

Глава VII

ПОСЛЕДУЮЩИЕ СОГЛАШЕНИЯ И ПОСЛЕДУЮЩАЯ ПРАКТИКА В ОТНОШЕНИИ ТОЛКОВАНИЯ ДОГОВОРОВ

А. Введение

66. На своей шестидесятой сессии (2008 год) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему «Договоры сквозь призму времени» и создать на своей шестьдесят первой сессии Исследовательскую группу по этой теме⁵²¹. На своей шестьдесят первой сессии (2009 год) Комиссия учредила Исследовательскую группу по теме «Договоры сквозь призму времени» под председательством г-на Георга Нольте. На той сессии обсуждение в Исследовательской группе было посвящено в основном определению вопросов, которые предстоит охватить, методам работы Исследовательской группы и возможным итогам работы Комиссии по данной теме⁵²².

67. В период между шестьдесят второй и шестьдесят четвертой сессиями (2010–2012 годы) Исследовательская группа была вновь создана под председательством г-на Георга Нольте. Исследовательская группа рассмотрела три доклада, неофициально представленные Председателем, которые касались соответственно соответствующей практики Международного Суда и арбитражных судов специальной юрисдикции⁵²³; судебной практики в соответствии со специальными режимами, касающимися последующих соглашений и последующей практики⁵²⁴; и последующих соглашений и последующей практики государств вне судебных и квазисудебных процедур⁵²⁵.

⁵²¹ На своем 2997-м заседании 8 августа 2008 года (см. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), стр. 180, пункт 353). Краткое изложение темы см. там же, приложение I. Генеральная Ассамблея в пункте 6 своей резолюции 63/123 от 11 декабря 2008 года приняла к сведению это решение.

⁵²² См. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), стр. 178–179, пункты 220–226.

⁵²³ См. *Ежегодник... 2010 год*, том II (часть вторая), стр. 227–228, пункты 345–354; и *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 203, пункт 337.

⁵²⁴ См. *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 203–204, пункты 338–341; и *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 88–89, пункты 230–231.

⁵²⁵ См. *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 89–90, пункты 232–234. На шестьдесят третьей сессии (2011 год) Председатель Исследовательской группы представил девять предварительных выводов, измененных с учетом обсуждений в Исследовательской группе (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), стр. 204, пункт 344). На шестьдесят четвертой сессии (2012 год) Председатель представил тексты шести дополнительных предварительных выводов, также измененных с учетом обсуждений в Исследовательской группе (*Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 90–91, пункт 240). Исследовательская группа обсудила формат, в котором следует продолжать дальнейшую работу по данной теме, и возможные результаты работы. Ряд пред-

68. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год) на основе рекомендации Исследовательской группы⁵²⁶ Комиссия также постановила: *a*) изменить, начиная со своей шестьдесят пятой сессии (2013 год), формат своей работы по данной теме, как это было предложено Исследовательской группой; и *b*) назначить г-на Георга Нольте Специальным докладчиком по теме «Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров»⁵²⁷.

69. На шестьдесят пятой сессии (2013 год) Комиссия рассмотрела первый доклад Специального докладчика⁵²⁸ и приняла в предварительном порядке пять проектов выводов⁵²⁹.

В. Рассмотрение темы на настоящей сессии

70. На нынешней сессии Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/671), который она рассмотрела на своих 3205–3209-м заседаниях 15–22 мая 2014 года.

71. В своем втором докладе Специальный докладчик рассмотрел следующие аспекты данной темы: установление последующих соглашений и последующей практики (пункты 3–19); возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования договоров (пункты 20–41); форма и значение последующей практики согласно пункту 3 *b*) статьи 31 (пункты 42–48); условия для «соглашения» сторон относительно толкования договора согласно пункту 3 статьи 31 (пункты 49–75); решения, принятые в рамках Конференций государств-участников (пункты 76–111); и возможные рамки для толкования последующих соглашений и последующей практики (пункты 112–166). Доклад также содержал некоторые сведения о будущей программе работы (пункт 167). Специальный докладчик предложил про-

ложений были сформулированы Председателем и согласованы Исследовательской группой (там же, стр. 90, пункты 235–239).

⁵²⁶ Там же, стр. 88–90, пункты 226–239.

⁵²⁷ Там же, стр. 88, пункт 227.

⁵²⁸ *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть первая), документ A/CN.4/660.

⁵²⁹ Там же, том II (часть вторая), стр. 17–42, пункты 33–39. Комиссия приняла в предварительном порядке проекты выводов 1 (Общее правило и средства толкования договоров); 2 (Последующие соглашения и последующая практика как аутентичные средства толкования); 3 (Толкование терминов договора как способных менять свое значение с течением времени); 4 (Определение последующего соглашения и последующей практики); и 5 (Присвоение последующей практики).

ект вывода, соответствующий каждому из рассмотренных вопросов⁵³⁰.

⁵³⁰ Тексты шести проектов выводов, предложенных Специальным докладчиком, являются следующими:

Проект вывода 6. Установление последующих соглашений и последующей практики

Установление последующих соглашений и последующей практики согласно пункту 3 статьи 31 и статье 32 требует тщательного рассмотрения вопроса о том, в частности, заняли ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора или руководствуются другими соображениями.

Проект вывода 7. Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования

1) Последующие соглашения и последующая практика согласно пункту 3 статьи 31 и статье 32 могут содействовать 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) Значение последующего соглашения или последующей практики как средства толкования может, в частности, зависеть от их специфики.

Проект вывода 8. Формы и значение последующей практики согласно пункту 3 b) статьи 31

Последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 может принимать различные формы и должна отражать общее понимание участников относительно толкования договора. Ее значение как средства толкования зависит от той степени, в которой она является согласующейся, общей и последовательной.

Проект вывода 9. Соглашение участников относительно толкования договора

1) Не требуется, чтобы соглашение по смыслу пункта 3 a) и b) статьи 31 было достигнуто в какой-либо конкретной форме или чтобы оно имело обязательную силу как таковое.

2) Соглашение по смыслу пункта 3 b) статьи 31 требует общего понимания в отношении толкования договора, о котором известно участникам. Количество участников, которые должны активно осуществлять последующую практику для установления соглашения по смыслу пункта 3 b) статьи 31, может варьироваться. Молчание одного или нескольких участников может означать принятие последующей практики в тех случаях, когда обстоятельства требуют определенной реакции.

3) Общее последующее соглашение или практика не обязательно свидетельствуют о соглашении между участниками относительно толкования договора, но вместо этого может означать их соглашение временно не применять этот договор или создать практический механизм (*modus vivendi*).

Проект вывода 10. Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников

1) Конференцией государств-участников, согласно настоящим проектам выводов, является совещание 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, зависит в первую очередь от договора и применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств такое решение может воплощать в себе последующее соглашение по смыслу пункта 3 a) статьи 31 или приводить к формированию последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31 или статьи 32.

3) Решение, принятое в рамках Конференции государств-участников, воплощает в себе последующее соглашение или последующую практику по смыслу пункта 3 статьи 31 в той мере, в которой оно отражает соглашение по существу между участниками относительно толкования договора, независимо от формы и процедуры принятия решения.

Проект вывода 11. Рамки для толкования последующих соглашений и последующей практики

1) Рамки для толкования последующих соглашений или последующей практики как аутентичных средств толкования по смыслу пункта 3 статьи 31 могут быть широкими.

72. На своем 3209-м заседании 22 мая 2014 года Комиссия передала проекты выводов 6–11, содержащиеся во втором докладе Специального докладчика, в Редакционный комитет.

73. На своем 3215-м заседании 5 июня 2014 года Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке пять проектов выводов (см. раздел С.1 ниже).

74. На своих 3239–3240-м заседаниях 6 августа 2014 года Комиссия приняла комментарии к проектам выводов, принятым в предварительном порядке на нынешней сессии (см. раздел С.2 ниже).

С. Текст проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров, в предварительном порядке принятых Комиссией на ее шестьдесят шестой сессии

1. ТЕКСТ ПРОЕКТОВ ВЫВОДОВ

75. Текст проектов выводов, принятых в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят шестой сессии, приводится ниже.

Вывод 6. Установление последующих соглашений и последующей практики

1. Установление последующих соглашений и последующей практики согласно пункту 3 статьи 31 требует, в частности, определения того, заняли ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора. Как правило, это не происходит в том случае, если участники просто договорились временно не применять договор или договорились создать практический механизм (*modus vivendi*).

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

3. Установление последующей практики согласно статье 32 требует, в частности, определения того, идет ли речь о поведении одного или нескольких участников при применении договора.

Вывод 7. Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования

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

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

3. Предполагается, что участники договора, в силу достигнутого впоследствии соглашения или практики при применении договора, намерены толковать договор, а не вносить в него поправки или изменять его. Возможность внесения поправок

2) Предполагается, что участники договора посредством последующего соглашения или последующей практики намерены толковать договор, а не изменять его. Возможность изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной.

в договор или изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной. Настоящий проект вывода не затрагивает правила о внесении поправок или об изменении договоров в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров и в соответствии с международным обычным правом.

Вывод 8. Значение последующих соглашений и последующей практики как средства толкования

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

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

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

Вывод 9. Соглашение участников относительно толкования договора

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

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

Вывод 10. Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников

1. Конференция государств-участников, 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, зависит в первую очередь от договора и любых применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств такое решение может воплощать в себе, в ясной форме или имплицитно, последующее соглашение по смыслу пункта 3 *a*) статьи 31 или приводить к формированию последующей практики по смыслу пункта 3 *b*) статьи 31 или последующей практики по смыслу статьи 32. Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников, часто предоставляют неэсклюзивный ряд практических вариантов для имплементации договора.

3. Решение, принятое в рамках Конференции государств-участников, воплощает в себе последующее соглашение или последующую практику согласно пункту 3 статьи 31 в той степени, в которой оно отражает соглашение по существу между участниками относительно толкования договора, независимо от формы и процедуры принятия решения, в том числе путем консенсуса.

2. Текст проектов выводов с комментариями к ним, в предварительном порядке принятых Комиссией на ее шестьдесят шестой сессии

76. Текст проектов выводов с комментариями к ним, принятых в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят шестой сессии, приводится ниже.

Вывод 6. Установление последующих соглашений и последующей практики

1. Установление последующих соглашений и последующей практики согласно пункту 3 статьи 31 требует, в частности, определения того, заняли ли участники, в силу соглашения или практики, позицию в отношении толкования договора. Как правило, это не происходит в том случае, если участники просто договорились временно не применять договор или договорились создать практический механизм (*modus vivendi*).

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

3. Установление последующей практики согласно статье 32 требует, в частности, определения того, идет ли речь о поведении одного или нескольких участников при применении договора.

Комментарий

1) Проект вывода 6 призван указать на необходимость установления последующих соглашений и последующей практики, служащих средствами толкования.

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

3) Последующие соглашения согласно пункту 3 *a*) статьи 31 должны быть «относительно толкования договора или применения его положений», а последующая практика согласно пункту 3 *b*) статьи 31 должна относиться к «применению договора» и тем самым устанавливать соглашение «относительно его толкования»⁵³¹. Между понятиями «толкование» и «применение» в пункте 3 статьи 31 не имеется строго определенной взаимосвязи. «Толкование» представляет собой процесс прояснения смысла договора, в том числе одного или нескольких его положений. «Применение» включает в себя поведение, которым осуществляются предусмотренные договором права или выполняются, полностью или частично, обязательства по нему. «Толкование» означает умственный процесс, а «применение» заключается в первую очередь в фактическом поведении (действиях или бездействии). С этой точки зрения эти два понятия могут быть отграничены друг от друга и могут служить разным целям согласно пункту 3 статьи 31 (см. пункты 4)–6) ниже), однако при этом они тесно взаимосвязаны и дополняют друг друга.

⁵³¹ См. проект вывода 4 и комментарий к нему, пункты 16)–19) (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), глава IV, раздел С.2, стр. 19 и далее).

4) Хотя некоторые аспекты «толкования» могут быть не связаны с «применением» договора⁵³², применение договора практически неизбежно предполагает некое толкование – даже когда соответствующая норма на первый взгляд представляется четкой⁵³³. Соответственно, и соглашение или поведение «в отношении толкования» договора, и соглашение или поведение «при применении» договора подразумевают, что участники заняли определенную позицию в отношении толкования договора или такая позиция им присваивается⁵³⁴. Если в случае «последующего соглашения между сторонами относительно толкования договора» согласно пункту 3 а) статьи 31 (первый вариант) участники намеренно придерживаются определенной позиции в отношении толкования договора, то в случае «последующего соглашения относительно... применения его положений» согласно пункту 3 а) статьи 31 (второй вариант) это может проследиваться не так четко⁵³⁵. Занятие позиции в отношении толкования «в силу применения» также подразумевается простыми актами применения договора согласно пункту 3 б) статьи 31, т. е. «каждым дей-

⁵³² Согласно Харашти, толкование заключается «в установлении как смысла текста, так и его назначения», в то время как применение «предполагает уточнение последствий, возникающих для договаривающихся сторон» (G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, p. 18); он, однако, признает, что «[п]равовая норма, в какой бы форме она ни была выражена, не может применяться, если ее содержание не было прояснено» (*ibid.*, p. 15).

⁵³³ «[Harvard] Draft Convention on the Law of Treaties», *Supplement to the AJIL*, vol. 29 (1935), pp. 657 *et seq.*, at pp. 938–939; A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 372; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., Manchester University Press, 1984, p. 116; Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права, доклад Исследовательской группы, окончательно подготовленный Мартти Коскением (A/CN.4/L.682 и Corr.1 [и Add.1]), пункт 423 (размещен на веб-сайте Комиссии, документы пятьдесят восьмой сессии; окончательный текст будет опубликован в приложении к *Ежегоднику... 2006 год*, том II (часть первая)); R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, pp. 27–29 and 213; M.K. Yasseen, «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, p. 47; U. Linderfalk, «Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation», *Netherlands International Law Review*, vol. 54, No. 1 (May 2007), pp. 141–144 and 147; G. Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», *Annuaire français de droit international*, vol. 40 (1994), p. 44; и M. E. Villiger, «The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The "crucible" intended by the International Law Commission» в E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, p. 111.

⁵³⁴ Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску выше), p. 235; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: the Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 162; W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, vol. 84, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1983, pp. 114 and 118; и O. Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», в O. Dörr and K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary*, Berlin, Springer, 2012, pp. 556–557, paras. 80 and 82.

⁵³⁵ Этот второй вариант был включен по предложению Пакистана, однако его область применения и цели так и не были рассмотрены или уточнены, см. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First 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 of the Committee of the Whole, 19 April 1968, p. 168, para. 53.

ствием, совершаемым на основании истолкованного договора»⁵³⁶. Следовательно союз «или» в пункте 3 а) статьи 31 не означает взаимно исключающего соотношения между «толкованием» и «применением».

5) Значимость «применения» договора для целей его толкования состоит, однако, не только в возможности установления той позиции, которую тем самым занимает соответствующее государство в отношении его толкования. Действительно, способ применения договора не только помогает определить его смысл, но и позволяет установить, насколько принятое государствами-участниками толкование «укоренилось» и, соответственно, является более или менее твердо установленным.

6) Следует отметить, что «применение» договора не обязательно отражает ту позицию государства-участника, что такое применение является с правовой точки зрения единственно возможным в соответствии с договором и с учетом обстоятельств (см. проект вывода 7, пункт 1, ниже). Более того, понятие «применение» не исключает определенного поведения со стороны негосударственных субъектов, признаваемого в договоре в качестве формы его применения, которая может быть присвоена его участникам⁵³⁷, и, следовательно, может представлять собой практику, устанавливающую соглашение между участниками. Наконец, правовая значимость того или иного поведения при применении договора не обязательно ограничивается его возможной полезностью для толкования согласно статье 31, но может также способствовать удовлетворению норм о бремени доказывания⁵³⁸ или выполнению условий других норм⁵³⁹.

7) Последующее поведение, которое не обусловлено каким-либо обязательством по договору, не является поведением «при применении договора» или «в отношении» его толкования по смыслу пункта 3 статьи 31. Например, в консультативном заклю-

⁵³⁶ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (см. сноску 534 выше), pp. 164–165 and 167; см. также проекты выводов 1, пункт 4, и 4, пункт 3 (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 18 и 31).

⁵³⁷ См. L. Boisson de Chazournes, «Subsequent practice, practices, and "family-resemblance": towards embedding subsequent practice in its operative milieu», в G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, pp. 53 *et seq.*, at pp. 54, 56 and 59–60.

⁵³⁸ При рассмотрении дела *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011*, p. 70, at p. 117, para. 105, Международный Суд не согласился с тем, что определенное поведение (заявления) отвечало требованиям доказывания в отношении соблюдения Российской Федерацией своих обязательств по Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации в период с 1999 года по июль 2008 года, в частности потому, что данное поведение, как было установлено, не было связано конкретно с Конвенцией. По мнению судьи Симмы, требования доказывания были удовлетворены в определенной степени, см. особое мнение судьи Симмы, *ibid.*, pp. 199–223, paras. 23–57.

⁵³⁹ При рассмотрении дела *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, Международный Суд проанализировал последующую практику не только в контексте толкования договора, но и в контексте приобретательной давности (см. pp. 1092–1093, para. 71, p. 1096, para. 79, and p. 1105, para. 97).

чении по делу *Определенные расходы Организации Объединенных Наций* некоторые судьи усомнились в том, что продолжение уплаты государствами – членами Организации Объединенных Наций своих членских взносов означает согласие с определенной практикой организации⁵⁴⁰. В этой связи судья Фитцморис сформулировал широко известное предостережение, в соответствии с которым «[а]ргумент, выведенный из практики и доведенный до абсурда, начинает вызывать вопросы»⁵⁴¹. По мнению Фитцмориса, «исходя лишь из факта уплаты государствами-членами взносов, вряд ли можно сделать вывод о том, что они при этом каждый раз признают позитивное юридическое обязательство поступать таким образом»⁵⁴².

8) Аналогичным образом при рассмотрении дела *Делимитация морских пространств и территориальные вопросы между Катаром и Бахрейном* Международный Суд установил, что усилия участников Соглашения 1987 года (о представлении спора в юрисдикцию Суда), направленные на заключение дополнительного специального соглашения (которое оговаривало бы предмет спора), не означают, что стороны действительно считали заключение такого дополнительного соглашения необходимым условием для установления юрисдикции Суда⁵⁴³.

9) Другой пример добровольной практики, не предназначенной служить практикой «при применении» или «в отношении толкования» договора, касается предоставления «дополнительной защиты» в контексте права беженцев. Лица, которые получают отказ в статусе беженца, нередко тем не менее получают «дополнительную защиту», эквивалентную защите по Конвенции. Вместе с тем государства, предоставляющие дополнительную защиту, не считают ее действиями «при применении» Конвенции или «в отношении ее толкования»⁵⁴⁴.

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

соглашение или практика приобретает в плане его толкования согласно пункту 3 а) и b) статьи 31⁵⁴⁵.

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

12) Целый ряд примеров вытекает из практики Международного Суда. В одном случае Суд счел, что «совместное коммюнике министров» двух государств не «относится к договорным основаниям права на свободное судоходство», поскольку «существует вероятность того, что устанавливаемые ими механизмы сотрудничества будут пересматриваться по желанию сторон»⁵⁴⁶. С другой стороны, Суд также пришел к выводу, что отсутствие определенных утверждений относительно толкования договора или определенных форм его применения представляет собой практику, указывающую на правовую позицию участников, согласно которой ядерное оружие не запрещается в соответствии с различными договорами, касающимися отравляющих средств⁵⁴⁷. В любом случае конкретную значимость коллективного выражения мнений участниками можно определить, только тщательно рассмотрев вопрос о том, призвано ли оно являться выражением мнений «в отношении толкования» договора и в какой степени. В соответствии с этим по делу *Китобойный промысел в Антарктике* Суд установил, что «соответствующие решения и Руководящие принципы [Международной китобойной комиссии], которые были одобрены на основе консенсуса, содержат рекомендацию государствам-участникам принимать во внимание вопрос о том, насколько исследовательские задачи могут с практической и научной точки зрения выполняться путем использования несмертельных методов исследований, однако они не устанавливают требования о том, чтобы смертельные методы использовались лишь при отсутствии других методов»⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Относительно «весомости» соглашения или практики как средства толкования см. проект вывода 8; пример необходимости и нередко трудности отграничения конкретного поведения участников в отношении толкования договора от событий более общего плана можно найти в *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, pp. 3 et seq., at pp. 41–58, paras. 103, 104–117 and 118–151; см. также сноску 533 выше.

⁵⁴⁶ *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* (сноска 539 выше), at p. 1091, para. 68. В данном случае, по мнению Суда, одна из сторон не учла, что определенные формы практического сотрудничества имеют правовую значимость в контексте рассматриваемого вопроса о границе, и в силу этого была не согласна с противоположной позицией другой стороны.

⁵⁴⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 248, paras. 55–56; см. также *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment of 12 December 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 815, para. 30; и Gardiner, *Treaty Interpretation* (сноска 533 выше), pp. 232–235.

⁵⁴⁸ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, pp. 226 et seq., at p. 257, para. 83.

⁵⁴⁰ *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, I.C.J. Reports 1962, p. 151, at pp. 201–202 (особое мнение судьи Фитцмориса) and pp. 189–195 (особое мнение судьи Шпендера).

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 201.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 6, at p. 76, para. 28.

⁵⁴⁴ См. А. Skordas, «General provisions: article 5», в А. Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, 2011, p. 682, para. 30; и J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press, 2007, p. 21.

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

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

...

68. Кроме того, Трибунал отмечает, что изложенное в пункте 66 выше толкование согласуется с последующей практикой сторон при применении Алжирских соглашений, и особенно с поведением Соединенных Штатов Америки. Подобная практика, в соответствии с пунктом 3 b) статьи 31 Венской конвенции, должна приниматься во внимание при толковании договора. В сообщении от 26 марта 1981 года, информирующем Иран о невозможности одобрить вывоз товаров оборонного назначения, Соединенные Штаты Америки напрямую указали, что «Ирану, насколько это возможно, будет возмещена стоимость оборудования»⁵⁴⁹.

Данная позиция подверглась критике судьей Хольцманом в его особом мнении:

Последующее поведение государства-участника служит надлежащим основанием для истолкования договора, только если поведение было со всей очевидностью мотивировано самим договором. В данном случае не имеется никаких доказательств и даже доводов в пользу того, что готовность Соединенных Штатов Америки оплатить Ирану стоимость его имущества была продиктована осознанием обязательства, накладываемого Пунктом 9. Такое поведение было бы равноценно признанию контрактного обязательства произвести оплату. В отсутствие каких-либо указаний на то, что поведение было мотивировано договором, ссылаться на данное поведение при истолковании договора неправильно⁵⁵⁰.

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

14) Кроме того, в некоторых случаях факт выбора участниками определенной позиции в отношении толкования договора может быть установлен исходя из характера договора или конкретного положения⁵⁵¹. Хотя последующая практика при применении дого-

вора нередко включает в себя поведение различных органов государства (исполнительных, законодательных, судебных и других), сознательно применяющих договор на различных уровнях (внутреннем и международном), Европейский суд по правам человека, например, как правило, не рассматривает конкретно вопрос о том, осуществлялась ли такая или иная практика «в отношении толкования» Европейской конвенции по правам человека⁵⁵². Так, при описании внутренней правовой ситуации в государствах-участниках Суд редко задается вопросом о том, является ли данная правовая ситуация результатом законодательного процесса, в ходе которого обсуждались возможные требования Конвенции. Вместо этого Суд исходит из того, что, принимая законы или предпринимая другие конкретные действия, государства-участники помнят о своих обязательствах по Конвенции и что их образ действий отражает понимание ими своих обязательств⁵⁵³. Межамериканский суд по правам человека также в ряде случаев рассматривал законодательную практику в качестве средства толкования⁵⁵⁴. В одном случае Европейский суд по правам человека так же, как и Международный Суд, даже пришел к выводу о том, что «отсутствие какого-либо предположения» участников относительно определенного толкования Конвенции может указывать на занятие ими позиции в отношении толкования договора⁵⁵⁵.

15) Статья 118 Женевской конвенции 1949 года об обращении с военнопленными (Конвенция III) гласит, что «[в]оеннопленные освобождаются и репатрируются тотчас же по прекращении военных действий». Желание военнопленного отказаться от репатриации было намеренно не указано государствами-участниками в качестве значимого соображения, чтобы избежать злоупотреблений со стороны государств, ссылающихся на волю военнопленных в целях затягивания репатриации⁵⁵⁶. Однако МККК всегда ставил

⁵⁵² См., например, *Soering v. the United Kingdom*, Application no. 14038/88, Judgment of 7 July 1989, European Court of Human Rights, *Series A*, No. 161, para. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, Application no. 7275/76, Judgment of 22 October 1981, European Court of Human Rights, *Series A*, No. 45, para. 60; *Demir and Baykara v. Turkey*, Application no. 34503/97, Judgment of 12 November 2008 (on the merits and on just satisfaction), Grand Chamber, European Court of Human Rights, *Reports of Judgments and Decisions* 2008, para. 48; однако для сравнения с *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Application nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment of 4 February 2005, Grand Chamber, European Court of Human Rights, *Reports of Judgments and Decisions* 2005-I, para. 146; и *Cruz Varas and Others v. Sweden* (см. сноску 106 выше), para. 100.

⁵⁵³ См. сноску 552 выше; см. далее *Marckx v. Belgium*, Application no. 6833/74, Judgment of 13 June 1979, European Court of Human Rights, *Series A*, No. 31, para. 41; *Jorgic v. Germany*, Application no. 74613/01, Judgment of 12 July 2007, European Court of Human Rights, *Reports of Judgments and Decisions* 2007-III, para. 69; и *Mazurek v. France*, Application no. 34406/97, Judgment of 1 February 2000, European Court of Human Rights, *Reports of Judgments and Decisions* 2000-II, para. 52.

⁵⁵⁴ См., например, *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, Judgment of 21 June 2002 (Merits, Reparations and Costs, Judgment), Inter-American Court of Human Rights, *Series C*, No. 94, para. 12.

⁵⁵⁵ *Banković and Others v. Belgium and Others*, Application no. 52207/99, Decision on Admissibility, Grand Chamber, European Court of Human Rights, *Reports of Judgments and Decisions* 2001-XII, para. 62.

⁵⁵⁶ См. C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, Zurich, Schulthess, 1977,

⁵⁴⁹ *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Partial Award No. 382-B1-FT of 31 August 1988, Iran–United States Claims Tribunal, *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19 (1988-II), pp. 273 *et seq.*, at pp. 294–295. Относительно Алжирских соглашений, и в частности Декларации правительства Алжирской Народной Демократической Республики об урегулировании претензий правительства Соединенных Штатов Америки и правительства Исламской Республики Иран от 19 января 1981 года, см. ILM, vol. 20, No. 1 (1981), pp. 230 *et seq.*

⁵⁵⁰ Особое мнение судьи Хольцмана, которое частично совпадает, а частично расходится, *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Partial Award No. 382-B1-FT (см. сноску 549 выше), p. 304.

⁵⁵¹ См. второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/671), пункт 15.

условием своего участия в репатриации уважение государствами воли военнопленного, не желающего ей подвергаться⁵⁵⁷. Вместе с тем данный подход в той мере, в какой он нашел свое отражение в практике государств-участников, вовсе не обязательно означает, что в статье 118 следует усматривать требование о том, чтобы репатриация военнопленного не происходила против его воли. В Исследовании МККК по международному обычному гуманитарному праву в комментарии к правилу 128 А приводится осторожное замечание:

Согласно четвертой Женевской конвенции, покровительствуемое лицо ни в коем случае не может быть передано в страну, «в которой оно могло бы опасаться преследований в связи со своими политическими или религиозными убеждениями» [статья 45, пункт 4, Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны (Конвенция IV)]. Хотя аналогичного положения не содержится в третьей Женевской конвенции, с 1949 года сложилась практика, при которой в ходе каждой репатриации, осуществляемой при нейтральном посредничестве МККК, стороны, находящиеся в конфликте, будь то международного или немеждународного, соглашались с условиями участия МККК, включающими возможность для МККК до момента репатриации (или, в случае немеждународного вооруженного конфликта, освобождения), путем конфиденциального собеседования с затрагиваемыми лицами, удостовериться в их желании репатрироваться (или освободиться)⁵⁵⁸.

16) Из приведенной формулировки вытекает, что практика учета государствами волеизъявления военнопленного ограничивается случаями, в которых участвует МККК и в отношении которых данная организация выдвинула такое условие. Государства сделали другие выводы из этой практики⁵⁵⁹. Изданное в 2004 году Руководство по праву вооруженных конфликтов Соединенного Королевства гласит:

Более спорным является вопрос о том, *должны ли* военнопленные подвергаться репатриации даже против своей воли. Недавняя практика государств указывает на то, что этого делать не следует. Политика Соединенного Королевства состоит в том, что военнопленных не следует репатриировать против их воли⁵⁶⁰.

17) Сочетание слов «должны» и «следует» указывает на то, что Соединенное Королевство, как и другие государства, не усматривают в последующей практике свидетельств такого толкования договора, в соответствии с которым волеизъявление военнопленного должно учитываться всегда⁵⁶¹.

pp. 145–156 and pp. 171–175; см. в общем плане относительно обязанности репатриировать, S. Krähenmann, «Protection of prisoners in armed conflict», в D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2013, pp. 409–410.

⁵⁵⁷ Тем самым своим участием МККК стремится достичь уязки между интересами быстрой репатриации и уважением воли военнопленных (см. Krähenmann (сноска 556 выше), pp. 409–410).

⁵⁵⁸ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, *Rules*, Cambridge, ICRC and Cambridge University Press, 2005, p. 455.

⁵⁵⁹ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice*, Cambridge, ICRC and Cambridge University Press, 2005, pp. 2893–2894, paras. 844–855, а также обновленные данные в сети по Австралию, Израилю, Испании и Нидерландам, размещены на веб-сайте www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_section D.

⁵⁶⁰ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2004, p. 205, para. 8.170.

⁵⁶¹ В Руководстве Соединенных Штатов речь идет только о волеизъявлении больных и раненых военнопленных, см. Henckaerts and

18) Данные выше примеры из судебной практики и практики государств обосновывают необходимость тщательного выявления и толкования последующего соглашения и последующей практики, в частности вопроса о том, занимают ли стороны, в силу соглашения или практики, ту или иную позицию в отношении толкования договора или же они мотивируются другими соображениями⁵⁶².

19) Второе предложение пункта 1 всего лишь иллюстративно. В нем указывается два вида случаев, которые необходимо отличать от практики, касающейся толкования договора.

20) Общая последующая практика не обязательно указывает на соглашение между сторонами в отношении толкования договора, но может, напротив, означать их соглашение временно не применять договор⁵⁶³ или же соглашение о практическом механизме (*modus vivendi*)⁵⁶⁴. Следующие ниже примеры являются иллюстративными.

21) Статья 7 Женевской конвенции от 22 августа 1864 года об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях предусматривает, что «[о]тличительный и форменный флаг должен быть принят для госпиталей, медицинских пунктов и групп эвакуации. ...Флаг... должен иметь красный крест на белом фоне»⁵⁶⁵. В ходе Русско-турецкой войны 1876–1878 годов Османская империя объявила, что в будущем она будет использовать для обозначения своих медицинских пунктов красный полумесяц на белом фоне, уважая при этом знак красного креста, защищающий медицинские пункты неприятеля, и заявила, что отличительный знак Конвенции «в настоящее время препятствовал [Турции] в осуществлении своих прав согласно Конвенции, поскольку он оскор-

Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (сноска 559 выше), pp. 2893–2894, paras. 844–855; однако после второй войны в Персидском заливе практика Соединенных Штатов заключалась в предоставлении МККК возможности установить волю военнопленного и действовать в соответствии с этим (United States of America, Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*, United States Government Printing Office, 1992, pp. 707–708.

⁵⁶² См. второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/671), пункты 11–18. См. также L. Crema, «Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention», в Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (сноска 537 выше), pp. 25–26.

⁵⁶³ См. второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/671), пункт 71.

⁵⁶⁴ См. *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (сноска 546 выше), at pp. 234–235, para. 40; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment of 20 April 2010*, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at pp. 65–66, paras. 138–140; J. Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», в Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (сноска 537 выше), p. 32; другой пример см. во втором докладе Специального докладчика (A/CN.4/671), пункт 72; и J.R. Crook (ed.), «Contemporary practice of the United States relating to international law», AJIL, vol. 105, No. 4 (2011), pp. 809–812.

⁵⁶⁵ Женевская конвенция от 22 августа 1864 года об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (принята 22 августа 1864 года, вступила в силу 22 июня 1865 года).

бляет чувства солдат-мусульман»⁵⁶⁶. Это заявление повлекло за собой переписку между Османской империей, Швейцарией (в качестве депозитария) и другими участниками, которая привела к признанию красного полумесяца только на период продолжительности конфликта⁵⁶⁷. На Гаагских мирных конференциях в 1899 году и 1907 году и в ходе Женевской конференции по пересмотру Конвенции в 1906 году Османская империя, Персия и Сиам безуспешно просили включить красный полумесяц, красного льва и солнце и красное пламя в Конвенцию⁵⁶⁸. Однако Османская империя и Персия по крайней мере добились принятия «оговорок», заявленных ими с этой целью в 1906 году⁵⁶⁹. Такое принятие оговорок Османской империи и Персии в 1906 году не означало, однако, что участники согласились с тем, что Женевская конвенция от 22 августа 1864 года об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях интерпретировалась каким-либо особым образом до 1906 года в силу последующей не встретившей возражения практики. Практика Османской империи и Персии, скорее, считалась, по крайней мере до 1906 года, не охватываемой Конвенцией 1864 года, однако она была признана временной и чрезвычайной мерой, оставившей общее договорное обязательство неизменным.

22) Цель пункта 2 проекта вывода 6 заключается в том, чтобы признать те разнообразные формы, которые последующие соглашения и последующая практика могут принять в соответствии с подпунктами *a*) и *b*) пункта 3 статьи 31. Комиссия признала, что последующая практика согласно подпункту *b*) пункта 3 статьи 31 представляет собой любое «поведение» при применении договора, включая в некоторых обстоятельствах бездействие, которое может способствовать установлению соглашения о толковании договора⁵⁷⁰. В зависимости от конкретного договора это включает не только поведение, ориентированное вовне, такое как официальные акты, заявление и голосование на международном уровне, но и внутренние законодательные, исполнительные и судебные акты и может даже включать практику негосударственных субъектов, которая может быть присвоена одному или более государству-участнику и которая относится к сфере того, что договор усматривает как формы его

⁵⁶⁶ *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, No. 29, January 1877, pp. 35–37, цитируется в F. Bugnion, *The Emblem of the Red Cross: a Brief History*, Geneva, ICRC, 1977, pp. 15–16.

⁵⁶⁷ *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, No. 31, July 1877, p. 89, цитируется в Bugnion (см. предыдущую сноску), p. 18.

⁵⁶⁸ Bugnion, *ibid.*, pp. 19–31.

⁵⁶⁹ К которым присоединился Египет после присоединения в 1923 году, см. Bugnion, *ibid.*, pp. 23–26. Только в связи с пересмотром Женевских конвенций в 1929 году — когда Египет, Персия и Турция заявили, что использование других эмблем стало *fait accompli* и что эти эмблемы использовались на практике, не вызывая каких-либо возражений, — красный полумесяц и красный лев и солнце, наконец были признаны в качестве отличительного знака в статье 19 Женевской конвенции об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (1929).

⁵⁷⁰ Комментарий к проекту вывода 4, пункты 16)–19) (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), глава IV, стр. 34–35).

применения⁵⁷¹. Таким образом, индивидуальное поведение, которое может вносить вклад в последующую практику согласно подпункту *b*) пункта 3 статьи 31, не должно удовлетворять каким-либо конкретным формальным критериям⁵⁷².

23) Последующая практика на международном уровне не обязательно должна быть совместным поведением⁵⁷³. Может оказаться достаточно лишь параллельного поведения. Действительно ли параллельное поведение выражает достаточное общее понимание (соглашение) в отношении толкования договора в данном случае (см. проект вывода 9, пункт 1) ниже) — это отдельный вопрос⁵⁷⁴. Последующие соглашения могут быть обнаружены в юридически обязательных договорах, а также в необязательных правовых актах, таких как меморандумы о договоренности⁵⁷⁵. Последующие соглашения также можно найти в известных решениях конференции государств-участников (см. проект вывода 10, пункты 1, 2 и 3 ниже).

24) Пункт 3 проекта выводов предусматривает, что, устанавливая последующую практику согласно статье 32, толкователь должен определить, в частности, является ли поведение одной или более сторон применением договора⁵⁷⁶. Комиссия решила рассмотреть такую «другую последующую практику» (см. проект вывода 4, пункт 3)⁵⁷⁷ в рамках статьи 32 в отдельном пункте по соображениям ясности анализа (см. ниже проект вывода 7, пункт 2, и проект вывода 8, пункт 3), однако тем самым она не желает поставить под вопрос единство процесса толкования. Соображения, которые относятся к выявлению последующих соглашений и последующей практики согласно подпунктам *a*) и *b*) пункта 3 статьи 31, также применяются *mutatis mutandis* к установлению «другой последующей практики» согласно статье 32. Таким образом, соглашение между менее чем всеми участниками договора в отношении толкования договора или его применения представляет собой последующую практику согласно статье 32.

⁵⁷¹ См., например, комментарий к проекту вывода 5, там же, стр. 38–42; Boisson de Chazournes, «Subsequent practice...» (сноска 537 выше), pp. 54, 56 and 59–60; Gardiner, *Treaty Interpretation* (сноска 533 выше), pp. 228–230; см. также *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (сноска 545 выше), pp. 41–45, paras. 103–111, and pp. 48–49, paras. 119–122, and p. 50, para. 126; и Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (сноска 534 выше), pp. 555–556, para. 78.

⁵⁷² Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 533 выше), pp. 226–227.

⁵⁷³ *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. 32; и *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 539 выше), p. 1213, para. 17 (несогласное мнение судьи Парры-Арангурена).

⁵⁷⁴ *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; однако см. *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18, at p. 84, para. 117, где Суд признал уступки, предоставленные сторонами спора, свидетельством их неявного соглашения; см. также *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (сноска 545 выше).

⁵⁷⁵ Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 533 выше), pp. 244 and 250.

⁵⁷⁶ См. пункты 1)–4) настоящего комментария выше; см. также второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/671), пункты 3–5.

⁵⁷⁷ *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 18–19.

25) Пример практического механизма – меморандум о взаимопонимании между министерством транспорта Соединенных Штатов Америки и министерством связи и транспорта Мексиканских Соединенных Штатов о международных грузовых автомобильных перевозках через границу от 6 июля 2011 года⁵⁷⁸. В меморандуме о взаимопонимании не упоминается Канада, третья участница Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА); в нем указывается, что оно «не затрагивает права и обязанности Мексиканских Соединенных Штатов в соответствии с НАФТА». Эти обстоятельства указывают на то, что меморандум о взаимопонимании не притязает на то, чтобы считаться соглашением в отношении толкования НАФТА согласно подпункту *a*) или *b*) пункта 3 статьи 31, а скорее по-прежнему является ограниченной практической договоренностью между ограниченным числом участников, которая может быть оспорена другими участниками или судебной или квазисудебной институцией.

Вывод 7. Возможные последствия последующих соглашений и последующей практики в плане толкования

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

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

3. Предполагается, что участники договора, в силу достигнутого впоследствии соглашения или практики при применении договора, намерены толковать договор, а не вносить в него поправки или изменять его. Возможность внесения поправки в договор или изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной. Настоящий проект вывода не затрагивает правила о внесении поправки или об изменении договоров в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров и в соответствии с международным обычным правом.

Комментарий

1) В проекте выводов 7 рассмотрены возможные последствия последующих соглашений и последующей практики для толкования договора. Цель

⁵⁷⁸ Crook (ed.), «Contemporary practice of the United States...» (см. сноску 564 выше), pp. 809–812; см. также: Mexico, *Diario Oficial de la Federación* (7 July 2011), *Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América.*

этого – указать, как последующие соглашения и последующая практика могут содействовать прояснению смысла договора. В пункте 1 подчеркивается, что последующее соглашение и последующая практика должны рассматриваться в их взаимодействии с другими средствами толкования (см. проект вывода 1, пункт 5)⁵⁷⁹. Поэтому сами по себе они необязательно имеют решающий характер.

2) Последующие соглашения и последующая практика, как и все средства толкования, могут иметь разные последствия для интерактивного процесса толкования договора, который заключается в определении надлежащего места в любом конкретном случае различных средств толкования в рамках «единой комбинированной операции»⁵⁸⁰. Учет последующих соглашений и последующей практики в силу статей 31, пункт 3, и 32 может, таким образом, способствовать уточнению смысла договора⁵⁸¹ в плане сужения (конкретизации) возможных смыслов конкретного термина или положения или сферы действия договора в целом (см. пункты 4), 6)–7), 10) и 11) ниже). В ином случае такой их учет может способствовать уточнению в смысле подтверждения более широкого толкования. Наконец, он может способствовать уяснению диапазона возможных толкований, имеющихся в распоряжении участников, включая возможность осуществления участниками усмотрения согласно договору (см. пункты 12)–15) ниже).

3) Международные суды и трибуналы обычно выстраивают свою аргументацию в конкретном деле с определения «обычного значения» терминов договора⁵⁸². Последующие соглашения и последующая практика по большей части появляются в их аргументации на более поздней стадии, когда суды спрашивают, подтверждает ли такое поведение или изменяет ли оно результат, полученный в итоге первоначального толкования обычного смысла (или с помощью других средств толкования)⁵⁸³. Если стороны не желают передать обычный смысл термина, а скорее желают передать особый смысл в значении пункта 4 статьи 31, последующие соглашения и последующая практика проясняют такой особый смысл. Следующие

⁵⁷⁹ Комментарий к проекту вывода 1, пункт 5, пункты 12)–15) (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 22–23).

⁵⁸⁰ Там же.

⁵⁸¹ Эта терминология следует терминологии руководящего положения 1.2 (Заявление о толковании) Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам, принятого Комиссией на ее шестьдесят третьей сессии: «"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. 56–57); см. также там же, комментарий к руководящему положению 1.2, стр. 60–61, пункт 18).

⁵⁸² Комментарий к проекту вывода 1, пункт 14) (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 22–23); *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 4, at p. 8.

⁵⁸³ 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; и *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (сноска 546 выше), p. 290 (заявление судьи ad hoc Гийома).

примеры⁵⁸⁴ иллюстрируют то, каким образом последующие соглашения и последующая практика как средства толкования могут способствовать, взаимодействуя с другими средствами в процессе толкования, прояснению смысла договора.

4) Последующие соглашения и последующая практика могут помочь выявить «обычное значение» данного термина, подтвердив узкое толкование различных возможных нюансов его значения. Это имело место, например⁵⁸⁵, в консультативном заключении по делу *Законность угрозы ядерным оружием или его применения*, где Международный Суд установил, что выражения «боевые яды или отравляющие вещества»,

как они понимаются в практике государств в их обычном значении, – это виды оружия, главная или даже исключительная цель применения которых заключается в отравлении или удушении. Эта практика является ясной, и стороны этих документов не рассматривают их как относящиеся к ядерному оружию⁵⁸⁶.

5) С другой стороны, последующая практика может помещать уточнению значения общего термина, сводящему его к одному из нескольких возможных значений⁵⁸⁷. Например, в *Деле, касающемся прав граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко*, Суд заявил:

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

С учетом этих обстоятельств Суд считает, что в статье 95 [Генерального акта Альхесирасской международной конференции] не излагается строго действующая норма по спорному вопросу. Она требует более гибкого толкования, чем любое из тех, которые соответственно были предложены сторонами в данном деле⁵⁸⁸.

6) Разные формы практики могут способствовать как узкому, так и широкому толкованию разных терминов в одном и том же договоре⁵⁸⁹.

7) Договор должен толковаться в соответствии с обычным значением его терминов «в их контексте» (статья 31, пункт 1). Последующие соглашения и последующая практика во взаимодействии с этим конкретным сред-

⁵⁸⁴ Дополнительные примеры см. в G. Nolte, «Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time», в Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (сноска 537 выше), pp. 210–306.

⁵⁸⁵ См. также *Oil Platforms, Preliminary Objection, Judgment of 12 December 1996* (сноска 547 выше), p. 815, para. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 275, at pp. 306–307, para. 67; и *Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations* (сноска 582 выше), p. 9.

⁵⁸⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 547 выше), p. 248, para. 55.

⁵⁸⁷ *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at p. 25.

⁵⁸⁸ *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of 27 August 1952, I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 211.

⁵⁸⁹ См., *mutatis mutandis, Certain expenses of the United Nations* (сноска 540 выше), p. 151, где Международный Суд толковал термин «расходы» в широком смысле, а «действия» – в узком смысле в свете последующей практики Организации Объединенных Наций, at pp. 158–161 («expenses») and pp. 164–165 («action»).

ством толкования могут также способствовать выявлению более узкого или более широкого толкования термина договора⁵⁹⁰. Так, в *Консультативном заключении о Межправительственной морской консультативной организации (ИМКО)* Международный Суд должен был определить значение выражения «восемь... государств, обладающих наибольшим флотом» согласно статье 28, подпункт а), Конвенции о международной морской организации. Поскольку эта концепция – «государство, обладающее наибольшим флотом» – допускала разные толкования (такие, как определения по «регистрационному тоннажу» или по «государственной принадлежности владельца») и поскольку не имелось соответствующей практики организации или ее членов в соответствии со статьей 28, подпункт а), как таковой, Суд обратился к практике согласно другим положениям Конвенции и заключил, что

[и]спользование критерия регистрационного тоннажа для придания силы различным положениям Конвенции... убедило Суд в том, что маловероятно, что, когда [статья 28 а)] разрабатывалась и инкорпорировалась в текст Конвенции, предусматривалось, что какой-либо иной критерий, помимо регистрационного тоннажа, должен определять страны, располагающие наиболее крупными флотами⁵⁹¹.

8) Вместе с текстом и контекстом в пункте 1 статьи 31 важное значение при толковании придается «объекту и цели»⁵⁹². Последующие соглашения и последующая практика могут также способствовать уточнению объекта и цели договора⁵⁹³ или согласовывать ссылки на «объект и цель» договора с другими средствами толкования.

9) Так, в делах *Делимитация морских пространств в районе между Гренландией и Ян-Майеном*⁵⁹⁴ и *Нефтяные платформы*⁵⁹⁵ Международный Суд уточнил объект и цель двусторонних договоров, сославшись на последующую практику участников. А в деле *Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией* Суд заключил:

⁵⁹⁰ 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.

⁵⁹¹ *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 pp. 167–169; также *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland–United Kingdom), Dispute Concerning Access to Information Under Article 8 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.

⁵⁹² Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 533 выше), pp. 190 and 198.

⁵⁹³ *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; R. Higgins, «Some observations on the inter-temporal rule in international law», в J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer, 1996, p. 180; Distefano (сноска 533 выше), pp. 52–54; и Crema (сноска 562 выше), p. 21.

⁵⁹⁴ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993*, pp. 38 *et seq.*, at pp. 50–51, para. 27.

⁵⁹⁵ *Oil Platforms, Preliminary Objection, Judgment of 12 December 1996* (сноска 547 выше), p. 813, para. 27, and p. 815, para. 30.

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 [Организации Объединенных Наций]⁵⁹⁶.

10) Практика государств, кроме как в судебных или квазисудебных контекстах, подтверждает, что последующие соглашения и последующая практика могут не только способствовать уточнению значения термина в смысле сужения возможных значений прав и обязанностей согласно договору, но и указывать также на более широкий круг допустимых толкований или на известные пределы осуществления усмотрения, которое договор предоставляет государствам⁵⁹⁷.

11) Если термины статьи 5 Конвенции о международной гражданской авиации 1944 года в своем обычном значении, по-видимому, не требуют получения разрешения на посадку чартерного рейса после вылета, то длительная практика государств, требующих такого разрешения, привела к общему признанию того, что эта норма должна толковаться как требующая разрешения⁵⁹⁸. Другой случай – статья 22, пункт 3, Венской конвенции о дипломатических сношениях, где предусматривается, что средства передвижения, используемые представительством, пользуются иммунитетом от обыска, реквизиции, ареста и исполнительных действий. Хотя правоприменительные меры полиции в отношении дипломатического имущества, как правило, встретят протесты государств⁵⁹⁹, эвакуация дипломатических автомобилей, нарушивших местные правила дорожного движения и стоянки, в целом рассматривается как допустимая на

⁵⁹⁶ См. также *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment* (сноска 585 выше), п. 306, пара. 67.

⁵⁹⁷ Это означает не то, что могут существовать различные возможные толкования договора, а лишь то, что договор может предоставлять участникам возможность выбора из ряда различных допустимых актов, см. Gardiner, *Treaty Interpretation* (сноска 533 выше), pp. 30–31 and p. 111, где цитируется палата лордов в *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] 2 AC 477: «Необходимо определить самостоятельное значение соответствующей нормы договора... Из этого следует, что, как и в случае других многосторонних договоров, в Конвенции о статусе беженцев необходимо усматривать независимое значение, выводимое из источников, указанных в статьях 31 и 32 [Венской конвенции], без учета специфики различных моментов правовой системы любого отдельного государства-участника. Поэтому в принципе возможно лишь одно правильное толкование договора... На практике в случае существенных разногласий по вопросу толкования их разрешение оставлено на усмотрение национальных судов. Однако при этом он должен стремиться найти, будучи свободен от понятий правовой культуры своего государства, действительное самостоятельное международное значение договора. И действительное значение может быть только одно», at pp. 515–517 (лорд Стейн).

⁵⁹⁸ S.D. Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», в Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (см. сноску 537 выше), p. 85; и A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2013, p. 215.

⁵⁹⁹ E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd ed., Oxford University Press, 2008, pp. 160–161; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Brussels, Bruylant, 1994, pp. 207–208, para. 315.

практике⁶⁰⁰. Такая практика указывает на то, что, хотя штрафные санкции в отношении дипломатических транспортных средств запрещены, автомобили могут быть остановлены или вывезены, если оказывается, что они создают неминуемую угрозу или препятствие для транспорта и/или общественной безопасности⁶⁰¹. В этом смысле значение термина «исполнительные действия» и, таким образом, объем защиты, предоставляемой средствам передвижения, конкретизируется последующей практикой участников.

12) Другой возможный пример касается статьи 12 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года (Протокола II) 1977 года, где устанавливается следующее:

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

Хотя термин «предусматривается» предполагает обязательность для государств использования отличительной эмблемы, выделяющей медицинский персонал и санитарно-транспортные средства при всех обстоятельствах, последующая практика указывает на то, что государства могут обладать известным усмотрением в отношении ее применения⁶⁰². Поскольку в последние годы вооруженные группы целенаправленно совершали нападения на санитарные конвои, которые были легко отличимы благодаря защитной эмблеме, в известных обстоятельствах государства воздерживались от обозначения таких конвоев отличительной эмблемой. Отвечая в парламенте на вопрос о его практике в Афганистане, правительство Германии заявило:

Как и все страны, предоставившие контингенты для МССБ, Федеральные вооруженные силы столкнулись с тем, что специально обозначенные санитарные транспортные средства избираются в качестве цели. В ряде случаев такие санитарные подразделения и транспортные средства, явно отличимые как таковые благодаря их защитным эмблемам, даже выбирались в качестве

⁶⁰⁰ См., например, Australia, Department of Foreign Affairs and Trade, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (<http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Documents/A21.pdf>); Iceland, Protocol Department Ministry of Foreign Affairs, *Diplomatic Handbook*, p. 14 (https://www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf); Соединенное Королевство, см. заявление парламентского заместителя государственного секретаря Министерства внутренних дел (лорда Элтона) в палате лордов, HL Deb, 12 December 1983, vol. 446 cc3-8; United States, см. M. Nash, «Contemporary practice of the United States relating to international law», AJIL, vol. 88, No. 2 (April 1994), pp. 312–313.

⁶⁰¹ Denza (см. сноску 599 выше), p. 160; и M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2nd ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 70.

⁶⁰² S.-S. Junod et al. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Protocol II)*, Geneva, ICRC, 1987, p. 1440, paras. 4742–4744; и H. Spieker, «Medical transportation», в R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford University Press, 2012, pp. 54–55, paras. 7–12 (размещен на веб-сайте <http://opil.ouplaw.com/home/MPIL>). См. также менее обязывающее употребление в будущем времени во французской версии – «sera arboré».

предпочтительных целей. Поэтому Федеральные вооруженные силы вместе с Бельгией, Францией, Соединенным Королевством, Канадой и США решили в рамках МССБ закрыть защитную эмблему на санитарных транспортных средствах⁶⁰³.

13) Такая практика государств может подтверждать толкование статьи 12, в соответствии с которым общая обязанность использования защитной эмблемы⁶⁰⁴ в исключительных обстоятельствах оставляет участникам определенную свободу усмотрения.

14) Положение договора, которое предоставляет государствам, на первый взгляд, безусловное право, может вызвать вопрос о том, ограничивается ли такое усмотрение целью данной нормы. Например, в соответствии со статьей 9 Венской конвенции о дипломатических сношениях государство пребывания может, не будучи обязано мотивировать свое решение, уведомить аккредитующее государство, что какой-либо из членов персонала представительства является *persona non grata*. Государство направляет такие уведомления в основном в тех случаях, когда члены дипломатического персонала представительства были изобличены в шпионской деятельности или подозревались в ней, либо совершили другие серьезные нарушения законодательства принимающего государства, либо вызвали серьезные политические осложнения⁶⁰⁵. Однако государства делали такие заявления в других обстоятельствах, например, когда дипломатические представители причиняли серьезный ущерб третьей стороне⁶⁰⁶ или неоднократно совершали нарушение закона⁶⁰⁷ либо даже на основании своего законодательства о запрете управления транспортными средствами в нетрезвом состоянии⁶⁰⁸. Можно даже допустить, что такие заявления делаются без определенных мотивов или по чисто политическим соображениям. Другие государства, по-видимому, не заявляли о том, что такого рода практика представляет собой злоупотребление правом объявлять дипломатических сотрудников представительства *personae non gratae*. Таким

образом, такого рода практика подтверждает, что статья 9 предусматривает безусловное право⁶⁰⁹.

15) Пункт 2 проекта вывода 7 затрагивает возможные последствия «другой последующей практики» в силу статьи 32 (см. проект вывода 4, пункт 3)⁶¹⁰, которая не отражает согласия всех участников в отношении толкования договора. Такого рода практика, будучи дополнительным средством толкования, может подтверждать то толкование, которое было достигнуто толкователем в процессе применения статьи 31, или же устанавливать значение тогда, когда толкование согласно статье 31 оставляет значение двусмысленным или неясным или приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными. Тем самым статья 32 проводит различие между использованием подготовительной работы или «другой последующей практики» для того, чтобы подтвердить значение, выведенное согласно статье 31, и их использованием для «определения» значения. Следовательно, «другая последующая практика» в соответствии со статьей 32 может быть использована не только для определения значения договора в некоторых обстоятельствах, но и — всегда — для подтверждения значения, ставшего результатом применения статьи 31⁶¹¹.

16) Например, последующая практика в силу статьи 32 может способствовать уменьшению возможных коллизий в тех случаях, когда «объект и цель» договора, по-видимому, находятся в противоречии с конкретными целями некоторых из его норм⁶¹². Так,

⁶⁰⁹ См. G. Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», в Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (сноска 537 выше), p. 112, где дается еще более широкий разбор, связанный со статьей 9 Венской конвенции о дипломатических сношениях.

⁶¹⁰ *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 31.

⁶¹¹ WTO, Report of the WTO Appellate Body, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, AB-2009-3 (WT/DS363/AB/R), 19 January 2010, para. 403: «Хотя применение Третейской группой статьи 31 Венской конвенции в отношении других «услуг по распространению звукозаписей» привело к «предварительному выводу» в отношении этой позиции, Третейская группа тем не менее решила обратиться к дополнительным средствам толкования, чтобы *подтвердить* это значение. В этой связи мы отмечаем, что аргумент Китая по апелляции, по-видимому, построен на том, что анализ, проведенный Третейской группой в соответствии со статьей 32 Венской конвенции, *обязательно* был бы иным, если бы Третейская группа пришла к выводу, что применение статьи 31 оставляет значение «услуг по распространению звукозаписей» двусмысленным или неясным, и если бы Третейская группа, таким образом, прибегла к статье 32 для *определения*, а не *подтверждения* значения данного термина. Мы не разделяем этого мнения. Элементы, которые следует рассмотреть в соответствии со статьей 32, отличны от тех, которые необходимо проанализировать в соответствии со статьей 31, однако это те же элементы, которые рассматриваются в соответствии со статьей 32, вне зависимости от итога анализа по статье 31. Наоборот, что может быть иным в зависимости от результатов применения статьи 31 — это тот вес, который будет приписан элементам, проанализированным в соответствии со статьей 32». См. также M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 447, para. 11.

⁶¹² См. WTO, Report of the WTO Appellate Body, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, AB-1998-4, Report of the WTO Appellate Body (WT/DS58/AB/R), 6 November 1998, para. 17 («большинство договоров не имеют одного цельного объекта и одной имеющей чистый вид цели, а скорее имеют цельный

⁶⁰³ Deutscher Bundestag (Federal Parliament of Germany), «Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan», 9 April 2010, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, p. 2.

⁶⁰⁴ Spieker (см. сноску 602 выше), p. 55, para. 12.

⁶⁰⁵ См. Denza (сноска 599 выше), pp. 77–88, где даются и другие ссылки на заявления, связанные со шпионажем; см. также Salmon (сноска 599 выше), pp. 483–484, para. 630; и Richtsteig (сноска 601 выше), p. 30.

⁶⁰⁶ The Netherlands, Protocol Department, Ministry of Foreign Affairs, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*, размещен на веб-сайте www.government.nl/documents.

⁶⁰⁷ France, Ministère des affaires étrangères et du développement, *Guide for Foreign Diplomats Serving in France: Immunities – Respect for Local Laws and Regulations* (www.diplomatie.gouv.fr/en/the-ministry-and-its-network/protocol/immunities/article/respect-for-local-laws-and); Turkey, Ministry of Foreign Affairs, *Principal Circular Note, 63552 Traffic Regulations 2005/PDGY/63552* (6 April 2005) (www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); и United Kingdom, Foreign and Commonwealth Office, Circular dated 19 April 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London, reprinted in G. Marston (ed.), «United Kingdom materials on international law 1985», BYBIL 1985, vol. 56, p. 437.

⁶⁰⁸ См. Canada, Foreign Affairs, Trade and Development, Revised Impaired Driving Policy (http://www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng); and United States, Department of State, *Diplomatic Note 10-181 of the Department of State* (24 September 2010) (www.state.gov/wp-content/uploads/2019/05/149985.pdf), pp. 8–9.

в деле *Остров Касикили/Седуду* Международный Суд подчеркнул, что участники Соглашения 1890 года «поставили цель как обеспечить для себя свободу судоходства по реке, так и разграничить с максимально возможной точностью свои соответствующие сферы влияния»⁶¹³. Тем самым участники сняли возможные противоречия, приняв во внимание определенную последующую практику лишь одного из участников в качестве дополнительного средства толкования (согласно статье 32)⁶¹⁴.

17) Еще один пример «другой последующей практики» согласно статье 32 касается термина «практически возможные меры предосторожности» в пункте 2 а) ii) статьи 57 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года (Протокола I) 1977 года. Этот термин был использован в пункте 4 статьи 3 Протокола о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств (Протокол II) от 10 октября 1980 года, где предусматривается, что «[в]озможные меры предосторожности означают такие меры предосторожности, какие являются практически осуществимыми или практически возможными с учетом всех существующих в данный момент обстоятельств, включая гуманитарные и военные соображения». Эта формулировка была принята в порядке последующей практики во многих военных наставлениях в качестве общего определения «практически возможных мер предосторожности» для цели пункта 2 а) ii) статьи 57 Протокола I 1977 года⁶¹⁵.

18) В пункте 3 проекта вывода 7 рассмотрен вопрос о том, в какой мере толкование договора может испытать воздействие последующих соглашений и последующей практики, оставаясь при этом в рамках того, что считается толкованием согласно пунктам 3 а) и b) статьи 31. Этот пункт напоминает толкователю, что впоследствии достигнутое соглашение может вести к внесению поправок или изменений в договор, но такие последующие соглашения подпадают под действие статьи 39 Венской конвенции и должны отличаться от последующих соглашений согласно пункту 3 а) статьи 31. Второе предложение, признав, что имеются примеры обратного в судебной практике и расхождения мнений в литературе, устанавливают, что возможность внесения поправок в договор или

изменения договора в силу последующей практики участников не является общепризнанной.

19) В соответствии со статьей 39 Венской конвенции 1969 года, «[д]оговор может быть изменен по соглашению между участниками». С другой стороны, в пункте 3 а) статьи 31 говорится о последующих соглашениях «между участниками относительно толкования договора или применения его положений» и, по-видимому, не затрагивается вопрос о внесении поправок или изменений. Как постановил Апелляционный орган ВТО,

[...] термин «применение» в подпункте а) пункта 3 статьи 31 относится к ситуации, когда соглашение устанавливает, как должны «применяться» существующие нормы или действующие обязательства; этот термин не содержит коннотации создания новых или расширения существующих обязательств, подлежащих ограничению во времени...⁶¹⁶

20) Статьи 31, пункт 3 а), и 39, если их читать вместе, показывают, что соглашения, достигнутые участниками после заключения договора, могут давать толкование и вносить поправки или изменения в договор⁶¹⁷. Соглашение в соответствии со статьей 39 не должно иметь ту же форму, что и договор, который оно изменяет⁶¹⁸. Как Международный Суд постановил в деле *Целлюлозные заводы на реке Уругвай*:

Как бы оно конкретно ни обозначалось и в каком бы правовом акте оно ни было зафиксировано (в протоколах АКРУ [Административная комиссия реки Уругвай]), это «понимание» обязательно для участников, поскольку они согласились с ним и оно должно соблюдаться ими добросовестно. Они имеют право отходить от процедур, зафиксированных в Статуте 1975 года, в отношении данного проекта согласно соответствующему двустороннему соглашению⁶¹⁹.

21) Часто трудно провести различие между соглашениями участников в соответствии с конкретным положением договора, устанавливающим обязательность последующих соглашений, простыми последующими соглашениями согласно статье 31, пункт 3 а), которые не являются обязательными как таковые, и, наконец,

ряд разных и, возможно, противоречащих друг другу объектов и целей»); и Gardiner, *Treaty Interpretation* (сноска 533 выше), p. 195.

⁶¹³ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 539 выше), p. 1074, para. 45. Соглашение между Великобританией и Германией относительно Занзибара, Гельголанды и сфер влияния этих двух стран в Африке, подписанное в Берлине 1 июля 1890 года, см. *British and Foreign State Papers, 1889–1890*, vol. 82, p. 35.

⁶¹⁴ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 539 выше), pp. 1077–1078, para. 55, and p. 1096, para. 80.

⁶¹⁵ По поводу военных наставлений Аргентины (1989 года), Канады (2001 года) и Соединенного Королевства (2004 года) см. Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (сноска 559 выше), pp. 359–360, paras. 160–164, и интерактивные обновления военного наставления Австралии (2006 года) (www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); см. также Pilloud, et al. (eds.), *Commentary on the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)* (сноска 291 выше), p. 683, para. 2202.

⁶¹⁶ *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU [Dispute Settlement Understanding] by Ecuador, AB-2008-8*, WTO, Report of the WTO Appellate Body (WT/DS27/AB/RW2/ECU and Corr.1), adopted on 11 December 2008; и *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU [Dispute Settlement Understanding] by the United States, AB-2008-9* (WT/DS27/AB/RW/USA and Corr.1), adopted on 22 December 2008, paras. 391–393.

⁶¹⁷ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (см. сноску 598 выше), p. 88.

⁶¹⁸ Sinclair (сноска 533 выше), p. 107, который ссылается на Waldock, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session...* (A/CONF.39/11) (сноска 535 выше), 37th meeting of the Committee of the Whole, 24 April 1968, p. 204, para 15; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (сноска 611 выше), pp. 513–515, paras. 7, 9 and 11; и K. Odendahl, «Article 39: General rule regarding the amendment of treaties», в Dörr and Schmalenbach (eds.) (сноска 534 выше), p. 706, at para. 16.

⁶¹⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment* (см. сноску 564 выше), p. 62, para. 128; см. также p. 63, para. 131; затем суд пришел к выводу, что в рассматриваемом деле эти условия не были соблюдены, at pp. 62–66, paras. 128–142. Статут реки Уругвай, подписанный в Сальто (Уругвай) 26 февраля 1975 года, см. в United Nations, *Treaty Series*, vol. 1295, No. I-21425, p. 331.

соглашениями о внесении поправок или изменений в договор согласно статьям 39–41⁶²⁰. Международная судебная практика и практика государств указывают на то⁶²¹, что неофициальные соглашения, которые, как утверждается, отступают от договорных обязательств, должны толковаться в узком смысле. По-видимому, не существует каких-либо формальных критериев, исключая перечисленные в статье 39, если они применимы, помимо тех, которые могут быть предусмотрены в самом применимом договоре, проводящих различия между этими разными нормами последующих соглашений. Вместе с тем очевидно, что государства и международные суды в целом готовы предоставить государствам-участникам достаточно широкие пределы толкования договора в силу последующего соглашения. Эти пределы, возможно, даже выходят за рамки обычного значения терминов договора. Признание таких рамок толкования договора идет рука об руку с нежеланием государств и судов признавать, что соглашение фактически имеет следствием внесение поправок или изменений в договор⁶²². Соглашение об изменении договора, таким образом, не исключается, но равным образом и не презюмируется⁶²³.

⁶²⁰ В судебной практике в некоторых случаях нет необходимости определять, может ли соглашение давать толкование договора или изменять его, см. *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)* (сноска 583 выше), p. 31, para. 60 («по мнению Суда, для целей настоящего постановления нет необходимости относить его к категории либо подтверждения, либо изменения Заявления [от 21 марта 1899 года, дополняющего Конвенцию между Великобританией и Францией от 14 июня 1898 года]»); иногда считают, что соглашение в соответствии со статьей 31, пункт 3 а), может также иметь своим следствием внесение изменения в договор, Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 598 выше), pp. 212–214, с примерами. Конвенцию между Великобританией и Францией о делимитации их соответствующих владений к западу от реки Нигер и их соответствующих владений и сфер влияния к востоку от этой реки, подписанную в Париже 14 июня 1898 года, и Декларацию, дополняющую вышеупомянутую Конвенцию от 14 июня 1898 года, подписанную в Лондоне 21 марта 1899 года, см. в *British and Foreign State Papers, 1898–1899*, vol. 91, pp. 38 and 55 respectively.

⁶²¹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment* (см. сноску 564 выше), p. 63, para. 131, and p. 66, para. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)...» (сноска 564 выше), p. 32; *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), Iran–United States Claims Tribunal, *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38 (2004–2009), pp. 77 *et seq.*, at pp. 125–126, para. 132; *ADF Group Inc. v. United States of America*, Case No. ARB(AF)/00/1, *In the matter of an arbitration under chapter eleven of the North American Free Trade Agreement*, 9 January 2003, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), pp. 470 *et seq.*; см., в частности, pp. 526–527, para. 177 (размещен на веб-сайте <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/16586.pdf>); *Methanex Corporation v. United States of America, Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) in the matter of an arbitration under chapter eleven of the North American Free Trade Agreement*, Final award of the Tribunal on jurisdiction and merits, 3 August 2005 (<https://2009-2017.state.gov/documents/organization/51052.pdf>), Part IV, chapter C, paras. 20–21; и второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/671), пункты 146–165.

⁶²² Возможно, в дипломатических контекстах вне судебного разбирательства государства, как правило, более открыто признают, что известные соглашения или общая практика равнозначны изменению договора, см. Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (сноска 598 выше), p. 83.

⁶²³ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment* (см. сноску 564 выше), p. 66, para. 140; и Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)...» (сноска 564 выше), p. 32.

22) Обращаясь к вопросу о том, могут ли участники вносить поправки или изменения в договор в силу общей последующей практики, Комиссия первоначально предложила в своем проекте статей о праве международных договоров включить в Венскую конвенцию 1969 года следующее положение, которое бы прямо признавало возможность изменения договора в силу последующей практики:

Проект статьи 38. Изменение договоров в силу последующей практики

Договор может быть изменен в силу последующей практики применения договора, устанавливающей соглашение участников изменить его положения⁶²⁴.

23) Этот проект статьи вызвал живую дискуссию на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров⁶²⁵. Поправка, предусматривающая исключение проекта статьи 38, была поставлена на голосование и принята 53 голосами против 15 при 26 воздержавшихся. После Конференции вопрос о том, следует ли из того, что проект статьи 38 был отвергнут Конференцией, то, что возможность изменения договора в силу последующей практики участников была тем самым исключена, обсуждался вновь. Многие юристы пришли к выводу, что участвовавшие в переговорах государства всего лишь не желали затрагивать этот вопрос в Конвенции и что договоры действительно могут, в качестве общего правила, в соответствии с международным правом договоров, быть изменены в силу последующей практики, устанавливающей соглашение участников на этот счет⁶²⁶. Международные суды и трибуналы, с другой стороны, после принятия Венской конвенции 1969 года в основном воздерживались от признания такой возможности.

⁶²⁴ *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, Part II, стр. 236 англ. текста.

⁶²⁵ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session... (A/CONF.39/11)* (сноска 535 выше), 37th meeting of the Committee of the Whole, 24 April 1968, pp. 207–215; второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/671), пункты 119–121; и Distefano (сноска 533 выше), pp. 55–61.

⁶²⁶ Sinclair (см. сноску 533 выше), p. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 533 выше), pp. 243–245; Yasseen (сноска 533 выше), pp. 51–52; M. Kamto, «La volonté de l'État en droit international», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2004*, vol. 310, pp. 134–141, at p. 134; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (сноска 598 выше), p. 213; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (сноска 611 выше), p. 432, para. 23; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (сноска 534 выше), pp. 554–555, para. 76 (in accord Odendahl (сноска 618 выше), pp. 702–704, paras. 10–11); Distefano (сноска 533 выше), pp. 62–67; H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 2006 – part three», *BYBIL 2006*, vol. 77, p. 65; M.N. Shaw, *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, 2008, p. 934; I. Buga, «Subsequent practice and treaty modification», в M. J. Bowman and D. Kritsiotis (eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge University Press (готовится к печати), дополнительные ссылки см. в сноске 65; не соглашаясь с этой точкой зрения, в частности, и подчеркивая торжественный характер заключения договора в отличие от неформального характера практики, Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (см. сноску 598 выше), pp. 89–90; см. также Hafner (сноска 609 выше), pp. 115–117 (где проводится различие между углом зрения судов и государств, а также подчеркивается важность положений о поправках в этом контексте).

24) В деле, касающемся *Спора относительно судоходных и смежных прав* Международный Суд установил, что «последующая практика участников по смыслу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции может привести к отклонению от первоначального намерения на основе молчаливого согласия участников»⁶²⁷. Не вполне ясно, желал ли тем самым Суд признать, что последующая практика в соответствии с пунктом 3 b) статьи 31 может также иметь своим следствием внесение поправки или изменения в договор или же он всего лишь высказался по поводу толкования договоров, когда «первоначальное» намерение участников не обязательно однозначно для толкования договора. В самом деле, в принятом в предварительном порядке проекте вывода 3 Комиссия признала, что последующие соглашения и последующая практика, как и другие средства толкования, «могут помочь определить, заключалось ли предполагаемое намерение участников при заключении договора в том, чтобы придать какому-либо из используемых терминов значение, которое способно меняться с течением времени»⁶²⁸. Поэтому пределы «толкования» необязательно определяются неизменным «первоначальным намерением», но скорее должны определяться с учетом более широкого круга соображений, включая известные позднейшие события. Это несколько расплывчатое высказывание Суда вызывало вопрос о том, в какой мере последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 может способствовать «толкованию» и может ли последующая практика иметь последствие внесения поправок или изменений в договор. На самом деле, разделительную черту между толкованием и поправкой или изменением в договоре на практике порой «трудно, если не невозможно, провести»⁶²⁹.

25) Помимо высказывания в решении по делу *Спор относительно судоходных и смежных прав*⁶³⁰, Международный Суд не признал прямо того, что конкретная последующая практика имела своим след-

⁶²⁷ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 546 выше), 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 (Sales No. E/F.05.V5), p. 231, at p. 256, para. 62; Yasseen (сноска 533 выше), p. 51; Kamto, «La volonté de l'État...» (сноска 626 выше), pp. 134–141; и R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Cologne/Berlin, Heymanns, 1963, p. 132.

⁶²⁸ *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 26–30, проект вывода 3 и комментарий к нему.

⁶²⁹ Sinclair (см. сноску 533 выше), p. 138; см. также Gardiner, *Treaty Interpretation* (сноска 533 выше), p. 243; Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (сноска 598 выше), p. 90; B. Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice», в Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (сноска 537 выше), p. 46; Karl (сноска 534 выше), pp. 42–43; J.-M. Sorel and V. Boré Eveno, «Article 31: Convention of 1969», в O. Corten and P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties – a Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2011, pp. 825–826, para. 42; Dögg, «Article 31. General rule of interpretation» (сноска 534 выше), pp. 554–555, para. 76; это справедливо, даже если оба процесса теоретически могут рассматриваться как «юридически вполне отличные друг от друга», см. несогласное мнение судьи Парры-Арангуена в деле *Kasikili/Sedudu Island* (сноска 539 выше), at pp. 1212–1213, para. 16; аналогичным образом Hafner (сноска 609 выше), p. 114; и Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (сноска 534 выше), p. 168.

⁶³⁰ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 546 выше), p. 242, para. 64.

ствием изменение договора. Это, в частности, справедливо в отношении консультативного заключения по делу *Юридические последствия для государств, вызываемые продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка) вопреки резолюции 276 (1970) Совета Безопасности*⁶³¹, а также консультативного заключения по делу *Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории*⁶³², в котором Суд признал, что последующая практика существенным образом влияет на определение значения договора, однако воздержался от прямого признания, что такая практика привела и к внесению поправок или изменений в договор⁶³³. Поскольку эти заключения касаются договоров об учреждении международной организации, из них представляется затруднительным вывести общую норму права международных договоров. Вопросы о последующих соглашениях и последующей практике в связи с международными организациями будут рассмотрены в одном из последующих докладов⁶³⁴.

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

[В] данном случае поведение Камеруна на этой территории имеет значение только для вопроса о том, согласился ли он с установлением названия договора, возможности чего нельзя полностью исключить согласно праву⁶³⁵.

27) Суд установил такое согласие в *Деле, касающемся Храма Прэахвихеа*, где он в решающей степени сделал упор на том факте, что одна из сторон (Франция) явно притязала на суверенитет, что, по мнению Суда, потребовало реакции другой стороны (Таиланда)⁶³⁶. Вместе с тем это решение было вынесено до принятия Венской конвенции и, следовательно, по крайней мере предполагаемым образом, было принято во внимание государствами в их дискуссии на Конференции Организации Объединенных Наций по праву договоров⁶³⁷. Кроме того, это решение

⁶³¹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (см. сноску 593 выше).

⁶³² *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (см. сноску 593 выше).

⁶³³ Thirlway (см. сноску 626 выше), p. 64.

⁶³⁴ См. *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), стр. 90, пункт 238, и *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), приложение I, стр. 193, пункт 42.

⁶³⁵ *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.

⁶³⁶ *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (см. сноску 573 выше), p. 23: «признание в силу поведения было, несомненно, сделано самым определенным образом... очевидно, что эти обстоятельства были таковы, что они требовали определенной реакции»; «[Т]рудно представить более прямое правопритязание со стороны Французского Индокитая», что поэтому «требовало реакции» (*ibid.*, p. 30).

⁶³⁷ M.G. Kohen, «*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice», *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), p. 272.

прямо не признает изменения договора в силу последующей практики, поскольку Суд оставил открытым вопрос о том, совместима ли линия на французской карте с линией водораздела, которая была согласована в первоначальном договоре о границе между обоими государствами, — хотя часто предполагается, что это не имело место⁶³⁸.

28) Таким образом, оставляя открытой возможность изменения договора в силу последующей практики участников, Международный Суд к настоящему времени прямо не признал, что такие последствия действительно имели место в конкретном случае. Скорее, Суд достиг толкований, которые было трудно согласовать с обычным значением текста договора, но которые совпадали с выявленной практикой участников⁶³⁹. Противоположные мнения арбитражных трибуналов характеризуются как «изолированное исключение»⁶⁴⁰ или принятые до Венской конференции и прокомментированные на ней в критическом ключе⁶⁴¹.

29) Апелляционный орган ВТО ясно высказался на тот счет, что он не признает толкования, которое стало бы результатом изменения договорного обязательства, поскольку это не стало бы «применением»

⁶³⁸ *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (см. сноску 573 выше), р. 26: «Факт, который, если он соответствует действительности, должен был быть не менее очевидным в 1908 году». Судья Парра-Арангурен считал, как показало дело *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, что «значение последующей практики в данном случае заключалось в изменении договора», *Kasikili/Sedudu Island* (сноска 539 выше), at pp. 1212–1213, para. 16 (не-согласное мнение судьи Парры-Арангурена); и *Vuga* (сноска 626 выше), at note 113.

⁶³⁹ В частности, заключение по Намибии (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*) (см. сноску 593 выше) воспринималось как указывающее на то, что последующая практика изменила пункт 3 статьи 27 Устава Организации Объединенных Наций (см. А. Pellet, «Article 38», в А. Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice — a Commentary*, 2nd ed., Oxford University Press, 2012, р. 844, para. 279); см. второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/671), пункты 124–126.

⁶⁴⁰ M.G. Kohen, «Keeping subsequent agreements and practice in their right limits», в Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (сноска 537 выше), р. 42, относительно *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, Decision of 13 April 2002, UNRIAA, vol. XXV (Sales No. E/F.05.V.5), 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*, Decision of 29 September 1988, UNRIAA, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3), p. 1, at pp. 56–57, paras. 209–210, где Арбитражный трибунал постановил в obiter dictum, «что демаркационная линия границы имела бы преимущественную силу по отношению к Соглашению [от 1 октября 1906 года], если бы можно было обнаружить противоречие» (р. 57); однако см. R. Kolb, «La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 14 (2004), p. 20. Соглашение, подписанное в Рафахе 1 октября 1906 года, воспроизводится в UNRIAA, vol. XX, *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel*, appendix B, pp. 114–116.

⁶⁴¹ *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France*, Decision of 22 December 1963, UNRIAA, vol. XVI (Sales No. 69.V.1), p. 5, at pp. 62–63; *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session...* (A/CONF.39/11) (сноска 535 выше), 37th meeting of the Committee of the Whole, 24 April 1968, p. 208, para. 58 (Japan); и Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (см. сноску 598 выше), р. 89.

положения ныне действующего договора⁶⁴². На позицию Апелляционного органа мог повлиять пункт 2 статьи 3 Договоренности о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, в соответствии с которой «[р]екомендации и решения [Органа по разрешению споров] не могут увеличить или уменьшить права и обязательства, предусмотренные охваченными соглашениями».

30) В некоторых случаях Европейский суд по правам человека признавал последующую практику участников в качестве возможного источника изменения Конвенции. В obiter dictum в деле *Оджалан против Турции*, ссылаясь на дело 1989 года *Серинг против Соединенного Королевства*, Суд счел, что

установившаяся практика в государствах-участниках могла привести к внесению поправки в Конвенцию. В этом случае Суд признал, что последующая практика в национальной уголовной политике в виде всеобщей отмены смертной казни могла считаться устанавливающей соглашение договаривающихся государств об отмене изъятия, предусмотренного в § 1 статьи 2, и таким образом снимающей текстальные ограничения пределов эволютивного толкования статьи 3 [см. *Soering v. the United Kingdom*, Application no. 14038/88, 7 July 1989, Series A, No. 161, para. 103]⁶⁴³.

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

В настоящее время все государства-члены, кроме двух, подписали Протокол № 13 [к Европейской конвенции по правам человека] и все государства, за исключением трех, подписавшие его, его ратифицировали. Эти цифры вместе с последовательной практикой государств по соблюдению моратория на смертную казнь служат серьезным указанием на то, что статья 2 [Конвенции] изменена, запрещая смертную казнь во всех случаях. На этом фоне Суд не считает, что формулировка пункта 1 статьи 2 по-прежнему служит препятствием для дачи им такого толкования слов «бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания» в статье 3, которое включает смертную казнь [ср. *Soering v. the United Kingdom*, paras. 102–104]⁶⁴⁴.

32) Практика международных судов и трибуналов позволяет сделать следующие выводы: ситуация с ВТО указывает на то, что договор может препятствовать тому, что последующая практика участников имела изменяющее действие. Таким образом, этот вопрос в первую очередь регламентируется самим договором. Наоборот, дела Европейского суда по правам человека указывают на то, что договор может допускать изме-

⁶⁴² *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador...*, Reports of the WTO Appellate Body (WT/DS27/AB/RW2/ECU and Corr.1) / *Second Recourse to Article 21.5 of the DSU [Dispute Settlement Understanding] by the United States...* (WT/DS27/AB/RW/USA and Corr.1) (см. сноску 616 выше), paras. 391–393.

⁶⁴³ *Öcalan v. Turkey*, Application no. 46221/99, Judgment of 12 March 2003, First Section, European Court of Human Rights, para. 191; см. также *Al-Saadon and Mufdhi v. the United Kingdom*, Application no. 61498/08, Judgment of 2 March 2010, European Court of Human Rights, *Reports of Judgments and Decisions 2010-II*, para. 119, где делается ссылка на *Öcalan v. Turkey*, Application no. 46221/99, Judgment of 12 May 2005, Grand Chamber, European Court of Human Rights, *Reports of Judgments and Decisions 2005-IV*, para. 163.

⁶⁴⁴ *Al-Saadon and Mufdhi v. the United Kingdom* (см. сноску выше), para. 120; см. также B. Malkani, «The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, No. 3 (July 2013), p. 523.

няющее действие последующей практики участников. Таким образом, в конечном счете многое зависит от данного договора или его положений⁶⁴⁵.

33) Сложнее ситуация в случае договоров, применительно к которым таких указаний не имеется. Для таких случаев в практике Международного Суда нельзя выделить четкой остаточной нормы. Вместе с тем можно сделать тот вывод, что Суд, установив, что возможности изменения договора в силу последующей практики участников «нельзя полностью исключить согласно праву»⁶⁴⁶, счел, что такого изменения следует избегать, во всяком случае, если это возможно. Вместо этого Суд предпочитает принимать широкие толкования, способные расширить обычное значение терминов договора.

34) Этот вывод из практики Международного Суда соответствует определенным соображениям, которые были изложены в ходе дискуссий между государствами по проекту статьи 38 Венской конвенции 1969 года⁶⁴⁷. Сегодня то соображение, что процедуры внесения поправок, которые предусмотрены в договоре, не должны обходиться с использованием неофициальных средств, по-видимому, приобрело больший вес в отношении того равносправедливого общего соображения, что международному праву свойственен меньший формализм, чем внутригосударственному праву⁶⁴⁸. Озабоченность, которая была выражена рядом государств на Венской конференции, считавших, что возможность изменения договора в силу последующей практики может создать трудности для внутригосударственного конституционного права, также стала более актуальной в последующий период⁶⁴⁹. К тому же, хотя принцип *pacta sunt servanda* формально не подвергается сомнению в силу поправки или изменения в договоре в результате последующей практики, устанавливающей согласие всех участников, равным образом верно и то, что стабильность договорных связей может оказаться под сомнением, если неофициальные средства выявления соглашения

как последующей практики могли бы легко изменить договор⁶⁵⁰.

35) Наконец, хотя международная судебная практика может в известной степени служить обоснованием того, что в отсутствие указаний в договоре на обратное согласованная последующая практика участников теоретически может привести к изменению договора, фактического возникновения такого рода результата презюмировать нельзя. Наоборот, государства и суды предпочитают предпринимать все усилия для того, чтобы воспринимать согласованную последующую практику участников как усилия по толкованию договора определенным образом. Такого рода усилия по максимально широкому толкованию договора возможны из-за того, что статья 31 Венской конвенции 1969 года не устанавливает примата какого-либо одного содержащегося в ней толкования, требуя вместо этого от толкователя принимать во внимание все соответствующие средства толкования⁶⁵¹. Важное соображение в этом контексте – насколько далеко может зайти эволютивное толкование соответствующей нормы договора⁶⁵².

Вывод 8. Значение последующих соглашений и последующей практики как средства толкования

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

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

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

Комментарий

1) Проект вывода 8 выявляет определенные критерии, которые могут быть полезны при определении толковательного значения, которое должно усматриваться у конкретного последующего соглашения

⁶⁴⁵ Buga (см. сноску 626 выше), at notes 126–132.

⁶⁴⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment (см. сноску 635 выше), p. 353, para. 68.

⁶⁴⁷ Второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/671), пункты 119–121.

⁶⁴⁸ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (см. сноску 598 выше), p. 89; Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice» (сноска 629 выше), p. 47; Hafner (сноска 609 выше), pp. 115–117; и J.E. Alvarez, «Limits of change by way of subsequent agreements and practice», в Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (сноска 537 выше), p. 130.

⁶⁴⁹ См. *NATO Strategic Concept Case, Application 2 BvE 6/99, Judgment of 22 November 2001*, German Federal Constitutional Court (английский перевод имеется по адресу www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), paras. 19–21; S. Kadelbach, «Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level», pp. 145–148; Alvarez (предыдущая сноска), p. 130; I. Wuerth, «Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions», pp. 154–159; и H. Ruiz Fabri, «Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy», pp. 165–166, все в Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (сноска 537 выше).

⁶⁵⁰ См., например, Kohen, «*Utī possidetis*, prescription et pratique...» (сноска 637 выше), p. 274 (в частности, в отношении договоров о границах).

⁶⁵¹ Проект вывода 1, пункт 5, а также комментарий к нему (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 19–23); Hafner (сноска 609 выше), p. 117; некоторые авторы поддерживают то мнение, что пределы того, что можно воспринять как «толкование», шире в случае последующего соглашения или последующей практики согласно пункту 3 статьи 31, чем в случае толкований с помощью других средств толкования, включая пределы эволютивных толкований судов или трибуналов, например, Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 533 выше), p. 243; и Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (сноска 534 выше), pp. 554–555, para. 76.

⁶⁵² Например, в деле *Спор относительно судоходных и смежных прав* Международный Суд мог оставить открытым вопрос о том, был ли термин «commerce» изменен в силу последующей практики участников, поскольку он решил, что этому термину можно дать эволютивное толкование (*Dispute regarding Navigational and Related Rights* (см. сноску 546 выше), pp. 242–243, paras. 64–66).

или конкретной последующей практики в процессе толкования в конкретном случае. Разумеется, значение, усматриваемое у последующих соглашений или последующей практики, должно также определяться по отношению к другим средствам толкования (см. проект вывода 1, пункт 5)⁶⁵³.

2) В пункте 1 рассмотрен вопрос о значении последующего соглашения или последующей практики согласно пункту 3 статьи 31, и тем самым с общей точки зрения в нем затрагиваются оба подпункта *a)* и *b)*. В пункте 1 указано, что значение, которое должно придаваться последующему соглашению или последующей практике как средству толкования, в частности, зависит от их ясности и специфики. Использование термина «в частности» указывает на то, что эти критерии не должны считаться исчерпывающими. Другие критерии могут быть связаны с моментом времени, когда соглашение или практика имели место⁶⁵⁴, с тем акцентом, который делают участники на конкретном соглашении или конкретной практике, или с применимым бременем доказывания.

3) Значение толкования последующих соглашений или практики по отношению к другим средствам толкования часто зависит от их специфики в связи с данным договором⁶⁵⁵. Это, в частности, подтверждают решения Международного Суда, арбитражные решения и доклады третейских групп и Апелляционного органа Всемирной торговой организации (ВТО)⁶⁵⁶. Показательны решения Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) в деле *Плама против Болгарии*:

Верно то, что договоры между договаривающимися сторонами и третьими государствами могут быть приняты во внимание для цели уточнения значения текста договора в момент его заключения. Истец совершенно ясным и информативным образом представил практику Болгарии в отношении заключения инвестиционных договоров после заключения Болгарско-Кипрского [двустороннего инвестиционного договора] в 1987 году. В 1990-х годах после смены коммунистического режима Болгария стала заключать [двусторонние инвестиционные договоры], содержащие более либеральные положения об урегулировании споров, включая обращение к арбитражу МЦУИС. Однако эта практика не имеет особого отношения к данному делу, поскольку последующие переговоры между Болгарией и Кипром указывают на то, что эти договаривающиеся стороны не имели в виду, что положение [о наиболее благоприятствуемой нации] будет иметь тот смысл, который в противном случае мог бы быть выведен из последующей договорной практики Болгарии. Болгария и Кипр вели переговоры о пересмотре своего [двустороннего инвестиционного договора]

⁶⁵³ Ежегодник... 2013 год, том II (часть вторая), стр. 19.

⁶⁵⁴ В деле, касающемся *Морского спора (Перу против Чили)* Суд отдал приоритет практике, ближе отстоящей от даты вступления в силу (*Maritime Dispute (Peru v. Chile)*) (см. сноску 545 выше), р. 50, пара. 126).

⁶⁵⁵ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (см. сноску 598 выше), р. 91.

⁶⁵⁶ См., например, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen* (см. сноску 594 выше), pp. 55–56, пара. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (сноска 627 выше), at p. 259, para. 74; *United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, Report of the WTO Panel (WT/DS350/R), принят 19 февраля 2009 года, изменен AB-2008-11, Report of the WTO Appellate Body (WT/DS350/AB/R); и *United States – Subsidies on Upland Cotton*, Report of the WTO Panel (WT/DS267/R and Add.1–3 and Corr.1), принят 21 марта 2005 года, изменен AB-2004-5, Report of the WTO Appellate Body (WT/DS267/AB/R), пара. 625.

в 1998 году. Переговоры окончились безрезультатно, однако они конкретно предусматривали пересмотр положений об урегулировании споров... Из этих переговоров можно заключить, что сами договаривающиеся стороны [двустороннего инвестиционного договора] не считали, что положение [о наиболее благоприятствуемой нации] охватывает положения об урегулировании споров в других [двусторонних инвестиционных договорах]⁶⁵⁷.

4) Если Международный Суд и арбитражные суды обычно усматривают более толковательное значение достаточно конкретной последующей практики государств, то Европейский суд по правам человека часто основывается на широких сопоставительных оценках законодательства государств или международных позиций, занятых государствами⁶⁵⁸. В этом последнем контексте следует иметь в виду, что права и обязанности согласно договорам о правах человека должны правильным образом трансформироваться, в рамках данной свободы усмотрения, в законы, практику исполнительных власти и международные договоренности соответствующего государства-участника. Для этой цели достаточно существенное сходство законодательства государств-участников может иметь отношение для определения объема данного права человека или необходимости его ограничения. Кроме того, характер известных прав и обязательств порой говорит в пользу учета менее конкретной практики. Например, в деле *Ранцев против Кипра и России* Суд признал, что

[и]з положений этих двух [международно-правовых] актов ясно следует, что договаривающиеся государства... пришли к мнению, что только комбинация мер, затрагивающих все три аспекта, может быть действенной в борьбе с торговлей людьми. Таким образом, обязанность наказать и привлечь к ответственности за торговлю людьми – это только один аспект общего обязательства государств-членов бороться с торговлей людьми. Масштабы позитивных обязательств, возникающих в силу статьи 4 [о запрещении принудительного труда], должны быть рассмотрены в этом более широком контексте⁶⁵⁹.

5) С другой стороны, в деле *Чапман против Соединенного Королевства* Суд отметил, «что можно сказать, что среди договаривающихся государств Совета Европы складывается международный консенсус, признающий особые потребности меньшинств и обязательства защищать их безопасность, самобытность и образ жизни»⁶⁶⁰, хотя в итоге он зая-

⁶⁵⁷ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Case No. ARB/03/24, Decisions on Jurisdiction of 8 February 2005, ICSID, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 20, No. 1 (Spring 2005), p. 262, at pp. 323–324, para. 195. Двусторонний договор между Болгарией и Кипром о содействии инвестициям и их взаимной защите, подписанный в Никосии 12 ноября 1987 года, см. в *Republic of Cyprus Official Gazette* S.VII 2314, 31 March 1988, p. 19, также размещен на веб-сайте <http://investmentpolicyhub.unctad.org>, *Investment Dispute Settlement Navigator*.

⁶⁵⁸ См., например, *Cossey v. the United Kingdom*, Application no. 10843/84, Judgment of 27 September 1990, European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 184, para. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, Application no. 5856/72, Judgment of 25 April 1978, European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, No. 26, para. 31; и *Norris v. Ireland*, Application no. 10581/83, Judgment of 26 October 1988, European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, No. 142, para. 46.

⁶⁵⁹ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application no. 25965/04, Judgment of 7 January 2010, First Section, European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions 2010-I, para. 285; см. также пункты 273–274.

⁶⁶⁰ *Chapman v. the United Kingdom*, Application no. 27238/95, Judgment of 18 January 2001, Grand Chamber, European Court

вил, что он «не убежден в том, что этот консенсус достаточно конкретен для того, чтобы он выводил из него какие-либо указания относительно поведения или стандартов, которые договаривающиеся государства считают желательными в какой-либо конкретной ситуации»⁶⁶¹.

6) В пункте 2 проекта вывода 8 рассматривается только последующая практика в соответствии с пунктом 3 b) статьи 31 и уточняется, что значение последующей практики также зависит от того, повторяется ли она, и если да, то каким именно образом. Эта формула «повторяется ли она, и если да, то каким образом» привнесит элементы времени и характера повторения. Например, она указывает на то, что в зависимости от конкретного договора нечто большее, чем всего лишь механическое или неспециальное повторение данной практики, может увеличить ее толковательную ценность в контексте пункта 3 b) статьи 31. Элемент времени и характера повторения также служит указанием на «обоснование» конкретной позиции участников в отношении толкования договора. Кроме того, неосуществление последующего соглашения может также указывать на отсутствие у него значения средства толкования в соответствии с пунктом 3 a) статьи 31⁶⁶².

7) Вопрос о том, требует ли «последующая практика» согласно пункту 3 b) статьи 31⁶⁶³ более чем однократного применения договора, рассматривался Апелляционным органом ВТО в деле *Япония – Алкогольные напитки II*: «Последующая практика при толковании того или иного договора была признана в качестве "согласованного, общего и последовательного" ряда актов или заявлений, что достаточно для установления четко выраженной тенденции, подразумевающей наличие соглашения сторон относительно ее толкования»⁶⁶⁴.

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

9) С другой стороны, Международный Суд применял пункт 3 b) статьи 31 более гибко, не добавляя дополнительных условий. Это, в частности, каса-

ется его решения в деле *Остров Касикили/Седуду*⁶⁶⁵. Другие международные суды в основном следовали подходу Международного Суда. Это касается Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов⁶⁶⁶ и Европейского суда по правам человека⁶⁶⁷.

10) Однако разница между стандартом, изложенным Апелляционным органом ВТО, с одной стороны, и подходом Международного Суда – с другой, скорее кажущаяся, чем реальная. По-видимому, Апелляционный орган ВТО воспринял формулу «согласованный, общий и последовательный» из публикации⁶⁶⁸, где указывается, что «ценность последующей практики естественным образом будет зависеть от того, в какой степени она является согласованной, общей и последовательной»⁶⁶⁹. Таким образом, формула «согласованная, общая и последовательная» служит указанием на обстоятельства, в которых последующая практика согласно пункту 3 b) статьи 31 имеет большее или меньшее значение как средство толкования в процессе толкования, а не требует какой-либо конкретной периодичности практики⁶⁷⁰. Сам Апелляционный орган ВТО иногда исходил из такой нюансированной оценки⁶⁷¹.

⁶⁶⁵ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноски 539 выше), pp. 1075–1076, paras. 47–50, and p. 1087, para. 63; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)* (см. сноски 583 выше), pp. 34–37, paras. 66–71.

⁶⁶⁶ *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim) (см. сноски 621 выше), pp. 116–126, paras. 109–133.

⁶⁶⁷ *Soering v. the United Kingdom* (см. сноски 552 выше), para. 103; *Loizidou v. Turkey*, Application no. 15318/89, Judgment on Preliminary Objections of 23 March 1995, European Court of Human Rights, *Series A: Judgments and Decisions*, No. 310, paras. 73 and 79–82; *Banković and Others v. Belgium and Others* (см. сноски 555 выше), paras. 56 and 62; и в отношении практики трибуналов МЦУИС см. О. К. Fauchald, «The legal reasoning of ICSID tribunals – an empirical analysis», *The European Journal of International Law*, vol. 19, No. 2 (2008), p. 345; см. также А. Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», *AJIL*, vol. 104, No. 2 (2010), pp. 207–215.

⁶⁶⁸ Sinclair (сноска 533 выше), p. 137; см. также Yasseen (сноска 533 выше), pp. 48–49; в то время как условие «*commune*» взято из работы Комиссии международного права, «*une certaine constance*» и «*concordante*» – условия, которые Ясин выводит с помощью последующих логических рассуждений; см. *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/CN.4/486 и Add.1–7, стр. 98–99, пункты 17–18, и документ A/6309/Rev.1, Part II, стр. 221–222 англ. текста, пункт 15).

⁶⁶⁹ Sinclair (сноска 533 выше), p. 137; см. также *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim) (сноска 621 выше), p. 118, para. 114.

⁶⁷⁰ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, Award of 18 February 1977, UNRIAA, vol. XXI (Sales No. E/F.95.V.2), pp. 53 *et seq.*, at p. 187, para. 169; J.-P. Cot, «La conduite subséquente des parties à un traité», *Revue générale de droit international public*, vol. 70, No. 3 (1966), pp. 644–647 (valeur probatoire); Distefano (сноска 533 выше), p. 46; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (сноска 534 выше), 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), информация размещена на веб-сайте www.icj-cij.org/files/case-related/137/137-20121211-ORA-01-00-BI.pdf, и CR 2012/36, pp. 13–18, paras. 6–21 (Wordsworth), информация размещена на веб-сайте www.icj-cij.org/en/case/137.

⁶⁷¹ *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, AB-1998-2, Report of the WTO Appellate Body (WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R), принят 22 июня 1998 года, para. 93.

of Human Rights, *Reports of Judgments and Decisions* 2001-I, para. 93.

⁶⁶¹ *Ibid.*, para. 94.

⁶⁶² *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment (см. сноски 564 выше), p. 63, para. 131.

⁶⁶³ Проект вывода 4, пункт 2 (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 31).

⁶⁶⁴ *Japan – Alcoholic Beverages II*, AB-1996-2, Report of the WTO Appellate Body (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R), принят 1 ноября 1996 года, sect. E, pp. 12–13.

11) Заклучив, что формула «согласованная, общая и последовательная» может быть полезна при определении значения последующей практики в конкретном случае, Комиссия также сочла, что она недостаточно прочно утвердилась для обозначения минимального порога применимости пункта 3 *b*) статьи 31, а также сопряжена с риском того, что она будет ошибочно восприниматься как чрезмерно категоричная. В итоге Комиссия продолжает считать, что «ценность последующей практики изменяется в зависимости от того, насколько она выражает общее мнение сторон относительно значения термина»⁶⁷². Это предполагает, что однократная практика участников, устанавливающая их согласие в отношении толкования, должна учитываться согласно пункту 3 *b*) статьи 31⁶⁷³.

12) Пункт 3 проекта вывода 8 также затрагивает значение, которое должно придаваться «другой последующей практике» в соответствии со статьей 32 (см. пункт 3 проекта вывода 4⁶⁷⁴). В нем не затрагивается вопрос о том, когда и при каких обстоятельствах такого рода практика может быть рассмотрена. В схожей ситуации Апелляционный орган ВТО подчеркивал, что эти два вопроса необходимо отделять друг от друга:

...мы считаем, что Европейские сообщества объединяют предварительный вопрос о том, что может быть квалифицировано как «обстоятельство» заключения договора, с отдельным вопросом установления степени значения, которое может придаваться данному обстоятельству для целей толкования согласно статье 32⁶⁷⁵.

Апелляционный орган также постановил, что,

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

⁶⁷² *Ежегодник... 1966 год*, том II, документт А/6309/Rev.1, Part II, стр. 221–222 англ. текста, пункт 15); Cot (см. сноску 670 выше), п. 652.

⁶⁷³ На практике однократной практики часто будет недостаточно для установления соглашения участников в отношении толкования договора, однако, как общее правило, последующая практика согласно пункту 3 *b*) статьи 31 не требует какого-либо повторения, а лишь требует соглашения о толковании. Вероятность соглашения, установленного в силу однократной практики, таким образом, зависит от данного акта и договора, см. E. Lauterpacht, «The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1976, vol. 152, pp. 377 *et seq.*, at p. 457; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (сноска 534 выше), p. 166; C.F. Amerasinghe, «Interpretation of texts in open international organizations», *BYBIL 1994*, vol. 65, pp. 175 *et seq.*, at p. 199. Виллигер считает необходимой известную периодичность, хотя и подчеркивает, что важный момент – установление соглашения, Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (сноска 611 выше), pp. 431–432, para. 22. Ясин и Синклер пишут, что практика не может «в целом» быть установлена одним единым актом, Yasseen (сноска 533 выше), p. 47; Sinclair (сноска 533 выше), p. 137; см. аналогичным образом G. Nolte, «Third report for the ILC Study Group on treaties over time», в Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (сноска 537 выше), pp. 307 *et seq.*, at p. 310.

⁶⁷⁴ *Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 31.

⁶⁷⁵ *European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, AB-2005-5, *Report of the WTO Appellate Body* (WT/DS269/AB/R and Corr.1, WT/DS286/AB/R and Corr.1), принят 27 сентября 2005 года, пункт 297.

практики как дополнительного средства толкования подпадает под действие определенных ограничений⁶⁷⁶.

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

К ним относится вид события, документа или правового акта и его правовой характер; относимость обстоятельства по времени к заключению договора; фактическое знание или простой доступ к опубликованному документу или правовому акту; предмет документа, правового акта или события в связи с положением договора, подлежащим толкованию; а также была ли она использована или повлияла ли она на переговоры о заключении договора и как именно⁶⁷⁷.

13) Хотя Апелляционный орган не использовал термина «специфика», он сослался на критерий, указанный выше. Вместо ясности Апелляционный орган говорил о «последовательности» и заявил, что последовательность должна не служить эталоном сравнения, а, скорее, определять степень значимости. «Последовательная предыдущая практика классификации часто может иметь важное значение. Однако непоследовательная практика классификации не может иметь отношения к делу (при толковании значения тарифных уступок)»⁶⁷⁸.

14) Еще одним фактором, который помогает определить относимость согласно статье 32, может быть число затрагиваемых государств, следующих такой практике. Апелляционный орган заявил, что

[д]ля установления такого намерения может иметь значение предыдущая практика только *одного* из участников, однако она, очевидно, имеет более ограниченную ценность, чем практика всех участников. В конкретном случае толкования тарифной уступки в таблице классификационная практика члена-импортера, наоборот, может иметь большее значение⁶⁷⁹.

Вывод 9. Соглашение участников относительно толкования договора

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

2. Количество участников, которые должны активно осуществлять последующую практику для установления соглашения по смыслу пункта 3 *b*) статьи 31, может варьироваться. Молчание одного или нескольких участников может представлять собой принятие последующей практики

⁶⁷⁶ *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment* (см. сноску 671 выше), para. 92 (сноска опущена).

⁶⁷⁷ *European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts* (см. сноску 675 выше), para. 291 (сноска опущена).

⁶⁷⁸ *Ibid.*, para. 307 (цитируемый текст взят из пункта 95 *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment* (см. сноску 671 выше)).

⁶⁷⁹ *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment* (см. сноску 671 выше), para. 93.

в тех случаях, когда обстоятельства требуют определенной реакции.

Комментарий

1) В первом предложении пункта 1 вводится принцип, в соответствии с которым «соглашение» по смыслу пункта 3 а) и б) статьи 31 требует общего понимания участников в вопросах толкования договора. Чтобы это общее понимание повлекло за собой последствия, предусмотренные в пункте 3 статьи 31, участники должны быть осведомлены о нем и согласны с изложенным в нем толкованием. Хотя различия по форме «соглашения» согласно подпунктам а) и б) уже было отмечено в проекте вывода 4 и в комментарии к нему⁶⁸⁰, цель пункта 1 проекта вывода 9 состоит в том, чтобы указать, что общего между этими двумя подпунктами и к какому соглашению по существу пришли участники относительно толкования договора.

2) Элементом, разграничивающим последующие соглашения и последующую практику в качестве аутентичного средства толкования согласно пункту 3 а) и б) статьи 31, с одной стороны, и другую последующую практику в качестве дополнительного средства толкования согласно статье 32⁶⁸¹ – с другой, является «соглашение» участников относительно толкования соответствующего договора. Именно соглашение участников придает средствам толкования согласно пункту 3 статьи 31⁶⁸² их конкретную функцию и ценность для интерактивного процесса толкования в соответствии с общим правилом толкования, предусмотренным статьей 31⁶⁸³.

3) Противоположные позиции, излагаемые различными участниками договора, препятствуют достижению соглашения. Это было подтверждено, в частности, Арбитражным трибуналом в связи с делом *Внешние долги Германии*, который постановил, что сообщения различных управляющих учреждений не позволяют вести речь о наличии «подразумеваемого последующего понимания», поскольку одно из учреждений – Английский банк – изложило иную позицию⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ См. пункт 10) комментария к проекту вывода 4 (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 33).

⁶⁸¹ См. проект вывода 2 и проект вывода 4, пункт 3 (там же, стр. 24 и 31).

⁶⁸² См. Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)...» (сноска 564 выше), p. 30: «Нет никаких оснований считать, что термин "соглашение" в подпункте б) имеет какое-либо иное значение по сравнению с его значением в подпункте а)».

⁶⁸³ См. пункты 12)–15) комментария к проекту вывода 1 (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 22–23); 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, документ A/6309/Rev.1, Part II, стр. 219–220 англ. текста, пункты 8)–9).

⁶⁸⁴ *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,

4) При этом отсутствие соглашения может проявляться только при наличии расхождений в позициях участников и в течение периода сохранения этих различий. Тот факт, что участники осуществляют договор по-разному, сам по себе не позволяет сделать вывод о расхождении их позиций относительно толкования договора. Такое различие может указывать на разногласия по одному правильному толкованию, а также может лишь отражать общее понимание того, что договор обеспечивает определенные возможности для его осуществления по своему усмотрению (см. комментарий к проекту вывода 7, пункты 12)–15) выше). Договоры, в которых отражены соображения человечности и/или другие общечеловеческие интересы – например, договоры о правах человека или о беженцах, – направлены на единообразное толкование, но при этом в них сохраняется определенная возможность осуществления по усмотрению государств.

5) Хотя двусмысленное поведение одного или нескольких участников, как правило, не позволяет установить наличие соглашения⁶⁸⁵, 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 *Против Бигл* Арбитражный суд определил, что, хотя позиции сторон по одному аспекту толкования договора расходятся, это не всегда означает, что подобное отсутствие соглашения является необратимым:

Аналогичным образом переговоры, проводимые для достижения урегулирования и заканчивающиеся неудачей, вряд ли могут иметь необратимый эффект. В крайнем случае это может временно предотвращать пробные шаги участников в поддержку их вариантов толкования [Договора о границе 1881 года], поскольку такие шаги предпринимались в ходе переговоров. Рассмотрение этого вопроса не может быть вынесено на более высокий уровень⁶⁸⁶.

6) Аналогичным образом в связи с делом *Лоизиду против Турции* Европейский суд по правам человека вынес определение, согласно которому сфера ограничений, которые могут устанавливаться участниками 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»⁶⁸⁷. Ссылаясь на пункт 3 б) статьи 31,

vol. XIX (Sales No. E/F.90.V.7), pp. 67 *et seq.*, pp. 103–104, para. 31 (см. также ILR, vol. 59 (1980), p. 494, at p. 540); см. также *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment* (сноска 671 выше), para. 95; и *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, Decision of 14 February 1985, UNRIAA, vol. XIX, p. 149, at p. 175, para. 66.

⁶⁸⁵ *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (сноска 627 выше), at p. 258, para. 70; и Kolb, «La modification d'un traité...» (сноска 640 выше), p. 16.

⁶⁸⁶ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (см. сноску 670 выше), p. 188, para. 171. Договор о границе между Аргентинской Республикой и Республикой Чили, подписанный в Буэнос-Айресе 23 июля 1881 года, см. в United Nations, *Treaty Series*, vol. 2384, No. 1295, p. 205.

⁶⁸⁷ *Loizidou v. Turkey* (см. сноску 667 выше), paras. 79–80.

Суд пояснил, что «такая государственная практика» имеет «единообразный и последовательный характер», хотя он в то же время признал, что оба государства, возможно, являются исключениями⁶⁸⁸. Это решение предполагает некоторую гибкость при решении вопроса о том, было ли между участниками достигнуто соглашение относительно определенного толкования, по крайней мере Европейской конвенции⁶⁸⁹.

7) Термин «соглашение» в Венской конвенции⁶⁹⁰ не предполагает каких-либо особых требований в отношении формы⁶⁹¹, включая «соглашение» по смыслу пункта 3 а) и b) статьи 31⁶⁹². При этом Комиссия отметила, что для проведения различия между последующим соглашением по смыслу пункта 3 а) статьи 31 и последующей практикой, которая «устанавливает соглашение» участников относительно его толкования по смыслу пункта 3 b) статьи 31, первое предполагает наличие «одного общего действия» участников⁶⁹³. Никаких требований о публикации или регистрации соглашения, установленного на основании пункта 3 а) статьи 31, в соответствии со Статьей 102 Устава Организации Объединенных Наций не предусмотрено⁶⁹⁴.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, paras. 80 and 82; это дело касалось не толкования какого-либо отдельного права человека, а скорее вопроса о том, обязано ли государство вообще соблюдать Европейскую конвенцию о правах человека.

⁶⁸⁹ Более ограничительная судебная практика Органа по урегулированию споров ВТО свидетельствует о том, что различные стороны могут толковать вопросы по-разному, см. *United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins («Zeroing»)*, Report of the WTO Panel (WT/DS294/R), изменен AB-2006-2, Report of the WTO Appellate Body (WT/DS294/AB/R), принят 9 мая 2006 года, 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».

⁶⁹⁰ См. статью 2, пункт 1 а), статью 3, статью 24, пункт 2, статьи 39–41, 58 и 60.

⁶⁹¹ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 5) (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 31–32); подтверждено Постоянной палатой третейского суда в деле *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, Award of 7 July 2014, размещен на веб-сайте www.pca-cpa.org/en/cases/18, p. 47, para. 165; Yasseen (сноска 533 выше), p. 45; и Distefano (сноска 533 выше), p. 47.

⁶⁹² Комментарий к проекту вывода 4, пункт 5) (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 31–32); Gardiner, *Treaty Interpretation* (сноска 533 выше), pp. 208–209 and 216–220; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 598 выше), p. 213; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (сноска 534 выше), p. 554, para. 75; и R. Gardiner, «The Vienna Convention rules on treaty interpretation», в D.B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, pp. 475 and 483.

⁶⁹³ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 10) (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 33); «единая комбинированная операция» может также заключаться в обмене письмами, см. *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, Decision of 29 June 1990, ILR, vol. 105 (1997), p. 1, at pp. 54–56; H. Fox, «Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case», в M. Fitzmaurice, O. Elias and P. Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties – 30 Years On*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 59, at p. 63; и Gardiner, *Treaty Interpretation* (сноска 533 выше), pp. 220–221.

⁶⁹⁴ A. Aust, «The theory and practice of informal international instruments», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, No. 4 (October 1986), pp. 789–790.

8) Для установления соглашения по пункту 3 статьи 31 недостаточно одного лишь совпадения позиций участников относительно толкования или применения договора; необходимо, чтобы участники также осознавали и признавали, что эти позиции имеют общий характер. Так, в связи с делом *Остров Касикили/Седуду* Международный Суд в отношении практики, требуемой в соответствии с пунктом 3 b) статьи 31, вынес определение о том, что «власти полностью осознавали и признавали это в качестве подтверждения границ по Договору»⁶⁹⁵. Действительно, только знание и принятие позиции других участников в отношении толкования договора служит основанием для квалификации соглашения по смыслу пункта 3 а) или b) статьи 31 в качестве «аутентичного» средства толкования⁶⁹⁶. В некоторых обстоятельствах знание и принятие позиции другого участника или участников может предполагаться, особенно в случае договоров, осуществляемых на национальном уровне.

9) Цель второго предложения пункта 1 – подтвердить, что «соглашение» по смыслу пункта 3 статьи 31 необязательно должно иметь обязательную юридическую силу⁶⁹⁷ в отличие от других положений Венской конвенции, где термин «соглашение употребляется для обозначения юридически обязательного документа»⁶⁹⁸.

10) Этот вывод подтверждается тем, что Комиссия в своих заключительных статьях о праве договоров использовала выражение «любая последующая практика, устанавливающая понимание* участников»⁶⁹⁹. Слово «понимание» предполагает, что термин «соглашение» в пункте 3 статьи 31 не требует, чтобы участники тем самым принимали на себя или создавали какое-либо правовое обязательство, существующее в дополнение к договору или независимо от него⁷⁰⁰. На Венской конференции слово «понима-

⁶⁹⁵ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 539 выше), p. 1094, para. 74 («оккупация острова племенем Масубия»), and pp. 1077–1078, para. 55 («Доклад Изона, [о котором] так и не стало известно Германии»); и Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (сноска 534 выше), p. 560, para. 88.

⁶⁹⁶ В этом отношении установление последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31 может быть более жестким требованием по сравнению с тем, что требуется в соответствии с международным обычным правом, однако см. при этом Boisson de Chazournes, «Subsequent practice...» (сноска 537 выше), pp. 53–55.

⁶⁹⁷ Комментарий к проекту вывода 4, пункт 6) (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 32); P. Gautier, «Non-binding agreements», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, интернет-версия размещена на веб-сайте <http://opil.ouplaw.com/home/MPIL>, para. 14; M. Benatar, «From probative value to authentic interpretation: the legal effect of interpretative declarations», *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), p. 170, at pp. 194–195; и Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 598 выше), p. 213; и Gardiner, *Treaty Interpretation* (сноска 533 выше), p. 217; см. также Nolte, «Third report for the ILC Study Group on treaties over time» (сноска 673 выше), p. 307, at p. 375.

⁶⁹⁸ См. статью 2, пункт 1 а); статью 3; статью 24, пункт 2; и статьи 39–41, 58 и 60.

⁶⁹⁹ *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, Part II, стр. 221–222 англ. текста, пункт 15).

⁷⁰⁰ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (см. сноску 670 выше), p. 187, para. 169; *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...* (см. сноску 684 выше), para. 31; Karl (сноска 534 выше),

ние» было заменено термином «соглашение» не по причинам существа, а по причинам сугубо «редакционного характера» – чтобы подчеркнуть, что понимание участников означает их «общее» понимание⁷⁰¹. Соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31, отличающееся от соглашения по смыслу пункта 3 b) статьи 31 только по форме, но не по существу, также не должно непременно иметь обязательную юридическую силу⁷⁰².

11) Таким образом, достаточно того, чтобы участники, посредством последующего соглашения или последующей практики согласно пункту 3 статьи 31, придали договору определенное значение⁷⁰³ или, иными словами, приняли некое «понимание» этого договора⁷⁰⁴. Последующие соглашения и последующая практика согласно пункту 3 а) и b) статьи 31, даже если они сами по себе не имеют обязательной юридической силы, могут тем не менее в качестве средств толкования приводить к возникновению юридических последствий в рамках процесса толкования согласно статье 31⁷⁰⁵. Соответственно, международные суды и трибуналы не требовали, чтобы «соглашение» по смыслу пункта 3 статьи 31 отражало намерение участников создать новые или отдельные обязательства, имеющие обязательную юридическую силу⁷⁰⁶. Аналогичным образом меморандумы

pp. 190–195; Kolb, «La modification d'un traité...» (сноска 640 выше), pp. 25–26; и Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (сноска 534 выше), pp. 169–171.

⁷⁰¹ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session...* (A/CONF.39/11) (сноска 535 выше), p. 169, at paras. 59–60; P. Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États», в N. Angelet et al. (eds.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Brussels, Bruylant, 2007, p. 425, at p. 431: *La lettre a) du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l'on peut supposer que le terme «accord» est ici utilisé dans un sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au «traité» défini à l'article 2 de la [C]onvention de Vienne. Ainsi, l'accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique* (сноска опущена).

⁷⁰² Gautier, «Non-binding agreements» (см. сноску 697 выше), para. 14; и Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 598 выше), pp. 211 and 213.

⁷⁰³ Эта терминология соответствует положениям комментария к руководящему принципу 1.2 (Определение заявлений о толковании), содержащегося в Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам, принятом Комиссией на ее шестьдесят третьей сессии (*Ежегодник... 2011 год*, том II (часть третья), стр. 60–61, пункты 18)–19)).

⁷⁰⁴ *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, Part II, стр. 221–222 англ. текста, пункты 15)–16) (термин «понимание» используется как в контексте формулировки, ставшей впоследствии пунктом 3 а) статьи 31, так и формулировки, которая стала пунктом 3 b) статьи 31).

⁷⁰⁵ *United States–United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, Award on the First Question, Decision of 30 November 1992, UNRIAA, vol. XXIV (Sales No. E/F.04.V.18), p. 3, at p. 131, para. 6.8; Aust, «The theory and practice of informal international instruments» (см. сноску 694 выше), pp. 787 and 807; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (сноска 534 выше), p. 173; Hafner (сноска 609 выше), pp. 110–113; и Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne...» (сноска 701 выше), p. 434.

⁷⁰⁶ Например, «pattern implying the agreement of the parties regarding its interpretation» (*Japan–Alcoholic Beverages II* (см. сноску 664 выше), p. 16); или «pattern... must imply agreement on the interpretation of the relevant provision» (*European Communities and its Members States – Tariff Treatment of Certain Information Technology Products, Reports of the WTO Panel* (WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R), принят 21 сентября 2010 года, para. 7.558); или

о взаимопонимании иногда признавались в качестве «потенциально важного подспорья для толкования», но не «источника независимых юридических прав и обязанностей»⁷⁰⁷.

12) С другой стороны, некоторые члены Комиссии считали, что термин «соглашение» имеет одно и то же значение во всех положениях Венской конвенции. По мнению этих членов, этот термин означает любое понимание, которое имеет юридическую силу между соответствующими государствами, и судебная практика, упомянутая в настоящем комментарии, не противоречит этому определению. Подобное определение не мешало бы учету для целей толкования понимания, не имеющего обязательной юридической силы, в соответствии со статьей 32.

13) В первом предложении пункта 2 подтверждается принцип, согласно которому для установления соглашения по смыслу пункта 3 b) статьи 31 не все участники должны осуществлять какую-либо определенную практику. Во втором предложении дается пояснение о том, что принятие такой практики участниками, которые ее не осуществляют, при некоторых обстоятельствах может вытекать из их молчания или бездействия.

14) Комиссия изначально признала, что «соглашение», вытекающее из последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31, может отчасти являться следствием молчания или бездействия одного или нескольких участников. Когда Комиссия поясняла причины, по которым она использовала выражение «понимание участников» в проекте пункта 3 b) статьи 27 (которое впоследствии в пункте 3 b) статьи 31 стало «соглашением» (см. пункт 10 выше)), а не выражение «понимание всех участников», Комиссия заявила следующее:

Она сочла, что выражение «понимание участников» обязательно означает «участников в целом». Она опустила слово «всех» лишь для того, чтобы избежать любого возможного неправильного понимания, согласно которому каждый участник должен в индивидуальном порядке осуществлять практику, тогда как то, что оно приняло эту практику, является достаточным⁷⁰⁸.

15) Международный Суд также признал возможность выражения согласия относительно толкования посредством молчания или бездействия, заявив в решении по *Делу, касающемуся Храма Прэахвихеа*, что, «когда ясно, что сложившиеся обстоятельства требовали принятия определенных мер реагирования в течение разумного периода времени», следует

«practice [which] reflects an agreement as to the interpretation» (*The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim) (сноска 621 выше), p. 119, para. 116); или что «State practice» была «indicative of a lack of any apprehension on the part of the Contracting States» (*Banković and Others v. Belgium and Others* (см. сноску 555 выше), para. 62).

⁷⁰⁷ *United States–United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (см. сноску 705 выше), at p. 131, para. 6.8; 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 (Sales No. 06.V.8), p. 35, at p. 98, para. 157.

⁷⁰⁸ *Ежегодник... 1966 год*, том II, документ A/6309/Rev.1, Part II, стр. 221–222 англ. текста, пункт 15).

считать, что государство, столкнувшееся с некоторым последующим поведением другого участника, «молчаливо согласилось с ним»⁷⁰⁹. Это общее утверждение Суда о роли молчания в целях установления соглашения относительно толкования договора в силу последующей практики было подтверждено последующими решениями⁷¹⁰, а также получило общую поддержку юристов-теоретиков⁷¹¹. «Обстоятельства», которые «потребуяют принятия определенных мер реагирования», включают особые условия, в которых государства-участники взаимодействуют друг с другом в связи с договором⁷¹².

16) В рамках дела *Против Бигл* Арбитражный суд рассматривал утверждение Аргентины о том, что юрисдикционные акты Чили в отношении некоторых островов не могут считаться релевантным последующим поведением, поскольку Аргентина не отреагировала на эти акты. При этом Суд вынес следующее определение:

В положениях Венской конвенции возможные способы проявления «соглашения» не указываются. В контексте настоящего дела юрисдикционные акты не были направлены на установление источника права собственности независимо от условий договора; к тому же нельзя считать, что они противоречат этим положениям в том виде, как их понимает Чили. Имеющиеся данные подтверждают точку зрения о том, что они имели публичный характер, были хорошо известны Аргентине и могли основываться только на положениях Договора. При таких обстоятельствах молчание Аргентины позволяет сделать вывод о том, что эти акты имели своей целью подтвердить толкование смысла Договора независимо от самих юрисдикционных актов⁷¹³.

В связи с тем же делом Арбитражный суд отметил следующее:

⁷⁰⁹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (см. сноску 573 выше), p. 23.

⁷¹⁰ *Oil Platforms, Preliminary Objection, Judgment of 12 December 1996* (сноска 547 выше), 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. Anto Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment of 10 December 1998, Trial Chamber, International Tribunal for the Former Yugoslavia, *Judicial Reports 1998*, vol. 1, p. 466, at p. 591, para. 179; *Rantsev v. Cyprus and Russia* (см. сноску 659 выше), para. 285; осмотрительно: *European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts* (см. сноску 675 выше), para. 272; см. также частичное подтверждение, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, Case No. 16, Award No. 30-16-3 of 18 March 1983, Iran–United States Claims Tribunal, *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1983-I), p. 141, at p. 144; и *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...* (см. сноску 684 выше), para. 31.

⁷¹¹ Kamto, «La volonté de l'État...» (сноска 626 выше), pp. 134–141; Yasseen (сноска 533 выше), p. 49; Gardiner, *Treaty Interpretation* (см. сноску 533 выше), p. 236; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (сноска 611 выше), pp. 431–432, para. 22; и Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (сноска 534 выше), pp. 557–559, paras. 83 and 86.

⁷¹² 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; и Kamto, «La volonté de l'État...» (сноска 626 выше), p. 136.

⁷¹³ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (см. сноску 670 выше), p. 187, para. 169 (a).

Само опубликование нескольких карт крайне сомнительного содержания и ценности (как это уже продемонстрировал Суд) не может, даже если это отражает официальную позицию Аргентины, помешать или воспрепятствовать Чили совершить действия, которые в свою очередь продемонстрируют ее позицию в отношении ее прав по [Договору о границе 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 Договору⁷¹⁴.

17) Смысл молчания также зависит от правовой ситуации, к которой относится последующая практика другого участника, и соответствующего выраженного требования. Так, в своем постановлении по делу, касающемуся *Сухопутной и морской границы между Камеруном и Нигерией* Международный Суд указал следующее:

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 Нигерии⁷¹⁵.

18) Это постановление предполагает, что в ситуациях с договорами о делимитации границ сложившиеся обстоятельства будут требовать какой-либо реакции на поведение, направленное против делимитации, лишь в самых исключительных случаях. В таких ситуациях, как представляется, существует обоснованная презумпция в отношении того, что молчание не означает признания практики⁷¹⁶.

19) Актуальность молчания или бездействия для установления соглашения относительно толкования в значительной степени зависит от обстоятельств конкретного дела. Решения международных судов и трибуналов показывают, что факт принятия практики одним или несколькими участниками посредством молчания или бездействия установить непросто.

20) Например, международные суды и трибуналы неохотно соглашались признавать в качестве последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31 парламентские акты или решения национальных судов, на которые другие участники договора должны реагировать, даже если такие акты или судебные решения были доведены до их сведения по другим каналам,

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 188, para. 171.

⁷¹⁵ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment* (см. сноску 635 выше), pp. 352–353, para. 67.

⁷¹⁶ *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*»; см. также *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 554, at p. 586, para. 63; *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, Decision of 31 July 1989, UNRIAA, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3), p. 119, at p. 181, para. 70 (несогласное мнение судьи Беджауи) (на французском языке; перевод на английский язык воспроизводится в *ibid.*, Annex to the Application Instituting Proceedings of the Government of the Republic of Guinea-Bissau).

в том числе через их собственную дипломатическую службу⁷¹⁷.

21) Кроме того, даже в случаях, когда участник своим поведением выражает определенную позицию по отношению к другому участнику (или участникам) относительно толкования договора, это не всегда требует принятия мер реагирования со стороны другого участника или участников. В решении по делу *Остров Касикили/Седуду* Международный Суд указал, что государство, не отреагировавшее на выводы совместной комиссии экспертов, которой участники поручили определить конкретную фактическую ситуацию в отношении предмета спора, не обеспечило таким образом основание для вывода о том, что в этом споре было достигнуто соглашение⁷¹⁸. Суд счел, что стороны рассматривали работу экспертов лишь как подготовительный шаг к отдельному решению, которое должно впоследствии приниматься на политическом уровне. В более общем плане Апелляционный орган ВТО вынес определение о том, что

в конкретных ситуациях «отсутствие реакции» со стороны какого-либо участника договора или его молчание могут, с учетом сопутствующих обстоятельств, восприниматься как признание практики других участников договора. Такие ситуации могут наблюдаться в случаях, когда участник, который не осуществлял практику, узнал или был проинформирован о практике других участников (например, посредством уведомления или в связи с участием в форуме, на котором она обсуждается), но не реагирует на нее⁷¹⁹.

Этот подход был подтвержден Международным трибуналом по морскому праву. Принимая во внимание практику государств в сфере толкования статей 56, 58 и 73 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, Трибунал указал следующее:

Трибунал признает, что в национальном законодательстве некоторых государств, причем не только в Западноафриканском регионе, но и в ряде других регионов мира, бункеровка иностранных судов, ведущих рыбный промысел в их исключительных экономических зонах, регламентируется путем, аналогичным тому, который принят в Гвинее-Бисау. Трибунал далее отмечает, что явного противоречия этому законодательству не выявлено и что оно в целом соблюдается⁷²⁰.

22) Возможное правовое значение молчания или бездействия в связи с последующей практикой какого-либо участника договора не ограничивается содействием возможному достижению основополагающего общего соглашения; оно может также играть определенную роль в применении норм, не основываю-

щихся на согласии, таких как эстоппель, препятствие осуществлению или срок исковой давности⁷²¹.

23) Когда между участниками установлено соглашение по смыслу пункта 3 а) и b) статьи 31, его действие может со временем завершиться. В соответствии с пунктом 3 статьи 31 участники могут заменить его другим соглашением с иной сферой действия или содержанием. В этом случае новое соглашение заменяет предыдущее в качестве аутентичного средства толкования начиная с даты его вступления в силу, по крайней мере на определенный период времени в будущем⁷²². Однако такие ситуации не следует допускать с легкостью, поскольку государства, как правило, не изменяют своего толкования по соображениям краткосрочного характера.

24) Возможны и случаи, когда между участниками возникают разногласия относительно толкования договора после достижения ими последующего соглашения относительно такого толкования. Однако такие разногласия, как правило, не приводят к замене первоначального последующего соглашения, поскольку принцип добросовестности не позволяет участнику просто дезавуировать законные ожидания, возникшие в связи с общим толкованием⁷²³. С другой стороны, четко выраженное одним участником дезавуирование ранее согласованной последующей практики «значительно снижает значимость практики после этой даты», не умаляя при этом значения предыдущей общей практики⁷²⁴.

Вывод 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, зависит в первую очередь от договора и любых применимых правил процедуры. В зависимости от обстоятельств такое решение может воплощать в себе, в ясной форме или имплицитно, последующее соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31 или приводить к формированию последующей практики по смыслу пункта 3 b) статьи 31 или последующей практики по смыслу статьи 32. Решения, принятые в рамках Конференции государств-участников, часто предоставляют неэкс-

⁷¹⁷ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (см. сноску 583 выше), pp. 650–651, para. 48; и *European Communities—Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts* (см. сноску 675 выше), para. 334 («простой доступ к опубликованному решению не может быть равнозначен признанию»).

⁷¹⁸ *Kasikili/Sedudu Island* (см. сноску 539 выше), pp. 1089–1091, paras. 65–68.

⁷¹⁹ *European Communities—Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts* (см. сноску 675 выше), para. 272 (сноска опущена).

⁷²⁰ *The M/V «Virginia G» Case (Panama/Guinea-Bissau)*, Case No. 19, Judgment of 14 April 2014, International Tribunal for the Law of the Sea, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders 2014*, pp. 4 *et seq.*, at p. 64, para. 218.

⁷²¹ *Certain expenses of the United Nations* (см. сноску 540 выше), pp. 182 *et seq.* (несогласное мнение судьи Шпендера).

⁷²² Hafner (см. сноску 609 выше), p. 118; это, по мнению Ясина, означает, что действие толковательной силы соглашения согласно пункту 3 статьи 31 необязательно начинается с даты вступления договора в силу ((сноска 533 выше), p. 47).

⁷²³ Karl (см. сноску 534 выше), p. 151.

⁷²⁴ *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (см. сноску 545 выше), p. 56, para. 142. Информация размещена на веб-сайте www.icj-cij.org/en/case/137.

кклюзивный ряд практических вариантов для имплементации договора.

3. Решение, принятое в рамках Конференции государств-участников, воплощает в себе последующее соглашение или последующую практику согласно пункту 3 статьи 31 в той степени, в которой оно отражает соглашение по существу между участниками относительно толкования договора, независимо от формы и процедуры принятия решения, в том числе путем консенсуса.

Комментарий

1) В проекте вывода 10 рассматривается особая форма действий государств, которая может привести к последующему соглашению или последующей практике по смыслу пункта 3 статьи 31 или к последующей практике по смыслу статьи 32, а именно к решениям, принятым в рамках конференций государств-участников⁷²⁵.

2) Как правило, государства используют конференции государств-участников в качестве одной из форм деятельности для постоянного процесса обзора и имплементации многосторонних договоров⁷²⁶. Такие конференции можно приблизительно разделить на две основные категории. К первой из них относится ряд конференций, фактически являющихся органом какой-либо международной организации, в рамках которой государства-участники действуют в качестве членов этого органа (например, совещания государств-участников Всемирной торговой организации, Организации по запрещению химического оружия или Международной организации гражданской авиации)⁷²⁷. Такие конференции государств-участников не относятся к сфере охвата проекта вывода 10, который не затрагивает последующую практику международных организаций и внутри международных организаций⁷²⁸. Вторая категория включает в себя другие конференции государств-участников, созываемые в соответствии с договорами, не учреждающими международную организацию; такие договоры, скорее, предусматривают лишь проведение с боль-

шей или меньшей периодичностью совещаний государств-участников для рассмотрения их действия и имплементации. Такие конференции по рассмотрению действия служат основой для сотрудничества между государствами-участниками и их последующего поведения в отношении договора. Кроме того, каждый из этих видов конференций государств-участников может выполнять конкретные задачи в части внесения поправок и/или адаптации договоров. К соответствующим примерам относятся механизм проведения конференций по рассмотрению действия Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении 1972 года⁷²⁹, Конференция по рассмотрению действия, проводимая в соответствии с пунктом 3 статьи VIII Договора о нераспространении ядерного оружия 1968 года⁷³⁰, и конференции государств-участников, созываемые в соответствии с международными договорами в области охраны окружающей среды⁷³¹. Международная китобойная комиссия (МКК), учрежденная на основании Международной конвенции по регулированию китобойного промысла 1946 года⁷³², представляет собой пограничный случай между двумя основными категориями конференций государств-участников, и ее последующая практика была учтена в постановлении Международного Суда по делу *Китобойный промысел в Антарктике*⁷³³.

3) Поскольку конференции государств-участников обычно учреждаются договорами, они в некотором смысле являются «договорными органами». При этом их не следует путать с органами, состоящими из независимых экспертов, или с органами ограниченного состава. Конференции государств-участников – это совещания, которые проводятся с большей или мень-

⁷²⁵ К числу других обозначений относятся совещания участников или ассамблеи государств-участников.

⁷²⁶ См. V. Röben, «Conference (Meeting) of States Parties», в R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford University Press, 2012, p. 605 (размещен на веб-сайте <http://opil.ouplaw.com/home/epil>); R.R. Churchill and G. Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law», *AJIL*, vol. 94, No. 4 (October 2000), p. 623; J. Brunnee, «COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, No. 1 (2002), p. 1; A. Wiersema, «The new international law-makers? Conferences of the Parties to multilateral environmental agreements», *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, No. 1 (Fall 2009), p. 231; и L. Boisson de Chazournes, «Environmental treaties in time», *Environmental Policy and Law*, vol. 39, No. 6 (2009), p. 293.

⁷²⁷ Марракешское соглашение об учреждении Всемирной торговой организации 1994 года; Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении 1993 года; и Конвенция о международной гражданской авиации 1944 года.

⁷²⁸ Последующие соглашения и последующая практика в отношении договоров об учреждении международных организаций будут рассматриваться в другом докладе.

⁷²⁹ Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении, статья XI. В рамках 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» (статья XII).

⁷³⁰ 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 преамбуле, и положения Договора осуществляются». С помощью таких решений государства-участники постатейно рассматривают действие Договора о нераспространении ядерного оружия и выработывают выводы и рекомендации относительно последующих действий.

⁷³¹ К соответствующим примерам относятся Конференция участников Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата 1992 года; Конференция сторон, действующая в качестве Совещания сторон Киотского протокола [1997 года] 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, 1971 года.

⁷³² Эта Конвенция зачастую квалифицируется как документ об учреждении международной организации, однако это не совсем так; при этом она наделяет МКК чертами, соответствующими настоящему определению конференции государств-участников.

⁷³³ *Whaling in the Antarctic* (см. сноску 548 выше).

шей периодичностью и являются открытыми для всех участников договора.

4) Чтобы отразить все богатство разнообразия конференций государств-участников и тех правил, по которым они функционируют, в пункте 1 дается широкое определение термина «Конференция государств-участников» для целей настоящих проектов выводов, из которого исключается только действие государств в качестве членов органа международной организации (ему будет посвящен один из последующих проектов выводов).

5) В первом предложении пункта 2 признается, что юридическое воздействие любых актов, принимаемых конференциями государств-участников, в значительной степени зависит от правил функционирования этих конференций, прежде всего от учредительного договора и любых применимых правил процедуры. На конференциях государств-участников принимаются различные акты, в том числе по рассмотрению вопросов имплементации договора, обзору действия самого договора и решениям в рамках процедур внесения поправок⁷³⁴.

6) Полномочия конференции государств-участников могут быть оговорены в общих положениях, в специальных положениях или в обоих указанных видах положений. Например, пункт 2 статьи 7 Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата начинается со следующей общей формулировки, предвещающей перечисление 13 конкретных задач Конференции, одна из которых касается рассмотрения обязательств Сторон по договору:

Конференция Сторон, являющаяся высшим органом настоящей Конвенции, регулярно рассматривает вопрос об осуществлении Конвенции и любых связанных с ней правовых документов, которые могут быть приняты Конференцией Сторон, и выносит в пределах своих полномочий решения, необходимые для содействия эффективному осуществлению Конвенции.

7) В конкретных положениях, содержащихся в различных договорах, говорится о том, что конференция государств-участников предлагает «руководящие принципы» для осуществления отдельных статей договора⁷³⁵ или дает определение «соответствующих

принципов, условий, правил и руководящих принципов» для того или иного механизма договора⁷³⁶.

8) Процедуры внесения поправок (в широком смысле этого термина) включают в себя процедуры, по которым могут вноситься поправки в первоначальный текст договора (в большинстве случаев такие поправки должны быть ратифицированы государствами-участниками в соответствии с их конституционными процедурами), а также процедуры молчаливого принятия и неучастия⁷³⁷, которые обычно применяются к приложениям, содержащим перечни веществ, видов или другие элементы, которые необходимо обновлять на регулярной основе⁷³⁸.

9) В качестве отправной точки пункт 2 предусматривает, что юридическое воздействие решения, принятого в рамках Конференции государств-участников, зависит в первую очередь от соответствующего договора и любых применимых правил процедуры. Выражение «в первую очередь» позволяет охватить вспомогательные нормы «если договором не предусмотрено иное» (см., например, статьи 16, 20, 22 (пункт 1), 24, 70 (пункт 1) и 72 (пункт 1) Венской конвенции о праве международных договоров). Слово «любых» поясняет, что правила процедуры конференций государств-участников, если таковые имеются, будут применяться, поскольку возможны ситуации, когда такие конференции работают без специально принятых правил процедуры⁷³⁹.

10) Во втором предложении пункта 2 признается, что решения конференций государств-участников могут представлять собой последующее соглашение или последующую практику относительно толкования договора в соответствии со статьями 31 и 32 Венской конвенции. Решения, принятые в рамках конференций государств-участников, могут выполнять важную функцию по определению общего понимания участниками смысла договора.

11) Решения конференций государств-участников, в частности, могут представлять собой или отражать последующие соглашения по смыслу пункта 3 а) статьи 31, на основании которых участники осуществляют толкование соответствующего договора. Например, Конференция по рассмотрению действия Конвенции о биологическом оружии регулярно принимает «договоренности и дополнительные соглашения» относительно толкования положений Конвенции. Эти соглашения были одобрены государствами-участниками путем консенсуса в рамках

⁷³⁴ Конвенция о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве местообитаний водоплавающих птиц: пункт 1 статьи 6 (о функциях по рассмотрению действия) и статья 10-бис (Протокол 1982 года о внесении изменений в вышеупомянутую Конвенцию, статья 1) (о поправках); Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата: пункт 2 статьи 7 (о полномочиях в отношении рассмотрения действия) и статья 15 (о поправках); Киотский протокол к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, пункт 4 статьи 13 (о полномочиях Конференции Сторон, действующей в качестве Сопредседателя Сторон Киотского протокола, в отношении рассмотрения действия) и статья 20 (о процедурах внесения поправок); Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, статья XI (о конференции участников по рассмотрению действия) и статья XVII (о процедурах внесения поправок); Договор о нераспространении ядерного оружия; Рамочная конвенция ВОЗ по борьбе против табака, пункт 5 статьи 23 (о полномочиях в отношении рассмотрения действия), статья 28 (о поправках) и статья 33 (о протоколах).

⁷³⁵ Статьи 7 и 9 Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака.

⁷³⁶ Одним из примеров является статья 17 Киотского протокола к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата, касающаяся торговли выбросами, см. Churchill and Ulfstein (сноска 726 выше), p. 639; и J. Brunnée, «Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements», в R. Wolfrum and V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, pp. 110–115.

⁷³⁷ См. J. Brunnée, «Treaty amendments», в D.B. Hollis, (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, pp. 354–360.

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ Как, например, в случае Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата.

конференций по рассмотрению действия Конвенции и «загроунили все статьи договора для решения конкретных вопросов по мере их возникновения»⁷⁴⁰. На основе таких пониманий государства-участники толкуют положения Конвенции, определяя, конкретизируя или иным образом развивая значение и сферу охвата положений, а также принимая руководящие принципы для их имплементации. Группа имплементационной поддержки осуществления Конвенции по биологическому оружию⁷⁴¹ 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 положение⁷⁴².

12) В этом же ключе Конференция государств – участников Конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов приняла резолюции о толковании этой Конвенции. Подотдел по правовым вопросам Международной морской организации (ИМО) по просьбе руководящих органов вынес относительно «интерпретирующей резолюции» Конференции государств – участников Лондонской конвенции следующее заключение:

Согласно пункту 3 a) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (Венская конвенция) при толковании договора учитываются последующие соглашения между участниками. В этой статье не указана какая-либо конкретная форма последующего соглашения, содержащего такое толкование. Как представляется, это указывает на то, что, если цель толкования ясна, оно может принимать различные формы, в том числе форму резолюции, принятой на совещании Сторон, или даже решения, зафиксированного в кратких отчетах совещания Сторон⁷⁴³.

13) Аналогичным образом юрисконсульт Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ) в целом указал, что

[р]ешения Конференции Сторон, как высшего органа в составе всех Сторон [Рамочной конвенции по борьбе против табака], безусловно представляют собой «последующее соглашение между

участниками относительно толкования договора», как это указывается в статье 31 Венской конвенции⁷⁴⁴.

14) Ученые также рассматривали решения конференций государств-участников в качестве решений, воплощающих в себе последующие соглашения⁷⁴⁵, и отметили, что

[т]акие заявления не являются юридически обязательными как таковые, однако они могут иметь юридическую значимость, особенно в качестве одного из источников авторитетных толкований договора⁷⁴⁶.

15) В отношении роли МКК согласно Международной конвенции по регулированию китобойного промысла Международный Суд указал:

В статье VI Конвенции говорится, что «Комиссия может время от времени делать рекомендации одному или всем Договаривающимся Правительствам по любому вопросу, касающемуся китов или китобойного промысла или целей и задач настоящей Конвенции». Эти рекомендации, принимаемые в форме резолюций, не имеют обязательной силы. Однако, когда они принимаются консенсусом или единогласно, они могут быть релевантными для толкования Конвенции или Приложения к ней⁷⁴⁷.

16) Следующие примеры являются свидетельствами в поддержку утверждения о том, что решения конференций участников могут представлять собой последующие соглашения по смыслу пункта 3 a) статьи 31.

17) Статья I, пункт 1), Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении предусматривает, что государства-участники обязуются

никогда и ни при каких обстоятельствах не разрабатывать, не производить, не накапливать, не приобретать каким-либо иным образом и не сохранять... микробиологические или другие биологические агенты или токсины, каково бы ни было их происхождение или метод производства, таких видов и в таких количествах, которые не предназначены для профилактических, защитных или других мирных целей;

18) На третьей Конференции по рассмотрению действия Конвенции (1991 год) государства-участники конкретно указали на то, что запреты, установленные в настоящем положении, касаются «микробиологических и других биологических агентов или токсинов,

⁷⁴⁰ См. P. Millett, «The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, No. 1 (2010), p. 33.

⁷⁴¹ Группа имплементационной поддержки осуществления Конвенции по биологическому оружию была создана Конференцией государств-участников для оказания Конференции административной поддержки и усиления мер по укреплению доверия среди государств-участников (см. Заключительный документ шестой Конференции государств – участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении по рассмотрению действия Конвенции (BWC/CONF.VI/6), стр. 27–28).

⁷⁴² 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), пункт 1.

⁷⁴³ Пункт 4 повестки дня (Удобрение океана), представленный Секретариатом документ о процедурных требованиях, касающихся решения относительно интерпретирующей резолюции – заключение Подотдела по правовым вопросам ИМО (IMO, document LC 33/J/6, para. 3).

⁷⁴⁴ Конференция Сторон Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака, Межправительственный орган по переговорам в отношении Протокола о незаконной торговле табачными изделиями, «Пересмотренный текст Председателя для протокола о незаконной торговле табачными изделиями: юридическое заключение по сфере применения протокола», Записка юрисконсульта ВОЗ о сфере применения протокола о незаконной торговле табачными изделиями (ВОЗ, документ FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, приложение, пункт 8); и см. S.F. Halabi, «The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, No. 1 (2010), pp. 135–136.

⁷⁴⁵ D.H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford University Press, 2011, p. 83 (относительно Договора о нераспространении ядерного оружия); и Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (см. сноску 598 выше), pp. 213–214.

⁷⁴⁶ B.M. Carnahan, «Treaty review conferences», *AJIL*, vol. 81, No. 1 (January 1987), p. 229.

⁷⁴⁷ *Whaling in the Antarctic* (см. сноску 548 выше), p. 248, para. 46.

которые вредны для растений и животных, а также для человека»⁷⁴⁸.

19) Пункт 9 статьи 4 Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой, стал поводом для дискуссии относительно определения термина «государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола». Этот пункт гласит:

Для целей настоящей статьи термин «государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола» включает применительно к конкретному регулируемому веществу государство или региональную организацию экономической интеграции, которые не согласились считать для себя обязательными меры регулирования, действующие в отношении этого вещества.

20) В отношении гидрохлорфторуглеродов (ГХФУ) две соответствующие поправки – Пекинская и Копенгагенская – предусматривают обязательства, в связи с которыми встал вопрос о том, нужно ли государству для того, чтобы «не являться Стороной настоящего Протокола», еще и не являться стороной обеих этих поправок. КС приняла следующее решение:

Термин «государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола» включает все другие государства и региональные организации экономической интеграции, которые не согласились считать для себя обязательными Копенгагенскую и Пекинскую поправки⁷⁴⁹.

21) Хотя акты, являющиеся результатом процедуры молчаливого признания (см. пункт 8) выше), как таковые не представляют собой последующие соглашения участников по смыслу пункта 3 а) статьи 31, они могут, помимо своего главного действия согласно договору, при определенных обстоятельствах подразумевать наличие такого последующего соглашения. Один из примеров тому связан с некоторыми

⁷⁴⁸ Заключительный документ третьей Конференции участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении (BWC/CONF.III/23), Заключительная декларация, часть II, стр. 11.

⁷⁴⁹ Решение XV/3 об обязательствах сторон Пекинской поправки согласно статье 4 Монреальского протокола в отношении гидрохлорфторуглеродов; само определение сформулировано следующим образом: «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, 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; б) 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; в) признавая, однако, практические трудности – с точки зрения сроков, – связанные с принятием упомянутого выше толкования термина "государство, не являющееся Стороной настоящего Протокола", пункт 1 б) 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; 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» (UNEP/OzL.Pro.15/9, глава XVIII.A).

решениями Конференции Сторон Конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов 1972 года. На своей шестнадцатой сессии в 1993 году Консультативное совещание договаривающихся сторон приняло три поправки к приложению I путем применения процедуры молчаливого согласия, предусмотренной в Конвенции⁷⁵⁰. Как таковые, эти поправки не являлись последующими соглашениями, но при этом они подразумевали широкое толкование самого основного договора⁷⁵¹. Поправка ссылается и опирается на резолюцию, принятую на Консультативном совещании, которое было проведено тремя годами ранее и на котором было достигнуто соглашение сторон о том, что «Лондонская конвенция о сбросах является надлежащей структурой для рассмотрения вопроса об удалении низкорadioактивных отходов в находящихся под морским дном хранилищах, доступных со стороны моря»⁷⁵². 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»⁷⁵³. Таким образом, эта поправка подтвердила, что в интерпретирующей резолюции содержится последующее соглашение относительно толкования договора.

22) Пункт 5 статьи 17 Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением гласит, что «[п]оправки... вступают в силу для тех Сторон, которые согласились с ними, на девятый день после получения депозитарием ратификационной грамоты или документа об их одобрении, официальном подтверждении или принятии по меньшей мере тремя четвертями Сторон, их принявшими...». Действуя в русле инициативы, выдвинутой Индонезией и Швейцарией, Конференция Сторон решила пояснить требование в отношении принятия поправок тремя четвертями Сторон и согласилась с тем, что

без ущерба любым другим международным природоохранным соглашениям, пункт 5 статьи 17 Базельской конвенции следует толковать так, что для вступления такой поправки в силу необходимо ее принятие тремя четвертями Сторон, являвшихся Сторонами на момент принятия данной поправки, отмечая, что

⁷⁵⁰ См. резолюции LC.49 (16), LC.50 (16) и LC.51 (16) от 12 ноября 1993 года, принятые на шестнадцатом консультативном совещании договаривающихся сторон, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1775, p. 395; во-первых, на совещании 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. Наконец, было принято решение заменить пункт 6 приложения I о запрещении сброса радиоактивных отходов или других радиоактивных веществ (см. также «Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972», *Focus on IMO* (IMO, July 1997).

⁷⁵¹ 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, сноска 726 выше, p. 638).

⁷⁵² IMO, resolution LDC.41 (13), para. 1 (IMO, document LDC 13/15 (1990), annex 7).

⁷⁵³ Churchill and Ulfstein, сноска 726 выше, p. 641.

подобное толкование пункта 5 статьи 17 не принуждает ни одну из Сторон ратифицировать Запретительную поправку⁷⁵⁴.

Данное решение о толковании пункта 5 статьи 17 было принято Сторонами путем консенсуса; при этом многие государства-участники подчеркнули, что конференции государств-участников любой конвенции являются «высшим органом для ее толкования»⁷⁵⁵. Хотя в этом случае предполагается, что упомянутое решение представляет собой соглашение участников по смыслу пункта 3 а) статьи 31, это решение было принято после обсуждения вопроса о том, требуется ли для достижения такого результата официальная поправка к Конвенции⁷⁵⁶. Следует также отметить, что представитель Японии просил отразить эту позицию в докладе о работе Конференции и заявил, что его делегация «поддерживает основанный на учете ситуации по состоянию на текущий момент времени подход к толкованию положения Конвенции, касающегося вступления поправок в силу, как это изложено в юридическом заключении, сделанном Управлением Организации Объединенных Наций по правовым вопросам в качестве Депозитария»⁷⁵⁷, и согласился с подходом, предусматривающим использование «фиксированной даты», который был сформулирован *исключительно для этого конкретного случая** в решении о провозглашенной Индонезией и Швейцарией страновой инициативе»⁷⁵⁸.

23) Предыдущие примеры показывают, что решения конференций государств-участников при определенных обстоятельствах могут воплощать последующие соглашения по смыслу пункта 3 а) статьи 31 и приводить к формированию последующей практики по смыслу пункта 3 б) статьи 31 или другой последующей практики по смыслу статьи 32, если они не отражают соглашение сторон. При этом, однако, требуется всегда тщательно определять соответствующий характер решения Конференции государств-участников. С этой целью необходимо принимать во внимание конкретность и четкость выбранных терминов с учетом текста решения Конференции государств-участников в целом, его объекта и цели, а также способа его реализации. У участников зачастую

нет намерения к тому, чтобы такое решение имело какую-либо особую юридическую значимость.

24) Последнее предложение пункта 2 проекта вывода 10 напоминает толкователю о том, что решения конференций государств-участников часто предоставляют ряд практических вариантов для имплементации договора, которые могут и не воплощать в себе последующее соглашение и последующую практику для целей толкования договора. Более того, конференции государств-участников зачастую не ставят перед собой явной цели по решению или рассмотрению вопросов толкования договора.

25) Одним из примеров служит решение Конференции государств – участников Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака. Статьи 9 и 10 этой Конвенции посвящены соответственно регулированию состава табачных изделий и регулированию раскрытия информации о составе таких изделий. Признавая, что такие меры требуют выделения значительных финансовых средств, в разделе «практических соображений» по осуществлению статей 9 и 10 государства-участники согласовали «некоторые варианты, использование которых Стороны могли бы рассмотреть»; к ним относятся:

- а) специальные налоги на табак;
- б) лицензионные сборы за производство и/или импорт табака;
- в) сборы за регистрацию табачных изделий;
- д) лицензирование оптовых и/или розничных торговцев табаком;
- е) штрафы, налагаемые на табачную промышленность и розничных торговцев табаком за несоблюдение установленных требований, и
- ф) ежегодные сборы за надзор за табачными изделиями (с табачной промышленности и розничных торговцев табаком)⁷⁵⁹.

В этом решении приводится неисчерпывающий перечень практических вариантов осуществления статей 9 и 10 Конвенции. В то же время Стороны косвенно согласились с тем, что указанные «варианты» как таковые будут совместимы с Конвенцией.

26) Следовательно, решения конференций государств-участников могут оказывать различное юридическое воздействие. Такие решения сами по себе зачастую не направлены на установление последующего соглашения по смыслу пункта 3 а) статьи 31, поскольку они не предназначены для выполнения функций заявления о толковании договора. В других случаях участники достаточно четко указывали, что решение конференции государств-участников воплощает их соглашение относительно толкования договора. В третьих же случаях они могут оказать

⁷⁵⁴ БК-10/3: Выдвинутая Индонезией и Швейцарией страновая инициатива по повышению эффективности Базельской конвенции, доклад Конференции Сторон Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением о ее десятом совещании (Картахена (Колумбия), 17–21 октября 2011 года), UNEP/CHW.10/28, стр. 35.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, п. 9, para. 65.

⁷⁵⁶ G. Handl, «International "lawmaking" by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies», в Wolftrum and Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (сноска 736 выше), p. 127, at p. 132.

⁷⁵⁷ «Подход текущего момента», одобренный Юриконсультлом Организации Объединенных Наций, предусматривает, что «в случаях, когда в договоре данный вопрос не рассматривается или рассматривается двусмысленно, практика Генерального секретаря заключается в том, чтобы определять количество документов о принятии на основе числа государств-участников договора в момент депонирования каждого документа о принятии поправки». См. выдержки из Меморандума Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций от 8 марта 2004 года, размещенного на веб-сайте www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx.

⁷⁵⁸ Доклад Конференции Сторон Базельской конвенции, UNEP/CHW.10/28 (см. сноска 754 выше), стр. 11, пункт 68.

⁷⁵⁹ FCTC/COP4(10): Частичные руководящие принципы осуществления статей 9 и 10 Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака (Регулирование состава табачных изделий и Регулирование раскрытия информации о табачных изделиях), приложение, принятое на Четвертой сессии Конференции Сторон Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака (Пунта-дель-Эсте (Уругвай), 15–20 ноября 2010 года), FCTC/COP/4/DIV/6, стр. 61–62, руководящий принцип 2.3.

юридическое воздействие в сочетании с общей обязанностью сотрудничать согласно договору, в результате чего стороны «обязаны должным образом учитывать» такое решение⁷⁶⁰. В любом случае нельзя просто утверждать, что если договор не наделяет конференцию государств-участников компетенцией принимать решения, имеющие обязательную силу, то все ее решения непременно юридически нерелевантны и представляют собой лишь политические обязательства⁷⁶¹.

27) В конечном счете последствия того или иного решения конференции государств-участников зависят от обстоятельств каждого конкретного случая, и такие решения необходимо надлежащим образом толковать. Соответствующим показателем может служить то, применяют ли государства-участники единообразно или без возражений договор так, как он интерпретирован решением конференции государств-участников. Несогласующаяся практика после принятия решения конференции государств-участников может служить свидетельством того, что государства не считали, что это решение будет являться последующим соглашением по смыслу пункта 3 а) статьи 31 (см. комментарий к проекту вывода 9, пункты 22)–23), выше). Решения конференции государств-участников, которые не подпадают под категорию последующих соглашений по смыслу пункта 3 а) статьи 31 или последующей практики по смыслу пункта 3 б) статьи 31, могут тем не менее применяться в качестве дополнительных средств толкования согласно статье 32⁷⁶².

28) В пункте 3 установлен принцип, согласно которому соглашения относительно толкования договора по смыслу пункта 3 статьи 31 должны быть связаны с содержанием договора. Таким образом, важна суть соглашения, воплощенного в решении конференции государств-участников, а не форма или процедура, в рамках которых принято это решение. Акты, которые принимаются конференциями государств-участников, могут облекаться в различные формы и наименования, а также могут являться результатом применения различных процедур. Конференции государств-участников даже могут осуществлять свою деятельность без официально утвержденных правил процедуры⁷⁶³.

⁷⁶⁰ *Whaling in the Antarctic* (см. сноску 548 выше), pp. 257 and 269–270, paras. 83 and 137.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 248, para. 46.

⁷⁶² *Ibid.* (особое мнение судьи ad hoc Чарльзсуорта, pp. 453–454, para. 4: «Я отмечаю, что резолюции, принятые голосованием в МКК, имеют определенную значимость, хотя они не согласуются с положениями статьи 31, пункт 3, Венской конвенции»).

⁷⁶³ Конференция Стран Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата временно применяет проекты правил процедуры, содержащиеся в документе FCCC/CP/1996/2, за исключением проекта правила 42 (Голосование), поскольку на тот момент ни по одному из двух содержащихся в нем вариантов проведения голосования не было достигнуто соглашения, см. Доклад Конференции Стран о работе ее первой сессии, проходившей в Берлине 28 марта – 7 апреля 1995 года (FCCC/CP/1995/7), стр. 11, пункт 10; и Доклад Конференции Стран о работе ее двенадцатой сессии, проходившей в Варшаве 11–23 ноября 2013 года (FCCC/CP/2013/10), стр. 7–8, пункт 4; аналогичным образом Конференция Стран Конвенции о биологическом разнообразии не приняла пункт 1 правила 40 правил процедуры (о голосовании) «из-за отсутствия консенсуса среди Стран относительно большинства голосов, необходимого для принятия решений по вопросам существования», Доклад о работе одиннадцатого совещания Конференции

Если решение конференции государств-участников основано на единогласном голосовании, в котором участвовали все стороны, оно может совершенно определенно воплощать «последующее соглашение» по смыслу пункта 3 а) статьи 31 при условии, что оно «касается толкования договора».

29) Однако решения конференции государств-участников относительно функций по рассмотрению действия или имплементации договора, как правило, принимаются путем консенсуса. Эта практика вытекает из правил процедуры, в которых обычно требуется, чтобы государства-участники предпринимали все усилия для достижения консенсуса по вопросам существа. Один из ранних примеров тому можно найти во временных правилах процедуры Конференции сторон Конвенции о биологическом оружии по рассмотрению действия Конвенции. Пункт 2 правила 28 гласит:

Поскольку задача Конференции по рассмотрению действия Конвенции заключается в рассмотрении действия Конвенции с целью установления выполнения целей преамбулы и предложений Конвенции и, таким образом, в укреплении ее эффективности, то следует предпринимать 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 консенсуса⁷⁶⁴.

Эта формула лишь с незначительными изменениями стала стандартной применительно к процедурам принятия конференциями государств-участников решений по вопросам существа.

30) С учетом обеспокоенности по поводу решений, принимаемых консенсусом, в конце пункта 3 было включено выражение «в том числе путем консенсуса», дабы не создавать впечатление, что решение консенсусом будет непременно отождествляться с соглашением по вопросам существа. В самом деле, консенсус не является понятием, обязательно указывающим на наличие определенного соглашения по существу. В *Комментариях по некоторым процедурным вопросам*, сформулированных Управлением по правовым вопросам Секретариата Организации Объединенных Наций в соответствии с резолюцией 60/286 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, отмечено⁷⁶⁵:

Консенсус в общем понимается как процесс принятия решений, состоящий в выработке решения без официальных возражений и голосования. Однако он не всегда может отражать «единодушие» в мнениях по вопросу существа. Он используется для описания практики, в соответствии с которой были предприняты все усилия для достижения общего согласия, и ни одна из делега-

Стран Конвенции о биологическом разнообразии (8–19 октября 2012 года) (UNEP/CBD/COP/11/35), стр. 25, пункт 65.

⁷⁶⁴ См. пункт 2 правила 28 временных правил процедуры Конференции участников Конвенции о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении по рассмотрению действия Конвенции, состоявшейся в Женеве 3–21 марта 1980 года (BWC/CONF.1/2), стр. 7.

⁷⁶⁵ См. резолюцию 60/286 Генеральной Ассамблеи от 8 сентября 2006 года об активизации работы Генеральной Ассамблеи, в которой содержится просьба к Секретариату Организации Объединенных Наций «довести до сведения широкой общественности прецеденты и имевшую место практику в отношении правил и практики межправительственных органов Организации» (приложение, пункт 24).

ций в явно выраженной форме не возразила против фиксируемого консенсуса⁷⁶⁶.

31) Таким образом, принятие консенсусом не является достаточным условием для наличия соглашения по смыслу пункта 3 *b*) статьи 31. Обычно правила процедуры конференций государств-участников не содержат каких-либо указаний на возможные юридические последствия резолюции в качестве последующего соглашения по смыслу пункта 3 *a*) статьи 31 или последующей практики по смыслу пункта 3 *b*) статьи 31. В таких правилах процедуры определяется лишь порядок принятия конференцией государств-участников своих решений, а не их возможное юридическое воздействие в качестве последующего соглашения по смыслу пункта 3 статьи 31. Хотя последующие соглашения согласно пункту 3 *a*) статьи 31 как таковые не имеют обязательной силы, статья 31 Венской конвенции наделяет их юридическим воздействием, но лишь в случаях, когда между сторонами достигнуто соглашение по существу, касающееся толкования договора. Международный Суд подтвердил, что различие между формой коллективного решения и соглашением по существу является актуальным в таком контексте⁷⁶⁷.

32) Вывод о том, что некоторые решения – хотя они и были заявлены как принятые консенсусом – не могут представлять собой последующее соглашение по смыслу пункта 3 *a*) статьи 31, тем более справедлив в случаях, когда одно или несколько государств выдвигают возражение по поводу такого консенсуса.

33) Например, на своем шестом совещании в 2002 году Конференция Сторон Конвенции о биологическом разнообразии занималась разработкой руководящих принципов по предотвращению, интродукции и смягчению последствий, связанных с чужеродными видами, представляющими угрозу для экосистем, мест обитания или видов⁷⁶⁸. После ряда неудачных попыток прийти к соглашению Председатель Конференции Сторон предложил принять решение и зафиксировать оговорки, которые сформулировала Австралия, в итоговом докладе совещания. Однако представитель Австралии вновь заявил, что руководящие принципы не могут быть приняты и что «[п]оэтому его официальное возражение остается в силе»⁷⁶⁹. Председатель объявил прения закрытыми и «по установившейся практике» объявил решение принятым без голосования, пояснив, что возражения несогласных государств будут отражены в итоговом докладе совещания. После принятия решения Австралия подтвердила свое мнение о том, что консенсус представляет собой принятие без формального возражения, и выразила озабо-

ченность по поводу легитимности принятия проекта решения. В результате в сноске к решению VI/23 указано, что «один представитель выступил с официальным возражением в ходе процесса, приведшего к принятию настоящего решения, и подчеркнул, что, по его мнению, Конференция Сторон не может законно принять предложение или текст при наличии официального возражения»⁷⁷⁰.

34) В этой ситуации Исполнительный секретарь Конвенции о биологическом разнообразии обратился к Юриконсульту Организации Объединенных Наций с просьбой составить юридическое заключение⁷⁷¹. В заключении Юриконсульту Организации Объединенных Наций⁷⁷² было выражено мнение о том, что любая из сторон может «дистанцироваться от существа или текста документа; указать, что ее присоединение к консенсусу не означает признания существа или текста, или частей документа; и/или изложить любые другие ограничения касательно позиции своего правительства в отношении существа или текста документа»⁷⁷³. Таким образом, становится ясно, что решение может быть принято консенсусом при наличии возражения против существа решения со стороны одного или нескольких государств-участников.

35) В связи с этим решением на основе Конвенции о биологическом разнообразии, а также с аналогичным решением совещания Сторон Киотского протокола к Конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата в Канкуне в 2010 году (несмотря на возражения Боливии)⁷⁷⁴ возникает важный вопрос о том, что означает термин «консенсус»⁷⁷⁵. Однако этот вопрос, не относящийся к сфере охвата данной темы, следует отличать от вопроса о том, все ли стороны договора достигли соглашения относительно существенных вопросов толкования договора по смыслу пункта 3 *a*) и *b*) статьи 31. Решения конференций государств-участников, которые не отражают соглашение по существу между всеми сторонами, не могут считаться соглашениями по смыслу пункта 3 статьи 31, но при этом могут представлять собой ту или иную форму «другой последующей практики» по смыслу статьи 32 (см. проект вывода 4, пункт 3)⁷⁷⁶.

⁷⁷⁰ Там же, пункты 316, 318 и 321; обсуждение см. в пунктах 294–324. Все решения Конференции Сторон размещены на веб-сайте www.cbd.int/decisions/.

⁷⁷¹ С текстом просьбы можно ознакомиться в секретариате Конвенции о биологическом разнообразии, документ SCBD/SEL/DBO/30219 (6 июня 2002 года).

⁷⁷² Письмо от 17 июня 2002 года, посланное по факсу.

⁷⁷³ Там же.

⁷⁷⁴ См. решение 1/СМР.6 о Канкунских соглашениях: результаты работы пятнадцатой сессии специальной рабочей группы по дальнейшим обязательствам для Сторон, включенных в приложение I, согласно Киотскому протоколу; и решение 2/СМР.6: Канкунские соглашения: землепользование, изменения в землепользовании и лесное хозяйство, принятые Конференцией Сторон, действующей в качестве Совещания Сторон Киотского протокола (FCCC/КР/СМР/2010/12/Add.1); и материалы Конференции Сторон, действующей в качестве Совещания Сторон Киотского протокола (FCCC/КР/СМР/2010/12), пункт 29.

⁷⁷⁵ См. Nolte, «Third report for the ILC Study Group on treaties over time» (сноска 673 выше), pp. 307 *et seq.*, at pp. 372–377.

⁷⁷⁶ Ежегодник... 2013 год, том II (часть вторая), стр. 31.

⁷⁶⁶ Комментарий по некоторым процедурным вопросам: «Consensus in UN practice: general», документ, подготовленный Секретариатом, размещен на веб-сайте www.un.org/en/ga/about/gorga (http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf); см. также R. Wolfrum and J. Pichon, «Consensus», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (размещен на веб-сайте <http://opil.ouplaw.com/home/epil>), paras. 3–4 and 24.

⁷⁶⁷ *Whaling in the Antarctic* (см. сноску 548 выше), p. 257, para. 83.

⁷⁶⁸ Доклад о работе шестого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (UNEP/CBD/COP/6/20), приложение I, решение VI/23.

⁷⁶⁹ Там же, пункт 313.

36) Еще одним аспектом являются юридические последствия решения конференции государств-участников, если оно отвечает критериям соглашения по смыслу пункта 3 статьи 31. В 2011 году в Подотдел ИМО по правовым вопросам была направлена просьба «проконсультировать руководящие органы... относительно процедурных требований, связанных с решением относительно интерпретирующей резолюции, и, в частности, о том, необходим ли для принятия такого решения консенсус»⁷⁷⁷. В ответ на эту просьбу Подотдел ИМО по правовым вопросам подтвердил, что та или иная резолюция, принятая конференцией государств-участников, в принципе может представлять собой последующее соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31, и сообщил руководящим органам о том, что, даже если конференция примет решение на основе консенсуса, это не будет означать, что решение будет иметь обязательную силу для всех участников⁷⁷⁸.

37) Хотя Подотдел ИМО по правовым вопросам в своем заключении исходил из ошибочной посылки, согласно которой «последующее соглашение» по смыслу пункта 3 а) статьи 31 будет являться обязательным только «в качестве договора или поправки к нему»⁷⁷⁹, он пришел к правильному выводу о том, что, даже если решение, принятое конференцией государств-участников путем консенсуса, воплощает соглашение относительно толкования по существу,

⁷⁷⁷ ИМО, document LC 33/4, para. 4.15.2.

⁷⁷⁸ ИМО, document LC 33/1/6 (см. сноску 743 выше), para. 3.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, para. 8.

оно не является (непрерывно) обязательным для участников (см. комментарий к проекту вывода 9 выше, пункты 9)–11)). Скорее, как указала Комиссия, последующее соглашение по смыслу пункта 3 а) статьи 31 – это лишь одно из различных средств интерпретации, которые следует учитывать в процессе толкования⁷⁸⁰.

38) Таким образом, интерпретирующие резолюции конференции государств-участников, которые принимаются консенсусом, даже если они как таковые не имеют обязательной силы, тем не менее могут являться последующими соглашениями по смыслу пункта 3 а) статьи 31 или последующей практикой по смыслу пункта 3 б) статьи 31, если имеются достаточные указания на то, что именно в этом заключалось намерение участников на момент принятия решения, или если в последующей практике участников устанавливается соглашение относительно толкования договора⁷⁸¹. Толкователь должен придавать соответствующее значение такой толковательной резолюции по смыслу пункта 3 а) статьи 31, но не считать ее непременно юридически обязательной⁷⁸².

⁷⁸⁰ Комментарий к проекту вывода 2, пункт 4) (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 24–25).

⁷⁸¹ *Whaling in the Antarctic* (см. сноску 548 выше) (несогласное мнение судьи Гринвуда, para. 6, и особое мнение судьи ad hoc Чарльзурта, pp. 453–454, para. 4).

⁷⁸² Комментарий к проекту вывода 2, пункт 4) (*Ежегодник... 2013 год*, том II (часть вторая), стр. 24–25).