа 2011 года.

337. Сначала Исследовательская группа проделала оставшуюся часть работы в связи с вводным докладом, подготовленным Председателем по вопросу о соответствующей судебной практике МС и арбитражных судов юрисдикции *ad hoc*. В этой связи члены Группы обсудили раздел вводного доклада, касающийся возможной модификации договора путем последующих соглашений и практики и связи последующих соглашений и практики с формальными процедурами внесения поправок. Как и в связи с другими частями вводного доклада и в соответствии с предложением Председателя Исследовательская группа решила, что на данном этапе не следует делать выводов в отношении вопросов, затронутых в вводном докладе.

338. Председатель отметил, что на рассмотрение Исследовательской группы были представлены следующие дополнительные документы: второй доклад Председателя «О судебной практике в соответствии со специальными режимами, касающимися последующих соглашений и последующей практики», документ, подготовленный г-ном Мурасе и озаглавленный «Патология "эволютивных" толкований: применение статьи XX ГАТТ в сфере торговли и окружающей среды», и документ, подготовленный г-ном Петричем по вопросу о последующих соглашениях и практике в отношении конкретного договора о границе. Исследовательская группа обсудила документ г-на Мурасе в связи с соответствующим вопросом, затронутым во втором докладе Председателя, и решила отложить рассмотрение документа, подготовленного г-ном Петричем, до обсуждения вопросов последующего соглашения и последующей практики, не связанных с судебными или квази-судебными процедурами.

339. Во втором докладе Председателя Исследовательской группы затронуты вопросы правоприменительной практики в соответствии с некоторыми международными экономическими режимами (ВТО, Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, суды Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) и суды Североамериканской зоны свободной торговли), международными режимами в области прав человека (Европейский суд по правам человека, Межамериканский суд по правам человека и Комитет по правам человека в рамках Международ-

ного пакта о гражданских и политических правах) и другими режимами (Международный трибунал по морскому праву, Международный уголовный суд, Международный трибунал по бывшей Югославии, Международный трибунал по Руанде и Суд Европейского союза). В докладе объясняется, почему рассмотрены эти режимы, а не другие.

340. Исследовательская группа рассмотрела второй доклад на основе содержащихся в нем 20 «общих выводов». Обсуждение было сосредоточено на следующих аспектах: применение судебными органами в рамках специальных режимов общего правила толкования договоров; степень, в которой особый характер некоторых договоров – например, договоров в области прав человека и в области международного уголовного права – может влиять на подход соответствующих судебных органов к толкованию договоров; различный акцент, который судебные органы делают на разных средствах толкования договоров (например, с большей ориентацией на текст либо с большей ориентацией на цель при толковании договоров по сравнению с более традиционными подходами); общее признание последующих соглашений и практики как средства толкования договоров; значение той роли, которую отводят различные судебные органы последующей практике среди различных средств толкования договоров; концепция последующей практики для цели толкования договоров, включая тот момент во времени, когда какая-либо практика может быть рассмотрена как «последующая»; возможные авторы соответствующей последующей практики, а также эволютивное толкование как форма целенаправленного толкования в свете последующей практики. Из-за недостатка времени члены Исследовательской группы смогли обсудить только 11 выводов, содержащихся во втором докладе. С учетом этого обсуждения в Исследовательской группе Председатель изменил текст того, что теперь стало девятью предварительными выводами (см. раздел 3, ниже).

341. Исследовательская группа согласилась в том, что эти предварительные выводы Председателя должны быть пересмотрены и расширены с учетом других докладов о дополнительных аспектах данной темы и последующего обсуждения.

2. Будущая работа и просьба о представлении информации

342. Исследовательская группа также обсудила будущую работу в связи с этой темой. Ожидается, что на шестьдесят четвертой сессии (2012 год) обсуждение второго доклада, подготовленного Председателем, будет завершено и за этим последует третий этап, а именно анализ практики государств, которая не связана с судебными и квазисудебными процедурами. Это должно быть сделано на основе еще одного доклада по данной теме. Исследовательская группа ожидает, что работа по этой теме будет, как это предполагалось первоначально, завершена в течение следующего пятилетнего периода и в результате этого будут сделаны выводы на основе совокупной практики. Исследовательская группа также обсудила возможность изменения метода работы по данной теме, с тем чтобы следовать процедуре, включающей назначение Специального докладчика

Комиссией. Она пришла к выводу о том, что эта возможность должна быть обсуждена в ходе следующей сессии вновь избранным составом.

343. На своем заседании 2 августа 2011 года Исследовательская группа рассмотрела вопрос о возможности включения просьбы относительно представления информации правительствами в главу III доклада Комиссии, как это было сделано на шестьдесят второй сессии (2010 год). В рамках Исследовательской группы было высказано общее мнение о том, что большой объем информации, представленной правительствами в связи с данной темой, будет весьма полезным, в частности для рассмотрения примеров последующей практики и последующих соглашений, не фигурировавших в решениях того или иного судебного или квазисудебного международного органа. Исходя из этого, Исследовательская группа рекомендовала Комиссии включить в главу III ее доклада за данный год раздел, содержащий повторную просьбу о представлении информации по теме «Договоры сквозь призму времени».

3. Предварительные выводы Председателя Исследовательской группы, переформулированные в свете обсуждений, состоявшихся в Исследовательской группе

344. Ниже приводятся девять предварительных выводов Председателя Исследовательской группы, переформулированных в свете обсуждений, состоявшихся в Исследовательской группе.

1) *Общее правило толкования договоров*

Положения статьи 31 Венской конвенции 1969 года, воспринимаемые как применимое договорное положение или как отражение нормы обычного международного права, признаются различными охваченными обзором судебными органами как общая норма толкования договоров, которые они применяют⁶⁷⁷.

2) *Подходы к толкованию*

Независимо от признания различными судебными органами общей нормы, установленной в статье 31 Венской конвенции 1969 года в качестве основы толкования договоров, в различных контекстах они делают больший или меньший акцент на содержащихся в ней различных средствах толкования. Можно различить три широких подхода:

Конвенциональный подход – как и Международный Суд, большинство судебных органов (Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, суды МЦУИС, Международный трибунал по морскому праву и международные уголовные суды и трибуналы) применяют подхо-

⁶⁷⁷ Если при толковании учредительных договоров Европейского союза Европейский суд на общую норму, изложенную в статье 31 Венской конвенции 1969 года, прямо не ссылается, то, тем не менее, он ссылался на эту норму и применял ее при толковании договоров, заключенных между Европейским союзом и государствами-нечленами, см., например, *Firma Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, Case No. C-386/08, решение от 25 февраля 2010 года, Европейский суд, пункты 41–43.

ды, которые, как правило, принимают во внимание все перечисленные в статье 31 Венской конвенции 1969 года средства толкования без сколько-нибудь заметного большего или меньшего использования некоторых средств толкования;

Ориентированный на текст подход – доклады Группы по урегулированию споров и Апелляционного органа ВТО во многих случаях делают определенный акцент на тексте договора (обычных или специальных значениях терминов соглашения) и неохотно делают упор на целенаправленном толковании⁶⁷⁸. Такой подход, по-видимому, должен учитывать, в частности, особую потребность в определенности и технический характер многих положений связанных с ВТО соглашений;

Ориентированный на цель подход – региональные суды по правам человека, а также Комитет по правам человека, действующие в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах, во многих случаях выделяют объект и цель⁶⁷⁹. При таком подходе, по-видимому, следует принимать во внимание, в частности, характер основных положений договоров в области прав человека, которые регулируют вопросы соблюдения прав человека отдельных лиц в эволюционирующем обществе.

Причины, по которым некоторые судебные органы зачастую делают упор на тексте, а некоторые другие в большей степени на объекте и цели, возможно, кроются не только в конкретном материальном содержании соответствующих договорных обязательств, но также могут быть объяснимы и их формулировками и иными факторами, включая возможный возраст договорного режима, а также процедурами, в рамках которых действуют судебные органы. Нет необходимости с точностью определять ту степень, в какой подобные факторы воздействуют на избираемый соответствующий судебным органом подход к толкованию. Вместе с тем целесообразно помнить о различных широких подходах при оценке той роли, которую с точки зрения различных судебных органов играют последующие соглашения и последующая практика.

3) Толкование договоров в области прав человека и международного уголовного права

Европейский суд по правам человека и Межамериканский суд по правам человека подчеркивают специальный характер применяемых ими договоров в области прав человека и утверждают, что этот специальный характер влияет на их подход к толко-

ванию⁶⁸⁰. Международный уголовный суд и другие уголовные трибуналы (Международный трибунал по бывшей Югославии, Международный трибунал по Руанде) применяют некоторые специальные нормы толкования, проистекающие из общих принципов уголовного права и права прав человека⁶⁸¹. Однако ни региональные суды по правам человека, ни международные уголовные суды и трибуналы не ставят под сомнение применимость общего правила, сформулированного в статье 31 Венской конвенции 1969 года, в качестве основы их толкования договоров. Другие охваченные обзором судебные органы не утверждают, что соответствующий договор, положение которого они применяют, оправдывает особый подход к его толкованию.

4) Признание принципа последующих соглашений и последующей практики в качестве средства толкования

Все охваченные обзором судебные органы признают, что последующие соглашения и последующая практика по смыслу пунктов 3 а) и b) статьи 31 Венской конвенции 1969 года являются средствами толкования, которые они должны принимать во внимание при толковании и применении договоров⁶⁸².

5) Концепция последующей практики в качестве средства толкования

Большинство охваченных обзором судебных органов не дали определения понятия последующей практики. Определение, данное Апелляционным органом ВТО («"гармоничная, общая и систематическая" последовательность актов или высказываний, которая достаточна для выявления различимой модели, подразумевающей согласие сторон [договора] в отношении его толкования»)⁶⁸³, сочетает элемент «практики» («последовательность актов или высказываний») с требованием согласия («гармоничного, общего»), как это предусмотрено в пункте 3 b) статьи 31 Венской конвенции 1969 года (последующая практика в узком смысле). Однако другие охвачен-

⁶⁷⁸ Например, ВТО, Доклад Апелляционного органа, *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, AB-2000-3, *Recourse by Canada to article 21.5 of the DSU*, WT/DS46/AB/RW, принято 4 августа 2000 года, пункт 45.

⁶⁷⁹ Например, *Case of Soering v. the United Kingdom*, Judgment of 7 July 1989, Application no. 14038/88, Европейский суд по правам человека, Series A: Judgments and Decisions, vol. 161; и *The Right to Information on Consular Assistance. In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory opinion OC-16/99 of 1 October 1999, Межамериканский суд по правам человека, Series A, No. 16, para. 58.

⁶⁸⁰ *Ireland v. the United Kingdom*, Application no. 5310/71, Judgment of 18 January 1978, Европейский суд по правам человека, Series A: Judgments and Decisions: vol. 25, para. 239; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Application nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment of 4 February 2005, Европейский суд по правам человека, *Reports of Judgments and Decisions* 2005-I, para. 111; и *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (arts. 74 and 75)*, Advisory opinion OC-2/82 of 24 September 1982, Межамериканский суд по правам человека, Series A, No. 2, para. 19.

⁶⁸¹ См. пункт 3 статьи 21 и пункт 2 статьи 22 Римского статута Международного уголовного суда.

⁶⁸² Европейский суд при толковании и применении учредительных договоров Европейского союза воздерживается от прямого учета последующей практики сторон; вместе с тем он шел на это при толковании и применении договоров между Европейским союзом и третьими государствами. См., например, *Leonce Cayrol v. Giovanni Rivoira & Figli*, Case No. C52/77, Judgment of 30 November 1977, *European Court Reports* 1977, p. 2261, para. 18; и *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd. and others*, Case No. C432/92, Judgment of 5 July 1994, *European Court Reports* 1994, p. I-3087, paras. 43 and 50.

⁶⁸³ ВТО, Доклад Апелляционного органа, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, AB-1996-2, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 октября 1996 года, Section E.

ные обзором судебные органы также используют понятие «практика» в качестве средства толкования без упоминания и требования наличия четко различимого согласия между сторонами (последующая практика в широком смысле)⁶⁸⁴.

6) *Установление роли последующих соглашений или последующей практики как средства толкования*

Как и другие средства толкования, последующие соглашения и последующая практика используются судебными органами, главным образом, в качестве одного из нескольких таких средств при принятии конкретных решений. Поэтому редко случается, что судебные органы объявляют, что какая-либо конкретная последующая практика или последующее соглашение сыграли определяющую роль в принятии решения⁶⁸⁵. Вместе с тем зачастую оказывается, по-видимому, возможным установить, сыграло ли последующее соглашение или конкретная последующая практика важную или менее значительную роль в мотивировке конкретного решения.

Многие судебные органы используют последующую практику в качестве средства толкования. Последующая практика играет менее важную роль для судебных органов, которые придерживаются ориентации на текст (Апелляционный орган ВТО) или ориентации на цель (Межамериканский суд по правам человека). Европейский суд по правам человека в большей степени опирается на последующую практику, ссылаясь на общие правовые стандарты, применяемые государствами – членами Совета Европы⁶⁸⁶.

7) *Эволютивное толкование и последующая практика*

Эволютивное толкование представляет собой форму ориентированного на цель толкования. Последующая практика может задавать направление эволютивному толкованию в узком и в широком смысле⁶⁸⁷. Ориентирующийся на текст Апелляционный орган ВТО лишь от случая к случаю прямо прибегает к эволютивному толкованию⁶⁸⁸. Что касается договорных органов по правам человека, то Европейский суд по правам человека часто использует

эволютивное толкование, прямо обусловливаемое последующей практикой⁶⁸⁹, тогда как Межамериканский суд по правам человека и Комитет по правам человека почти не опираются на последующую практику. Отчасти это может быть вызвано тем обстоятельством, что Европейский суд по правам человека может опираться на сравнительно близкий общий уровень ограничений, действующих в государствах – членах Совета Европы. Международный трибунал по морскому праву, по-видимому, прибегает к эволютивному толкованию в соответствии с некоторыми решениями МС⁶⁹⁰.

8) *Редкое применение последующих соглашений*

До настоящего времени охваченные обзором судебные органы нечасто прибегали к последующим соглашениям в (узком) смысле пункта 3 а) статьи 31 Венской конвенции 1969 года. Это может объясняться отчасти характером некоторых договорных обязательств, в частности по договорам в области прав человека, значительная часть которых может не стать объектом последующих соглашений между правительствами.

Некоторые решения, которые пленарные органы или государства-участники принимают в соответствии с договором, например, положением об «элементах преступлений» (статья 9 Римского статута Международного уголовного суда) или «Запиской КСТ от 2001 года» в контексте Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА)⁶⁹¹, в том случае если они принимаются единогласно, могут вызывать последствия, сходные с последствиями применения последующих соглашений по смыслу пункта 3 а) статьи 31 Венской конвенции 1969 года.

9) *Возможные субъекты соответствующей последующей практики*

Соответствующая последующая практика может состоять из актов всех государственных органов (исполнительных, законодательных и судебных), которые могут быть присвоены государству для цели толкования договора. Подобная практика может в определенных обстоятельствах даже включать «общественную практику» в той мере, насколько она отражена в государственной практике⁶⁹².

⁶⁸⁴ Например, дело *M/V «Saiga» (No. 1) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Request for provisional measures, *Judgment of 4 December 1997*, *ITLOS Reports 1997*, p. 16, at pp. 29–30, paras. 57–59; см. также *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1999*, pp. 1045 et seq., at p. 1096, para. 80.

⁶⁸⁵ Однако см., например, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, промежуточное решение № ITL 83–B1FT (встречное требование) от 9 сентября 2004 года, 2004 WL 2210709, *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38, p. 77, at pp. 116–119, paras. 109–117, и at p. 126, para. 134.

⁶⁸⁶ См., например, *Demir and Baykara v. Turkey*, Application no. 34503/97, Judgment of 12 November 2008, Большая камера, Европейский суд по правам человека, пункты 52, 76, 85; и *A. v. the United Kingdom*, Application No. 35373/97, Judgment of 17 December 2002, Второй раздел, Европейский суд по правам человека, *Reports of Judgments and Decisions 2002-X*, пункт 83.

⁶⁸⁷ См. также предварительные выводы 5 и 9.

⁶⁸⁸ Доклад Апелляционного органа, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, AB-1998-4*, ВТО, WT/DS58/AB/R, 6 ноября 1998 года, пункт 130.

⁶⁸⁹ См. сноску 686 выше.

⁶⁹⁰ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, *Advisory Opinion of 1 February 2011*, Камера по спорам, касающимся морского дна, Международный трибунал по морскому праву, *ITLOS Reports 2011*, pp. 10 et seq., paras. 117 and 211.

⁶⁹¹ См. ссылку и обсуждение в *ADF Group Inc. v. United States of America*, дело № ARB(AF)/00/1, *In the matter of an arbitration under chapter eleven of the North American Free Trade Agreement*, решение от 9 января 2003 года, МЦУИС, ICSID, *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, No. 1 (2003), pp. 195 et seq.; *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), pp. 470 et seq.; см., в частности, пункт 177 решения. Размещен на сайте по адресу <http://icsid.worldbank.org/>.

⁶⁹² См. *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, Application no. 28957/95, Judgment of 11 July 2002, Большая камера, Европейский суд по правам человека, *Reports of Judgments and Decisions 2002VI*, paras. 84–91.