



**Организация Объединенных Наций**

# **Доклад Комиссии международного права**

**Шестьдесят пятая сессия  
(6 мая – 7 июня и 8 июля – 9 августа 2013 года)**

**Генеральная Ассамблея  
Официальные отчеты  
Шестьдесят восьмая сессия  
Дополнение № 10 (A/68/10)**



**Генеральная Ассамблея**  
Официальные отчеты  
Шестьдесят восьмая сессия  
Дополнение № 10 (A/68/10)

## **Доклад Комиссии международного права**

**Шестьдесят пятая сессия  
(6 мая – 7 июня и 8 июля – 9 августа 2013 года)**



**Организация Объединенных Наций • Нью-Йорк, 2013 год**

*Примечание*

Условные обозначения документов Организации Объединенных Наций состоят из прописных букв и цифр. Когда такое обозначение встречается в тексте, оно служит указанием на соответствующий документ Организации Объединенных Наций.

Наименование *Ежегодник* и следующее за ним многоточие и год (например, *Ежегодник... 1971 год*) служит указанием на *Ежегодник Комиссии международного права*.

Доклад Комиссии, отпечатанный типографским способом, будет включен в Часть вторую тома II *Ежегодника Комиссии международного права за 2013 год*.

## Краткое содержание

<i>Глава</i>	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение .....	1–12	1
II. Резюме работы Комиссии на ее шестьдесят пятой сессии .....	13–24	5
III. Конкретные вопросы, изложение мнений по которым представляло бы особый интерес для Комиссии .....	25–28	9
IV. Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров .....	29–39	11
V. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции .....	40–49	57
VI. Защита людей в случае бедствий .....	50–62	85
VII. Формирование и доказательство существования международного обычного права .....	63–107	113
VIII. Временное применение договоров .....	108–129	123
IX. Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами .....	130–144	129
X. Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare) .....	145–149	133
XI. Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации .....	150–164	135
XII. Другие решения и выводы Комиссии .....	165–218	141
<b>Приложения</b>		
Приложение А. Доклад Рабочей группы по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare) .....		152
Приложение В. Преступления против человечности .....		171

## Содержание

<i>Глава</i>	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение .....	1–12	1
А. Членский состав .....	2	1
В. Непредвиденная вакансия .....	3	2
С. Должностные лица и Бюро расширенного состава .....	4–6	2
D. Редакционный комитет .....	7–8	3
Е. Рабочие группы и Исследовательская группа .....	9–10	3
F. Секретариат .....	11	4
G. Повестка дня .....	12	4
II. Резюме работы Комиссии на ее шестьдесят пятой сессии .....	13–24	5
III. Конкретные вопросы, изложение мнений по которым представляло бы особый интерес для Комиссии .....	25–28	9
А. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции .....	25	9
В. Формирование и доказательство существования международного обычного права .....	26	9
С. Временное применение договоров .....	27	9
D. Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами .....	28	9
IV. Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров .....	29–39	11
А. Введение .....	29–32	11
В. Рассмотрение темы на данной сессии .....	33–37	12
С. Текст проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров, принятый в предварительном порядке Комиссией на своей шестьдесят пятой сессии .....	38–39	13
1. Текст проектов выводов .....	39	13
2. Текст проектов выводов и комментариев к ним, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят пятой сессии .....	39	15
Введение .....		
Вывод 1 .....		
Общее правило и средства толкования договоров .....		15
Комментарий .....		16
Вывод 2 .....		
Последующие соглашения и последующая практика в качестве аутентичных средств толкования .....		23
Комментарий .....		23

Вывод 3		
Толкование терминов договора как способных менять свое значение с течением времени .....		28
Комментарий.....		28
Вывод 4		
Определение последующего соглашения и последующей практики.....		35
Комментарий.....		36
Вывод 5		
Присвоение последующей практики .....		48
Комментарий.....		48
V. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.....	40–49	57
A. Введение .....	40–42	57
B. Рассмотрение темы на данной сессии.....	43–47	57
C. Текст проектов статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, в предварительном порядке принятый Комиссией к настоящему времени .....	48–49	59
1. Текст проектов статей .....	48	59
2. Текст проектов статей и комментариев к ним, в предварительном порядке принятый Комиссией на ее шестьдесят пятой сессии .....	49	60
Часть первая		
Введение		
Статья 1		
Сфера применения настоящего проекта статей .....		61
Комментарий.....		61
Часть вторая		
Иммунитет <i>ratione personae</i>		
Статья 3		
Лица, обладающие иммунитетом <i>ratione personae</i> .....		68
Комментарий.....		68
Статья 4		
Сфера применения иммунитета <i>ratione personae</i> .....		77
Комментарий.....		78
VI. Защита людей в случае бедствий .....	50–62	85
A. Введение .....	50–55	85
B. Рассмотрение темы на нынешней сессии .....	56–60	86
C. Текст проектов статей о защите людей в случае бедствий, в предварительном порядке принятый Комиссией к настоящему времени .....	61–62	87

1.	Текст проектов статей .....	61	87
2.	Текст проектов статей и комментариев к ним, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят пятой сессии .....	62	91
	Статья 5 bis		
	Формы сотрудничества .....		91
	Комментарий.....		91
	Статья 5 ter		
	Сотрудничество с целью уменьшения риска бедствий .....		94
	Комментарий.....		94
	Статья 12		
	Предложения помощи .....		95
	Комментарий.....		95
	Статья 13		
	Условия оказания внешней помощи .....		97
	Комментарий.....		97
	Статья 14		
	Облегчение оказания внешней помощи .....		100
	Комментарий.....		100
	Статья 15		
	Прекращение внешней помощи.....		102
	Комментарий.....		102
	Статья 16		
	Обязанность уменьшать риск бедствий .....		104
	Комментарий.....		104
VII.	Формирование и доказательство существования международного обычного права .....	63–107	113
A.	Введение .....	63	113
B.	Рассмотрение темы на данной сессии.....	64–65	113
1.	Представление Специальным докладчиком первого доклада...	66–72	113
2.	Краткое изложение прений .....	73–100	115
a)	Общие замечания .....	73–75	115
b)	Сфера охвата темы .....	76–82	115
c)	Методология.....	83–89	117
d)	Виды справочных материалов для работы по теме.....	90–97	119
e)	Дальнейшая работа по теме .....	98–100	120
3.	Заключительные замечания Специального докладчика .....	101–107	121

VIII.	Временное применение договоров .....	108–129	123
A.	Введение .....	108	123
B.	Рассмотрение темы на данной сессии.....	109–129	123
1.	Представление Специальным докладчиком первого доклада...	111–116	123
2.	Краткое изложение прений .....	117–125	124
3.	Заключительные замечания Специального докладчика .....	126–129	126
IX.	Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами .....	130–144	129
A.	Введение .....	130–131	129
B.	Рассмотрение данной темы на данной сессии.....	132–144	129
	Доклад Специального докладчика о неофициальных консультациях по этой теме.....	133–144	129
X.	Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare).....	145–149	133
A.	Введение .....	145–147	133
B.	Рассмотрение темы на данной сессии.....	148–149	134
XI.	Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации.....	150–164	135
A.	Введение .....	150–151	135
B.	Рассмотрение темы на данной сессии.....	152–164	135
1.	Работа Исследовательской группы .....	154–158	136
2.	Обсуждения в Исследовательской группе на данной сессии....	159–164	137
XII.	Другие решения и выводы Комиссии .....	165–218	141
A.	Программа, процедуры и методы работы Комиссии и ее документация .....	165–191	141
1.	Включение новых тем в программу работы Комиссии .....	167–168	141
2.	Рабочая группа по долгосрочной программе работы .....	169–170	142
3.	Рассмотрение резолюции 67/97 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 2012 года о верховенстве права на национальном и международном уровнях .....	171–180	142
4.	Вознаграждение.....	181	144
5.	Документация и публикации .....	182–187	144
6.	Целевой фонд для ликвидации отставания в публикации "Ежегодника Комиссии международного права" .....	188	145
7.	"Ежегодник Комиссии международного права".....	189	145
8.	Помощь Отдела кодификации.....	190	146
9.	Веб-сайты.....	191	146
B.	Сроки и место проведения шестьдесят шестой сессии Комиссии ...	192	146
C.	Сотрудничество с другими органами.....	193–198	146

D.	Представительство на шестьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи .....	199–200	147
E.	Лекция памяти Жилберту Амаду .....	201	148
F.	Семинар по международному праву .....	202–215	148
G.	Празднование 50-й годовщины Семинара по международному праву .....	216–218	150
Приложения			
Приложение А.	Доклад Рабочей группы по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare) .....		152
Приложение В.	Преступления против человечности .....		171

## Глава I

### Введение

1. Комиссия международного права провела первую часть своей шестьдесят пятой сессии 6 мая – 7 июня 2013 года, а вторую часть – 8 июля – 9 августа 2013 года в месте своего постоянного пребывания в Отделении Организации Объединенных Наций в Женеве. Сессию открыл Председатель шестьдесят четвертой сессии Комиссии г-н Люциус Кафлиш.

#### А. Членский состав

2. В состав Комиссии входят следующие члены:

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

<sup>1</sup> См. пункт 3 ниже.

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

## **В. Непредвиденная вакансия**

3. 6 мая 2013 года Комиссия избрала г-на Васкеса-Бурмудеса для заполнения непредвиденной вакансии, образовавшейся после отставки г-на Стивена К. Васьянни.

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

4. На своем 3159-м заседании 6 мая 2013 года Комиссия избрала следующих должностных лиц:

Председатель:	г-н Бернд Х. Нихаус (Коста-Рика)
Первый заместитель Председателя:	г-н Павел Штурма (Чешская Республика)
Второй заместитель Председателя:	г-н Нариндер Сингх (Индия)
Председатель Редакционного комитета:	г-н Дире Д. Тлади (Южная Африка)
Докладчик:	г-н Матьяс Форто (Франция)

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

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

---

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

<sup>3</sup> Г-н Э. Валенсия-Оспина, г-н М. Вуд, г-н Х.М. Гомес-Робледо, г-н М. Камто, г-н Г. Нольте, г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-жа М.Г. Якобссон.

## Д. Редакционный комитет

7. На своих 3163, 3170 и 3180-м заседаниях 14 и 24 мая и 16 июля 2013 года Комиссия учредила Редакционный комитет, состоящий из следующих членов по указанным темам:

а) *Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров*: г-н Д.Д. Тлади (Председатель), г-н Г. Нольте (Специальный докладчик), г-жа К. Эскобар Эрнандес, г-н М.Д. Хмуд, г-жа М.Г. Якобссон, г-н М. Камто, г-н К. Киттичайсари, г-н С. Мурасэ, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н М.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н Г.В. Сабоя, г-н П. Штурма, г-н Э. Валенсия-Оспина, г-н М. Васкес-Бермудес, г-н Н. Виснумурти, г-н М. Вуд и г-н М. Форто (ex officio).

б) *Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции*: г-н Д.Д. Тлади (Председатель), г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес (Специальный докладчик), г-н М.Д. Хмуд, г-жа М.Г. Якобссон, г-н К. Киттичайсари, г-н С. Мурасэ, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н Г. Нольте, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н Г.В. Сабоя, г-н Н. Сингх, г-н П. Штурма, г-н Э. Валенсия-Оспина, г-н М. Васкес-Бермудес, г-н А.К. Вако, г-н Н. Виснумурти, г-н М. Вуд и г-н М. Форто (ex officio).

в) *Защита людей в случае бедствий*: г-н Д. Д. Тлади (Председатель), г-н Э. Валенсия-Оспина (Специальный докладчик), г-н Х.М. Гомес-Робледо, г-н М.Д. Хмуд, г-жа М.Г. Якобссон, г-н К. Киттичайсари, г-н С. Мурасэ, г-н Ш.Д. Мерфи, г-н К.Г. Пак, г-н Э. Петрич, г-н Г.В. Сабоя, г-н Н. Сингх, г-н М. Васкес-Бермудес, г-н М. Вуд и г-н М. Форто (ex officio).

8. Редакционный комитет провел в общей сложности 20 заседаний по трем указанным выше темам.

## Е. Рабочие группы и Исследовательская группа

9. На своих 3161 и 3169-м заседаниях 8 и 23 мая 2013 года Комиссия воссоздала следующую Рабочую группу и следующую Исследовательскую группу:

а) *Рабочая группа открытого состава по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)*: г-н К. Киттичайсари (Председатель).

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

10. Группа по планированию воссоздала следующую Рабочую группу:

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

## **Ф. Секретариат**

11. Заместитель Генерального секретаря и Юрисконсульт г-жа Патриция О'Брайен представляла Генерального секретаря. Г-н Джордж Коронтсис, директор Отдела кодификации Управления по правовым вопросам, выполнял функции Секретаря Комиссии и в отсутствие Юрисконсультанта представлял Генерального секретаря. Г-н Тревор Чимимба и г-н Арнольд Пронто, старшие сотрудники по правовым вопросам, выполняли функции старших помощников Секретаря. Функции помощников Секретаря Комиссии выполняли сотрудники по правовым вопросам г-н Джионато Буззини и г-жа Ханна Дрейфельдт-Лаине и младший сотрудник по правовым вопросам г-н Ноа Бялостоки.

## **Г. Повестка дня**

12. На своем 3159-м заседании 6 мая 2013 года Комиссия утвердила повестку дня своей шестьдесят пятой сессии. Повестка дня, которая была изменена в свете решения, принятого Комиссией на ее 3171-м заседании<sup>4</sup> 28 мая, состояла из следующих пунктов:

1. Организация работы сессии
2. Заполнение непредвиденной вакансии
3. Обязательство выдавать или осуществлять судебные преследования (aut dedere aut judicare)
4. Защита людей в случае бедствий
5. Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции
6. Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров
7. Временное применение договоров
8. Формирование и доказательство существования международного обычного права<sup>5</sup>
9. Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами
10. Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации
11. Программа, процедуры и методы работы Комиссии и ее документация
12. Сроки и место проведения шестьдесят шестой сессии
13. Сотрудничество с другими органами
14. Прочие вопросы

---

<sup>4</sup> См. ниже, глава XII, раздел А.1.

<sup>5</sup> На своем 3186-м заседании 25 июля 2013 года Комиссия постановила изменить название темы на "Идентификация обычного международного права", как это было предложено Специальным докладчиком. См. главу VII, раздел В.

## Глава II

### Резюме работы Комиссии на ее шестьдесят пятой сессии

13. По теме **"Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров"** Комиссии был представлен первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/660), в котором, в частности, содержалось четыре проекта выводов, касающихся общего правила и средств толкования договоров, последующих соглашений и последующей практики в качестве средств толкования, определения последующего соглашения и последующей практики в качестве средств толкования договора, а также присвоения связанной с договорами практики государству. После дискуссии на пленарных заседаниях Комиссия постановила передать эти четыре проекта выводов Редакционному комитету. Рассмотрев доклад Редакционного комитета, Комиссия приняла в предварительном порядке пять проектов выводов вместе с комментариями к ним (глава IV).

14. По теме **"Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции"** Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/661), в котором, в частности, было сформулировано шесть проектов статей, после которых был дан анализ а) предметного охвата темы и сферы применения проектов статей, б) понятий иммунитета и юрисдикции и с) разграничения между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*, а также d) были выявлены базовые нормы, охватывающие режим иммунитета *ratione personae*. После дискуссии на пленарных заседаниях Комиссия постановила передать шесть проектов статей Редакционному комитету. Рассмотрев доклад Редакционного комитета, Комиссия приняла в предварительном порядке три проекта статей вместе с комментариями к ним (глава V).

15. По теме **"Защита людей в случае бедствий"** Комиссии был представлен шестой доклад Специального докладчика (A/CN.4/662), касающийся аспектов предупреждения в контексте защиты людей в случае бедствий, включая уменьшение опасности бедствий, предотвращение в качестве одного из принципов международного права и международное сотрудничество в области предотвращения. После дискуссии на пленарных заседаниях Комиссия постановила передать два проекта статей, предложенные Специальным докладчиком, Редакционному комитету.

16. Комиссия в предварительном порядке приняла семь проектов статей вместе с комментариями, а именно проекты статей 5 bis и 12–15, которые она приняла к сведению на своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год), касающиеся, соответственно, форм сотрудничества, предложений помощи, условий оказания внешней помощи, содействия внешней помощи и прекращения внешней помощи, а также проекты статей 5 ter и 16, касающиеся, соответственно, сотрудничества в области уменьшения риска бедствия и обязанности уменьшать риск бедствий (глава VI).

17. По теме **"Формирование и доказательство существования международного обычного права"** Комиссии был представлен первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/663), в котором, в частности, содержался анализ предыдущей работы Комиссии, связанной с данной темой; мнений, выраженных делегатами в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи; сферы охвата темы; круга материалов, которые необходимо изучить; а также вопросов, касающихся международного обычного права как источника международного права. Комиссии также был представлен меморандум Секретариата,

Комиссии также был представлен меморандум Секретариата, затрагивающий элементы предыдущей работы Комиссии, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме (A/CN.4/659). В ходе дискуссии на пленарных заседаниях обсуждались, в частности, такие вопросы, как охват и методика изучения темы, круг привлекаемых материалов и будущий план работы. Специальный докладчик также провел неофициальные консультации по названию темы, рассмотрению *jus cogens* в рамках данной темы и необходимости дополнительной информации о практике государств. Комиссия постановила изменить название темы на "Идентификация международного обычного права" (глава VII).

18. По теме **"Временное применение договоров"** Комиссии был представлен первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/664), в котором была поставлена задача установления в общем плане основных правовых вопросов, возникающих в связи с временным применением договоров, путем рассмотрения доктринальных подходов к теме и краткого изучения существующей практики государств. Комиссии также был представлен меморандум Секретариата, в котором прослеживалась история разработки статьи 25 как в Комиссии, так и на Венской конференции по праву международных договоров (A/CN.4/658). Прения были связаны в основном с целью временного применения договоров, а также с уточнением конкретных вопросов, которые необходимо рассмотреть в будущих докладах Специального докладчика (глава VIII).

19. Комиссия решила включить в свою программу работы тему **"Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами"** и назначила Специальным докладчиком г-жу Мари Г. Якобссон (глава XII, раздел A.1). Специальный докладчик представила Комиссии ряд неофициальных рабочих документов в целях установления неформального диалога с членами Комиссии по ряду вопросов, которые могли бы иметь отношение к проведению и рассмотрению работы по этой теме. Вопросы, рассмотренные в ходе неофициальных консультаций, включали, в частности, охват и методологию, возможные итоги работы Комиссии, а также ряд вопросов существа, непосредственно связанных с данной темой (глава IX).

20. В рамках темы **"Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)"** Комиссия воссоздала Рабочую группу, которая продолжила оценку работы по теме, в частности в свете решения Международного Суда по делу *Вопросы, связанные с обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование (Бельгия против Сенегала)* от 20 июля 2012 года. Комиссия приняла к сведению доклад Рабочей группы, который содержится в приложении к настоящему докладу (глава X и приложение A).

21. В рамках темы **"Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации"** Комиссия воссоздала Исследовательскую группу, которая, в частности, продолжила рассмотрение различных факторов, которые, как представляется, влияют на толкование арбитражными судами по рассмотрению инвестиционных споров клаузул о НБН на основе, в частности, современной практики и юриспруденции, в частности дел *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*<sup>6</sup> и *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*<sup>7</sup> (глава XI).

22. Для рассмотрения своей программы, процедур и методов работы Комиссия учредила Группу по планированию (глава XII, раздел A). Комиссия

<sup>6</sup> ICSID Case № ARB/05/1 dispatched to the parties on 22 August 2012.

<sup>7</sup> ICSID Case № ARB/10/1 dispatched to the parties on 2 July 2013.

постановила включить в свою программу работы тему **"Охрана атмосферы"** и назначить Специальным докладчиком по этой теме г-на Синью Мурасэ (глава XII, раздел A.1). Комиссия также постановила включить в свою долгосрочную программу работы тему **"Преступления против человечности"** (глава XII, раздел A.2 и приложение B).

23. Комиссия продолжила традиционный обмен информацией с Международным Судом, Афро-азиатской консультативно-правовой организацией, Европейским комитетом по правовому сотрудничеству, Комитетом юридических советников по международному публичному праву Совета Европы и с Межамериканским юридическим комитетом. Комиссия также обменялась информацией с Комиссией Африканского союза по международному праву. Члены Комиссии также провели неофициальные встречи с другими органами и ассоциациями по вопросам, представляющим взаимный интерес (глава XII, раздел C).

24. Комиссия постановила провести свою следующую, шестьдесят шестую сессию в Женеве 5 мая – 6 июня и 7 июля – 8 августа 2014 года (глава XII, раздел B).



### **Глава III**

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

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

25. Комиссия просит государства к 31 января 2014 года представить информацию о практике их органов и, в частности, о судебных решениях со ссылкой на толкование терминов "официальные действия" и "действия, совершаемые в официальном качестве" в контексте иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции.

### **B. Формирование и доказательство существования международного обычного права**

26. Комиссия просит государства к 31 января 2014 года представить информацию об их практике, касающейся формирования международного обычного права и типов доказательств, приемлемых для установления существования норм такого права в той или иной ситуации, а именно:

- a) официальных заявлениях в законодательных органах, судах и международных организациях; и
- b) решениях национальных, региональных и субрегиональных судов.

### **C. Временное применение договоров**

27. Комиссия просит государства к 31 января 2014 года представить информацию об их практике в области временного применения договоров, подкрепленную примерами, в частности, в отношении:

- a) решения о временном применении договора;
- b) прекращения такого временного применения; и
- c) правовых последствий временного применения.

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

28. Комиссия хотела бы получить информацию от государств о том, толковалось ли в их практике международное и внутригосударственное экологическое право как применимое в связи с вооруженными конфликтами международного и немеждународного характера. Особенно Комиссию интересуют примеры:

- a) договоров, в частности соответствующих региональных или двусторонних договоров;
- b) национального законодательства в этой области, в частности законодательства, регулирующего применение региональных или двусторонних договоров;

с) судебных решений, в которых международное или внутригосударственное экологическое право применялось при разрешении споров, вытекающих из ситуаций вооруженных конфликтов.

## Глава IV

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

#### А. Введение

29. На своей шестидесятой сессии (2008 год) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему "Договоры сквозь призму времени" и создать на своей шестидесятой первой сессии исследовательскую группу по этой теме<sup>8</sup>. На своей шестидесятой первой сессии (2009 год) Комиссия учредила Исследовательскую группу по теме "Договоры через призму времени" под председательством г-на Георга Нольте. На этой сессии обсуждение в Исследовательской группе было посвящено в основном определению вопросов, которые предстоит охватить, методам работы Исследовательской группы и возможным итогам работы Комиссии по данной теме<sup>9</sup>.

30. В период шестидесятой второй – шестидесятой четвертой сессий (2010–2012 годы) Исследовательская группа была вновь создана под председательством г-на Георга Нольте. Исследовательская группа изучила три доклада, представленные в неофициальном порядке Председателем, соответственно посвященные соответствующей практике Международного Суда и арбитражных судов специальной юрисдикции<sup>10</sup>; судебной практике в соответствии со специальными режимами, касающимися последующих соглашений и последующей практики<sup>11</sup>; а также последующим соглашениям и последующей практике государств вне судебных и квазисудебных процедур<sup>12</sup>.

31. На шестидесятой третьей сессии (2011 год) Председатель Исследовательской группы представил девять предварительных выводов, переформулированных в свете обсуждения в Исследовательской группе<sup>13</sup>. На шестидесятой четвертой сессии (2012 год) Председатель представил текст шести дополнительных предварительных выводов, также переформулированных в свете обсуждения в Исследовательской группе<sup>14</sup>. Исследовательская группа также обсудила формат, в котором должна вестись дальнейшая работа, и возможный итог этой работы. Председателем был сформулирован ряд предложений, одобренных Исследовательской группой<sup>15</sup>.

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

<sup>9</sup> См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункты 220–226.

<sup>10</sup> Там же, *шестидесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункты 344–354; и там же, *шестидесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункт 337.

<sup>11</sup> Там же, *шестидесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункты 338–341; и *шестидесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункты 230–231.

<sup>12</sup> Там же, *шестидесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункты 232–234.

<sup>13</sup> Текст этих предварительных выводов Председателя Исследовательской группы см. там же, *шестидесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункт 344.

<sup>14</sup> Текст этих предварительных выводов Председателя Исследовательской группы см. там же, *шестидесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункт 240.

<sup>15</sup> Там же, пункты 235–239.

32. На своей шестьдесят четвертой сессии (2012 год) на основе рекомендаций Исследовательской группы<sup>16</sup> Комиссия также постановила: а) изменить начиная со своей шестьдесят пятой сессии (2013 год) формат своей работы по данной теме, как это было предложено Исследовательской группой, и б) назначить г-на Георга Нольте Специальным докладчиком по теме "Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров"<sup>17</sup>.

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

33. На данной сессии Комиссии был представлен первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/660), который она рассмотрела на своих 3159–3163-м заседаниях 6–8, 10 и 14 мая 2013 года.

34. В своем первом докладе Специальный докладчик, затронув сферу охвата, цель и возможные результаты работы по данной теме (раздел II), рассмотрел общие правила и средства толкования договоров (раздел III), последующие соглашения и последующую практику в качестве средств толкования (раздел IV), определение последующего соглашения и последующей практики в качестве средств толкования договоров (раздел V) и присвоение связанной с договорами практики государству (раздел VI). В докладе также содержатся некоторые указания относительно будущей программы работы (раздел VII). Специальный докладчик предложил проект выводов, соответствующий каждому из четырех вопросов, рассмотренных в разделах III–VI<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Там же, пункты 226 и 239.

<sup>17</sup> Там же, пункт 227.

<sup>18</sup> Четыре проекта выводов, предложенные Специальным докладчиком, гласили следующее:

### **Проект вывода 1**

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

В статье 31 Венской конвенции о праве международных договоров, воспринимаемой как применимое договорное обязательство или как отражение обычного международного права, излагается общее правило толкования договоров.

Толкование договоров в том или ином конкретном случае может привести к различному акценту на разных средствах толкования, предусмотренных в статьях 31 и 32 Венской конвенции, особенно на тексте договора или на его объекте и цели, в зависимости от соответствующего договора или соответствующих договорных положений.

### **Проект вывода 2**

#### **Последующие соглашения и последующая практика в качестве аутентичного средства толкования**

Последующие соглашения и последующая практика в отношениях между сторонами договора являются аутентичным средством толкования, которое должно учитываться при толковании договоров.

Последующие соглашения и последующая практика сторон могут служить ориентиром для эволютивного толкования договора.

### **Проект вывода 3**

#### **Определение последующего соглашения и последующей практики в качестве средства толкования договора**

Для цели толкования договора "последующее соглашение" — это выраженное соглашение между сторонами после заключения договора относительно его толкования или применения его положений.

35. На своем 3163-м заседании 14 мая 2013 года Комиссия передала проекты выводов 1–4 в том виде, в каком они содержались в первом докладе Специального докладчика, Редакционному комитету.

36. На своем 3172-м заседании 31 мая 2013 года Комиссия рассмотрела доклад Редакционного комитета и предварительно приняла пять проектов выводов (см. раздел C.1 ниже).

37. На своих 3191–3193-м заседаниях 5 и 6 августа 2013 года Комиссия приняла комментарии к проектам выводов, предварительно принятым на текущей сессии (см. раздел C.2 ниже).

## **C. Текст проектов выводов о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров, принятый в предварительном порядке Комиссией на своей шестьдесят пятой сессии**

### **1. Текст проектов выводов**

38. Текст проектов выводов, принятый в предварительном порядке Комиссией к настоящему времени, воспроизводится ниже

#### **Вывод 1**

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

1. Общее правило толкования и правило относительно дополнительных средств толкования изложены соответственно в статьях 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров. Эти правила также применяются как международное обычное право.
2. Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать его терминам в их контексте, а также в свете его объекта и цели.
3. Пункт 3 статьи 31 предусматривает, в частности, что наряду с контекстом учитываются: а) любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений; и б) последующая практика применения договора, которая

Для цели толкования договора "последующая практика" состоит из поведения, включая заявления, одной или нескольких сторон договора после его заключения относительно его толкования или применения.

Последующая практика при применении договора, которая определяет соглашение сторон его толкования, является средством толкования по смыслу статьи 31 3) b) Венской конвенции. Иная последующая практика может при определенных обстоятельствах использоваться как дополнительное средство толкования по смыслу статьи 32 Венской конвенции.

#### **Проект вывода 4**

##### **Возможные субъекты и присвоение последующей практики**

Последующая практика может состоять из актов всех государственных органов, которые могут быть присвоены государству для цели толкования договора.

Последующая практика негосударственных субъектов, включая общественную практику, может учитываться для целей толкования договора в той мере, насколько она отражена или установилась в последующей государственной практике, или в качестве доказательства такой государственной практики.

ний; и b) последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования.

4. В качестве дополнительного средства толкования в силу статьи 32 возможно обращение к другой последующей практике применения договора.

5. Толкование договора представляет собой одну единую операцию, при которой надлежащий акцент делается на различных средствах толкования, указанных соответственно в статьях 31 и 32.

#### **Вывод 2**

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

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

#### **Вывод 3**

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

Последующие соглашения и последующая практика в силу статей 31 и 32 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.

#### **Вывод 4**

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

1. "Последующее соглашение" как аутентичное средство толкования в силу статьи 31, пункт 3 а), – это достигнутое после заключения договора соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений.

2. "Последующая практика" как аутентичное средство толкования в силу статьи 31, пункт 3 b), состоит из поведения в ходе применения договора после его заключения, которое устанавливает соглашение участников относительно толкования договора.

3. Другая "последующая практика" как дополнительное средство толкования в силу статьи 32 состоит из поведения одного или нескольких участников в ходе применения договора после его заключения.

#### **Вывод 5**

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

1. Последующая практика в силу статей 31 и 32 может состоять из любого поведения в ходе применения договора, которое может быть присвоено какому-либо участнику договора в силу международного права.

2. Другое поведение, в том числе со стороны негосударственных субъектов, не представляет собой последующей практики в силу статей 31 и 32. Однако такое поведение может быть релевантным при оценке последующей практики участников договора.

## **2. Текст проектов выводов и комментариев к ним, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят пятой сессии**

39. Текст проектов выводов и комментариев к ним, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят пятой сессии, воспроизводится ниже.

### **Введение**

1) Следующие проекты выводов основаны на Венской конвенции о праве международных договоров (Венской конвенции)<sup>19</sup>, которая представляет собой основу работы по теме "Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров". Комиссия считает, что соответствующие нормы Венской конвенции имеют сегодня всеобщее признание<sup>20</sup>.

2) Первые пять проектов выводов имеют общий характер. Другие аспекты этой темы, в частности более конкретные моменты, будут рассмотрены на последующем этапе работы.

### **Вывод 1**

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

1. Общее правило толкования и правило относительно дополнительных средств толкования изложены соответственно в статьях 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров. Эти правила также применяются как международное обычное право.

2. Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать его терминам в их контексте, а также в свете его объекта и цели.

3. Пункт 3 статьи 31 предусматривает, в частности, что наряду с контекстом учитываются а) любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений; и б) последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования.

4. В качестве дополнительного средства толкования в силу статьи 32 возможно обращение к другой последующей практике применения договора.

5. Толкование договора представляет собой одну единую операцию, при которой надлежащий акцент делается на различных средствах толкования, указанных соответственно в статьях 31 и 32.

<sup>19</sup> Венская конвенция о праве международных договоров, 1969 год, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, № 18232, p. 331 (Венская конвенция).

<sup>20</sup> См. пункт 1 проекта вывода 1 и соответствующий комментарий ниже.

## Комментарий

1) Проект вывода 1 помещает последующие соглашения и последующую практику как средства толкования договоров в систему норм толкования договоров, установленную в статьях 31 и 32 Венской конвенции. Заголовок "Общее правило и средства толкования договоров" обозначает два момента. Во-первых, статья 31 Венской конвенции в целом — это единственное "общее правило" толкования договоров<sup>21</sup>. Во-вторых, статьи 31 и 32 Венской конвенции вместе взятые содержат перечень ряда "средств толкования", которые должны (статья 31) или могут (статья 32) приниматься во внимание при толковании договоров<sup>22</sup>.

2) В пункте 1 проекта вывода 1 подчеркивается взаимосвязь между статьями 31 и 32 Венской конвенции, а также тот факт, что эти положения вместе взятые отражают обычное международное право. Ссылка на обе статьи 31 и 32 с самого начала уточняет общий контекст, в котором последующие соглашения и последующая практика затрагиваются в проектах выводов.

3) Хотя статья 31 — это общее правило, а в статье 32 рассматриваются дополнительные средства толкования, оба правила<sup>23</sup> следует читать вместе, поскольку они представляют собой целостную систему толкования договоров. В статье 32 отражен порог между основными средствами толкования согласно статье 31<sup>24</sup>, все из которых должны быть приняты во внимание в процессе толкования, и "дополнительными средствами толкования", обращение к которым возможно, когда толкование в соответствии со статьей 31 оставляет значение договора или его терминов двусмысленным или неясным или приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными.

4) Во втором предложении пункта 1 проекта вывода 1 подтверждается, что правила, закрепленные в статьях 31 и 32 Венской конвенции, отражают обычное международное право<sup>25</sup>. Обычный характер этих норм признавался международными судами и трибуналами. Это, в частности, касается Международного Суда<sup>26</sup>, Международного трибунала по морскому праву

<sup>21</sup> Заголовок статьи 31 Венской конвенции, там же.

<sup>22</sup> "Первый доклад по вопросу о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров", A/CN.4/660, 19 марта 2013 года (первый доклад), стр. 8, пункт 8; M.E. Villiger, "The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 Years After", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 344 (2009), p. 9, at pp. 118–119, 126–128.

<sup>23</sup> О смысле термина "правило" в этом контексте: *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 218–219 англ. текста; R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2008), pp. 36–38.

<sup>24</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 223 англ. текста, пункт 19); Уолдок, Третий доклад о праве международных договоров, *Yearbook... 1964*, том II, стр. 58–59 англ. текста, пункт 21); M.K. Yasseen, "L'Interprétation des Traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités", *Recueil des cours*, vol. 151 (1976), p. 1, at p. 78; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, 1984), pp. 141–142; M.E. Villiger, сноска 22, pp. 127–128.

<sup>25</sup> Y. le Bouthillier, "Commentary on Article 32 of the Vienna Convention" in O. Corten and P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford University Press, 2011), p. 841, at pp. 843–846, paras. 4–8; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit International Public*, 8th edition (L.G.D.J., 2009), at pp. 285–286; Gardiner, сноска 23, at pp. 12–19; M.E. Villiger, сноска 22 выше, pp. 132–133.

<sup>26</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at p. 46, para. 65 (Венская конвенция, статья 31); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 237, para. 47; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the*

(МТП)<sup>27</sup>, межгосударственных арбитражей<sup>28</sup>, Апелляционного органа Всемирной торговой организации (ВТО)<sup>29</sup>, Европейского суда по правам человека<sup>30</sup>, Межамериканского суда по правам человека<sup>31</sup>, Суда Европейского союза<sup>32</sup> и трибуналов, учрежденных Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами

*Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, at pp. 109–110, para. 160; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at p. 174, para. 94; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12, at p. 48, para. 83; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 625, at p. 645, para. 37; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 466, at p. 501, para. 99 (Венская конвенция, статья 31); *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at p. 1059, para. 18 (Венская конвенция, статья 31); *territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 6, at pp. 21–22, para. 41 (Венская конвенция, статья 31; хотя статья 32 Венской конвенции прямо не упоминалась, была сделана отсылка к дополнительным средствам толкования).

<sup>27</sup> *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, p. 10, at para. 57.

<sup>28</sup> *Arbitration regarding the Iron Rhine ("IJzeren Rijn") Railway (Belgium v. Netherlands)*, Award, 24 May 2005, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVII, p. 35, at para. 45 (Венская конвенция, статьи 31–32).

<sup>29</sup> В пункте 2 статьи 3 Договора о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров (ДПС), ВТО предусмотрено, что система урегулирования споров "...имеет целью... вносить ясность в отношении действующих положений... соглашений [ВТО, охватываемых ею] в соответствии с обычными правилами толкования "международного публичного права", хотя в нем прямо не дается отсылка к статьям 31 и 32 Венской конвенции. Вместе с тем Апелляционный орган неизменно признает, что статьи 31 и 32 отражают нормы обычного международного права, и обращался к ним, ссылаясь на статью 3.2 ДПС. См., например, WTO Appellate Body Report, *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 29 April 1996, Section B 1 (Венская конвенция, статья 31 (1)); WTO Appellate Body Report, *Japan-Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 4 October 1996, Section D (Венская конвенция, статьи 31–32); "Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time" в G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013), p. 213, at p. 215.

<sup>30</sup> *Golder v. United Kingdom*, Judgment, 21 February 1975, Application № 4451/70, ECHR Series A № 18, para. 29; *Witold Litwa v. Poland*, Judgment, 4 April 2000, Application № 26629/95, ECHR 2000-III, para. 58 (Венская конвенция, статья 31); *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], Judgment (Merits and Just Satisfaction), 12 November 2008, Application № 34503/97, ECHR 1345, para. 65 (имплицитно Венская конвенция, статьи 31–33).

<sup>31</sup> *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)*, Advisory Opinion, 24 September 1982, OC-2/82, Inter-Am. Ct. H.R. Series A № 2, para. 19 (имплицитно Венская конвенция, статьи 31–32); *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago*, Judgments (Merits, Reparations and Costs, Judgment), 21 June 2002, Inter-Am. Ct. H.R. Series C № 94, para. 19 (Венская конвенция, статья 31 (1)).

<sup>32</sup> *Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, Judgment, 25 February 2010, Case C-386/08, ECR I-01289, paras. 41–43 (Венская конвенция, статья 31).

и физическими или юридическими лицами других государств<sup>33</sup>. Таким образом, правила, закрепленные в статьях 31 и 32, действуют в качестве договорного права для тех государств, которые являются участниками Венской конвенции, применительно к договорам, которые относятся к сфере применения Конвенции, и в качестве международного обычного права для всех государств

5) Комиссия также рассмотрела возможность обращения в проекте вывода 1 к статье 33 Венской конвенции, а также вопрос о том, отражает ли это положение обычное международное право. Статья 33 может иметь отношение к проектам выводов по теме "Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров". Так, "последующее соглашение" согласно статье 31, пункт 3 а), может быть сформулировано на двух или более языках, и могут возникнуть вопросы, касающиеся связи любого последующего соглашения с вариантами самого договора на разных языках. Тем не менее Комиссия решила не обращаться пока к этим вопросам, оставив, однако, открытой эту возможность, если данный момент появится в будущей работе по этой теме.

6) Комиссия также рассмотрела вопрос о том, отражают ли нормы, изложенные в статье 33, обычное международное право. Некоторые члены считали, что все нормы в статье 33 отражают обычное международное право, в то время как другие хотели оставить открытой возможность того, что лишь некоторые, но не все нормы, изложенные в этом положении, могут быть признаны как таковые. Этот вопрос еще не в полной мере рассмотрен в юриспруденции международных судов и трибуналов. Международный Суд и Апелляционный орган ВТО признавали, что части статьи 33 отражают нормы обычного международного права: В деле *ЛаГранд* Суд признал, что пункт 4 статьи 33 отражает международное обычное право<sup>34</sup>. Менее ясно, считал ли Международный Суд в деле *Об острове Касикили/Седуду*, что пункт 3 статьи 33 отражает обычную норму<sup>35</sup>. Апелляционный орган ВТО постановил, что правила в пунктах 3 и 4 отражают обычное право<sup>36</sup>. В арбитражном деле *О займе Янга* Арбитражный трибунал заключил, что пункт 1 "включает" "принцип"<sup>37</sup>. МТП и Европейский суд по правам человека пошли на шаг дальше, заявив, что статья 33 в целом отражает обычное право<sup>38</sup>. Таким

<sup>33</sup> *National Grid plc v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction (UNCITRAL), 20 June 2006, para. 51 (Венская конвенция, статьи 31–32); *Canfor Corporation v. United States of America*, *Tembec Inc., Tembec Investments Inc. and Tembec Industries Inc. v. United States of America*, and *terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, Order of the Consolidation Tribunal, 7 September 2005, para. 59 (Венская конвенция, статьи 31–32).

<sup>34</sup> *LaGrand, I.C.J. Reports 2001*, p. 466, at p. 502, para. 101.

<sup>35</sup> *Kasikili/Sedudu Island, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1062, para. 25; Суд, возможно, применил эту норму лишь потому, что стороны не возражали против его применения.

<sup>36</sup> WTO Appellate Body Report, *US – Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/AB/R, 19 January 2004, para. 61 (Венская конвенция, статья 33 (3)); WTO Appellate Body Report, *US – Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/AB/R, 3 March 2005, para. 424, где Апелляционный Орган применил и прямо сослался на статью 33 (3) Венской конвенции, не высказывая мнения о ее статусе обычного права; WTO Appellate Body Report, *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products*, WT/DS207/AB/R, 23 September 2002, para. 271 (Венская конвенция, статья 33 (4)).

<sup>37</sup> *Young Loan Arbitration on German External Debts (Belgium, France, Switzerland, United Kingdom and United States v. Germany)*, 16 May 1980, UNRIIAA, vol. XIX, p. 67; ILR, vol. 59 (1980), p. 494, at para. 17.

<sup>38</sup> *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion, ITLOS Reports 2011, p. 10, at para. 57; *Golder v.*

образом, в прецедентном праве имеются веские указания на то, что вся статья 33 целиком действительно отражает международное обычное право.

7) В пункте 2 проекта вывода 1 воспроизводится текст статьи 31, пункт 1, ввиду ее важности для данной темы. Статья 31, пункт 1, – отправной пункт для любого толкования договоров в соответствии с общим правилом, содержащимся в статье 31 в целом. Предусматривалось, что это должно способствовать обеспечению баланса в процессе толкования между оценкой терминов договора в их контексте и в свете его объекта и цели, с одной стороны, и соображений, касающихся последующих соглашений и последующей практики в следующих проектах выводов. Однако повторение статьи 31, пункт 1, в качестве отдельного пункта не означает, что этот пункт и упомянутое в нем средство толкования обладают по существу преимущественной силой в контексте самой статьи 31. Все средства толкования в статье 31 представляют собой часть составляющего единое целое правила<sup>39</sup>.

8) В пункте 3 воспроизводится формулировка статьи 31, пункт 3 а) и b), Венской конвенции, чтобы указать место последующих соглашений и последующей практики, основного элемента этой темы, в общей правовой системе толкования договоров. Соответственно, заголовочная часть статьи 31, пункт 3, "наряду с контекстом учитываются", сохраняется, чтобы подчеркнуть, что оценка средств толкования, названных в пункте 3 а) и b) статьи 31, является неотъемлемой частью общего правила толкования, изложенного в статье 31<sup>40</sup>.

9) В пункте 4 уточняется, что последующая практика применения договора, которая не удовлетворяет всем критериям статьи 31, пункт 3 b), тем не менее относится к сфере действия статьи 32. Статья 32 содержит неисчерпывающий перечень дополнительных средств толкования<sup>41</sup>. В пункте 4 заимствована формулировка "возможно обращение" статьи 32, чтобы сохранить различие между императивным характером учета средств толкования, указанных в статье 31, и диспозитивным характером использования дополнительных средств толкования согласно статье 32.

10) В частности, последующая практика применения договора, которая не устанавливает соглашения всех участников договора, а лишь устанавливает согласие одного или нескольких участников, может быть использована как дополнительное средство толкования. Это было заявлено Комиссией<sup>42</sup>, а впоследствии признано международными судами и трибуналами<sup>43</sup> и в литературе<sup>44</sup> (подробнее см. пункты 22)–36) комментария к проекту вывода 4).

---

*United Kingdom*, Judgment, 21 February 1975, Application № 4451/70, ECHR Series A № 18, para. 29; *Witold Litwa v. Poland*, Judgment, 4 April 2000, Application № 26629/95, ECHR 2000-III, para. 59; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], Judgment (Merits and Just Satisfaction), 12 November 2008, Application № 34503/97, ECHR 1345, para. 65 (Венская конвенция, статьи 31–33).

<sup>39</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 219–220 англ. текста, пункт 8). Более подробно см. ниже, пункт 12) комментария к проекту вывода 1, пункт 5.

<sup>40</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 220 англ. текста, пункт 8); "Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over time" в Nolte, сноска 29 выше, p. 169 at p. 177.

<sup>41</sup> Yasseen, сноска 24 выше, at p. 79.

<sup>42</sup> *Ежегодник... 1964 год*, том II, стр. 203–204 англ. текста, пункт 13).

<sup>43</sup> *Kasikili/Sedudu Island, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1096, paras. 79–80; *Loizidou v. Turkey*, Judgment (Preliminary Objections), 23 March 1995, Application № 15318/89, ECHR Series A № 310, paras. 79–81; *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago*, Judgments (Merits, Reparations and Costs, Judgment), 21 June 2002,

11) Тем не менее Комиссия не сочла, что последующая практика, которая не связана "с применением договора", должна быть затронута в настоящих проектах выводов в качестве дополнительного средства толкования. Вместе с тем при известных обстоятельствах такого рода практика также могла бы служить соответствующим дополнительным средством толкования<sup>45</sup>. Однако такая практика выходит за рамки того, что Комиссия в настоящее время рассматривает в рамках данной темы, за исключением тех случаев, когда она могла бы способствовать "оценке" соответствующей последующей практики применения договора (см. проект вывода 5 и сопровождающие его комментарии). Таким образом, пункт 4 проекта вывода 1 требует того, чтобы любая последующая практика была практикой "применения договора", как собственно того требует и пункт 3 проекта вывода 4, который определяет «другую "последующую практику"».

12) Комиссия посчитала важным дополнить проект вывода 1, подчеркнув в пункте 5<sup>46</sup>, что, несмотря на структуру проекта вывода 1, при восхождении от общего к частному процесс толкования представляет собой "одну единую операцию", которая требует "надлежащего акцента" на различных средствах толкования<sup>47</sup>. Выражение "одна единая операция" взято из комментария Комиссии к проектам статей 1966 года о праве международных договоров<sup>48</sup>.

---

Inter-Am. Ct. H.R. Series C № 94, para 92; *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 274, at para. 50; WTO Appellate Body Report, *EC – Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R and WT/DS68/AB/R, 5 June 1998, para. 90; см. также WTO Appellate Body Report, *US – COOL*, WT/DS384/AB/R и WT/DS386/AB/R, 29 June 2012, para 452.

<sup>44</sup> Yasseen, сноска 24, at p. 52, "[...] Венская конвенция принимает в качестве элемента общего правила толкования не последующую практику в целом, а лишь конкретную последующую практику, а именно последующую практику не только единообразную, но и равным образом общую для всех участников... [...] То, что остается от последующей практики, может быть дополнительным средством толкования согласно статье 32 Венской конвенции" [курсив наш]; Sinclair, сноска 24 выше, p. 138: "(...) (...) пункт 3 b) статьи 31 Конвенции [охватывает] лишь конкретную форму последующей практики, т.е. единообразную последующую практику, общую для всех участников. Последующая практика, которая не соответствует этому узкому определению, тем не менее может представлять собой дополнительное средство толкования по смыслу статьи 32 Конвенции" [курсив наш]; S. Torres Bernárdez, "Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties" in G. Hafner, G. Loibl, A. Rest, L. Sucharipa-Behrmann, K. Zemanek, (eds.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday* (Kluwer Law International, 1998), p. 721, at p. 726; M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp. 431–432.

<sup>45</sup> L. Boisson de Chazournes, "Subsequent Practice, Practices, and "Family Resemblance": Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu" в Nolte, сноска 29 выше, p. 53, at pp. 59–62.

<sup>46</sup> Первый доклад, пункт 64; Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over time, в Nolte, сноска 29 выше, p. 169, at pp. 171 and 177.

<sup>47</sup> О различных функциях последующих соглашений и последующей практики по отношению к прочим средствам толкования см. первый доклад, пункты 42–57; Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, в Nolte, сноска 29 выше, p. 169, at p. 183.

<sup>48</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 219–220 англ. текста, пункт 8).

Там Комиссия также указала, что она намеревается "подчеркнуть, что процесс толкования представляет собой единое целое"<sup>49</sup>.

13) В пункте 5 проекта вывода 1 также поясняется, что в ходе процесса толкования как "одной единой операции" необходимый акцент необходимо делать на различных средствах толкования, которые упомянуты в статьях 31 и 32. Вместе с тем Комиссия не сочла нужным ссылаться в качестве примера на одно или более из конкретных средств толкования в тексте пункта 5 проекта вывода 1<sup>50</sup>. Это позволяет избежать того возможно ошибочного понимания, что любое из различных средств толкования имеет приоритет по сравнению с другими, вне зависимости от конкретной договорной нормы или конкретного случая.

14) В пункте 5 использован термин "средства толкования". Этот термин охватывает не только "дополнительные средства толкования", которые упомянуты в статье 32, но и элементы, упомянутые в статье 31<sup>51</sup>. Хотя Комиссия в своем комментарии к проектам статей о праве международных договоров порой использовала термины "средства толкования" и "элементы толкования" как одинаковые по смыслу, для рассмотрения настоящей темы Комиссия сохранила термин "средства толкования", поскольку он также описывает их функцию в процессе толкования как орудия или инструмента<sup>52</sup>. Термин "средства" не отделяет друг от друга различные факторы, упомянутые в статьях 31 и 32. Скорее, он указывает, что каждое из этих средств имеет функцию в процессе толкования, которое является "одной" и в то же время "единой" операцией<sup>53</sup>. Точно так же как суды обычно выстраивают свою аргументацию, сначала обратившись к терминам договора, а затем переходя в рамках интерактивного процесса<sup>54</sup> к анализу этих терминов в их контексте и в свете объекта и цели договора<sup>55</sup>, в любом случае толкования договора сначала должно быть выявлено конкретное значение различных средств толкования, прежде чем их можно будет "бросить в тигель"<sup>56</sup>, чтобы прийти к правильному толкованию, дав им соответствующий вес по отношению друг к другу.

<sup>49</sup> Там же.

<sup>50</sup> Это предлагалось Специальным докладчиком, см. первый доклад, пункт 28 (1) Общее правило и средства толкования договоров – (...) Толкование договоров в том или ином конкретном случае может привести к различному акценту на разных средствах толкования, предусмотренных в статьях 31 и 32 Венской конвенции, особенно на тексте договора или на его объекте и цели, в зависимости от соответствующего договора или соответствующих договорных положений". См. также анализ в первом докладе, пункты 8–27.

<sup>51</sup> См. также комментарии к проекту вывода 1, пункт 1; Villiger, сноска 22 выше, p. 129; Daillier *et al*, сноска 25 выше, at pp. 284–289.

<sup>52</sup> Предварительный краткий отчет о 3172-м заседании, A/CN.4/SR.3172, стр. 4 англ. текста.

<sup>53</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 219–220 англ. текста, пункт 8).

<sup>54</sup> Там же.

<sup>55</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 219 англ. текста, пункт 6); Yasseen, сноска 24 выше, at p. 58; Sinclair, сноска 24 выше, at p. 130; J. Klabbers, "Treaties, Object and Purpose", *Max Planck Encyclopedia on Public International Law* (<http://www.mpepil.com>), para. 7; Villiger, *Commentary*, сноска 44 выше, at p. 427, para. 11; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1988, p. 69, at p. 89, paras. 45–46; *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic*, Decision of 30 June 1977, UNRIIAA, vol. XVIII, p.3, at pp. 32–35, para. 39.

<sup>56</sup> *Ibid.*

15) Обязательство делать "надлежащий акцент на различные средства толкования" может в ходе толкования договоров приводить в конкретных случаях к разному акценту на различных средствах толкования в зависимости от договора или от соответствующих договорных положений<sup>57</sup>. Это не значит, что суд или другой толкователь не может быть до известной степени свободен в выборе и использовании различных средств толкования. Толкование основывается на оценке толкователя, которая заключается в определении относимости различных средств толкования к конкретному случаю и выявлении их взаимодействия с другими средствами толкования в данном случае, когда на них добросовестно делается надлежащий акцент, как того требует применяемая норма. Если это возможно и достижимо, такая оценка должна включать рассмотрение соответствующих прошлых оценок и решений в тех же и, возможно, также в других соответствующих областях<sup>58</sup>.

16) Комиссия провела дискуссию по вопросу о том, не будет ли правильно упомянуть в проекте вывода "характер" договора как фактор, который обычно важен для определения того, должны ли определенные средства толкования получать больший или меньший вес<sup>59</sup>. Некоторые члены считали, что предмет договора (например, касаются ли его положения чисто экономических вопросов или же они, скорее, затрагивают права человека, а также имеют ли нормы договора, скорее, технический характер или же они имеют более ценностную ориентацию), а также его основная структура и функция (например, носят ли положения более взаимный характер или же они в большей степени преследуют цель ограждения общего блага) могут затрагивать его толкование. Они отметили, что юриспруденция разных международных судов и трибуналов позволяет считать, что дело обстоит именно так<sup>60</sup>. Отмечалось также, что концепция "характера" договора не чужда Венской конвенции (см., например, статью 56 (1) а))<sup>61</sup> и что концепция "характера" договора и/или договорных

<sup>57</sup> Первый доклад, проект вывода 1, пункт 2), в пункте 28, а также в целом пункты 10–27.

<sup>58</sup> В первом докладе, там же, упоминается юриспруденция различных международных судов и трибуналов в качестве примеров того, как вес данного средства толкования определяется в конкретных случаях, показывая тем самым, как данные случаи последующей практики и последующих соглашений способствовали или не способствовали определению обычного смысла терминов в их контексте и в свете объекта и цели договора.

<sup>59</sup> См. первый доклад, проект вывода 1, пункт 2), а также анализ в пунктах 8–28.

<sup>60</sup> Например, третейские группы и Апелляционный орган ВТО, по-видимому, больше подчеркивают условия соответствующего соглашения в рамках ВТО (например, Brazil – Export Financing Programme for Aircraft, Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU, Report of the Appellate Body, 21 July 2000, WT/DS46/AB/RW, 21 July 2000, para. 45), в то время как Европейский суд по правам человека и Межамериканский суд по правам человека подчеркивают характер конвенции как договора о правах человека (например, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], Judgment, 4 February 2005, Applications nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I, para 111; *The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99, 1 October 1999, Inter-Am. Ct. H.R. Series A № 16, para. 58); см. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение №10* (A/66/10 и Add. 1), стр. 281–282, а также Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, в Nolte, сноска 29 выше, p. 213, at pp. 216, 244–246, 249–262, 270–275.

<sup>61</sup> M. Forteau, "Les Techniques Interpretatives de la Cour Internationale de Justice", *Revue générale de droit international public*, vol. 115 (2011), p. 399, at pp. 406–407, 416; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion (*Separate opinion of Judge Dillard*), *I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at pp. 138, p. 154, fn. 1.

норм была отражена в другой работе Комиссии, в частности по теме последствий вооруженных конфликтов для договоров<sup>62</sup>. Однако другие члены считали, что в проекте выводов не должно говориться о "характере" договора, чтобы сохранить единство процесса толкования и избежать любого присвоения категорий договорам. Указывалось также на то, что неясна концепция "характер договора", который трудно будет отделить от объекта и цели договора<sup>63</sup>. В конечном счете Комиссия решила оставить вопрос открытым и пока не упоминать в проекте вывода 1 характер договора.

## Вывод 2

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

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

## Комментарий

1) Охарактеризовав последующие соглашения и последующую практику в соответствии со статьей 31, пункт 3 а) и b), Венской конвенции как "аутентичные средства толкования", Комиссия указывает причину, по которой эти средства важны для толкования договоров<sup>64</sup>. Поэтому Комиссия следует своему комментарию 1966 года к проектам статей о праве договоров, в котором последующие соглашения и последующая практика в соответствии со статьей 31, пункт 3) а) и b), определялись как "аутентичные средства толкования" и подчеркивалось, что

"Важность такой последующей практики при применении договора как элемента толкования очевидна: она представляет собой объективное доказательство понимания участниками смысла договора"<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Статьи о последствиях вооруженных конфликтов для договоров (статья 6 (а)), приложения к резолюции 66/99 Генеральной Ассамблеи, A/RES/66/99), см. также Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение №10* (A/66/10 and Add.1); в руководящем положении 4.2.5 говорится о характере обязательств по договору, а не о характере договора как такового.

<sup>63</sup> В соответствии с комментарием к руководящему положению 4.2.5 Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам трудно провести различие между характером договорных обязательств и объектом и целью договора. Руководство по практике в отношении оговорок к международным договорам, комментарии к руководящему положению 4.2.5, пункт 3), в *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение №10* (A/66/10 и Add.1). С другой стороны, в статье 6 Проекта статей о последствиях вооруженных конфликтов для договоров указывается на "ряд факторов, касающихся характера данного договора, в частности его предмет, его объект и его цель, его содержание и число участников сторон договора". Там же, комментарий к статье 6, пункт 3).

<sup>64</sup> См. R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (Longman, 9th ed., 1992), vol. 1, p. 1268, para. 630; G. Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Certain other Treaty Points" *British Yearbook of International Law*, 1957, vol. 33, p. 203, at pp. 223-225; WTO Panel Report, *US - Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, WT/DS353/R, 31 March 2011, para. 7.953.

<sup>65</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 221-222 англ. текста, пункт 15).

2) Последующие соглашения и последующая практика в соответствии со статьей 31, пункт 3 а) и b), не являются, однако, единственным "аутентичным средством толкования". Для анализа обычного значения текст договора, в частности, также служит таким средством. Как поясняла Комиссия

"(...) подход Комиссии к толкованию договоров строится на том, что текст договора должен презюмироваться как аутентичное выражение намерений участников, (...) в силу чего обычное значение терминов, контекст договора, его объект и цель, а также общие нормы международного права вместе с аутентичными толкованиями участников становятся главными критериями толкования договора"<sup>66</sup>.

Термин "аутентичный", таким образом, относится к различным формам "объективного подтверждения" или "доказательства" поведения участников, которое отражает "общее понимание участников" в отношении смысла договора.

3) Охарактеризовав последующие соглашения и последующую практику в соответствии со статьей 31, пункт 3 а) и b), как "аутентичное" средство толкования, Комиссия признает, что общая воля участников, из которой проистекает любой договор, обладает известным весом в плане указания на смысл договора, даже после его заключения. Тем самым Венская конвенция наделяет участников договора ролью, которая может быть необычной для толкования юридических текстов во внутренних правовых системах.

4) Характер последующих соглашений и последующей практики участников в соответствии со статьей 31, пункт 3 а) и b), в качестве "аутентичного средства толкования" не предполагает, однако, что эти средства обязательно обладают решающим или юридически обязательным действием. В соответствии с заголовочной частью статьи 31, пункт 3, последующие соглашения и последующая практика в конечном счете должны лишь "учитываться" при толковании договора, которое представляет собой "одну единую операцию" без какой-либо иерархии между всеми средствами толкования, которые упомянуты в статье 31<sup>67</sup>. По этой причине и вопреки мнению некоторых комментаторов<sup>68</sup> последующие соглашения и последующая практика, которые устанавливают соглашение участников в отношении толкования договора, необязательно являются решающими или юридически обязательными<sup>69</sup>. Таким образом, когда

<sup>66</sup> *Ежегодник... 1964 год*, том II, стр. 204–205 англ. текста, пункт 15); см. также там же, стр. 203–204 англ. текста, пункт 13): "В пункте 3 указаны в качестве *последующих* [курсив наш] аутентичных элементов толкования: а) соглашения между участниками относительно толкования договора и b) любая последующая практика применения договора, которая четко устанавливает согласие всех участников относительно его толкования"; с другой стороны, Уолдок пояснил, что подготовительные материалы как таковые не являются аутентичным средством толкования, см. там же, стр. 58–59 англ. текста, пункт 21).

<sup>67</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 219–220 англ. текста, пункты 8) и 9).

<sup>68</sup> M.E. Villiger, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The "Crucible" Intended by the International Law Commission" in E. Cannizaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011), p. 105, at p. 111; Gardiner, сноска 23, at p. 32; O. Dörr, "Commentary on Article 31 of the Vienna Convention" in O. Dörr, K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, 2012), p. 521, at pp. 553–554, paras. 72–75; K. Skubiszewski, "Remarks on the Interpretation of the United Nations Charter" in R. Bernhardt et al. (eds.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte – Festschrift für Hermann Mosler* (Springer, 1983), p. 891, at p. 898.

<sup>69</sup> H. Fox, "Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the Kasikili Sedudu Island Case" in M. Fitzmaurice, O. Elias, P. Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna*

Комиссия квалифицирует "последующее соглашение" как представляющее собой "аутентичное толкование участниками, которое должно предполагаться заложенным в тексте договора для целей его толкования"<sup>70</sup>, она не идет настолько далеко, чтобы утверждать, что такого рода толкование является обязательно решающим в том смысле, что оно превосходит все другие средства толкования.

5) Это не исключает для участников договора, если они того пожелают, возможности заключить обязательное соглашение в отношении толкования договора. Специальный докладчик по вопросу о праве международных договоров сэр Хэмфри Уолдок указал в своем третьем докладе о праве международных договоров, что, возможно, трудно проводить различие между последующей практикой участников в соответствии с тем, что стало статьей 31, пункт 3 а) и b), — что лишь должно учитываться среди прочих средств в процессе толкования, — и последующим соглашением, которое участники считают обязательным:

Последующая практика, когда она последовательна и охватывает всех участников, по-видимому, представляется решающим указанием на смысл, придаваемый договору, *в любом случае*, когда она указывает, что участники считают толкование обязательным для них. В этих случаях последующая практика как элемент толкования договора и как элемент заключения неявного соглашения перекрывается, и смысл, выводимый из такой практики, становится аутентичным толкованием, установленным в силу соглашения"<sup>71</sup>. [курсив наш]

Хотя то первоначальное мнение Уолдока, что (простая) согласованная последующая практика "по-видимому, представляется решающим указанием на смысл", в конечном счете не было принято в Венской конвенции, последующие соглашения и последующая практика, устанавливающие соглашение участников в отношении толкования договора, должны быть решающими в отношении такого толкования, когда "участники считают толкование обязательным для них". Вместе с тем всегда возможно, что положения внутреннего права не позволят правительству государства заключить обязательное соглашение в таких случаях без выполнения известных — большей частью процедурных — требований в соответствии с его конституцией<sup>72</sup>.

6) Возможность достижения участниками обязательного последующего соглашения о толковании особенно ясна в случаях, когда это предусматривается самим договором. Так, в статье 1131 (2) САССТ предусматривается, что "толкование [межправительственной] Комиссией положения настоящего

---

*Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), p. 59, at pp. 61–62; A. Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps* (Bruylant, 2013), pp. 313–315; 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; cautious: J.M. Sorel, B. Eveno, "Commentary on Article 31 of the Vienna Convention" in O. Corten, P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (Oxford University Press, 2011), vol. I, p. 804, at p. 826, paras. 42 и 43; см. также "Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time", в Nolte, сноска 29 выше, p. 307, at p. 375, para. 16.4.3.

<sup>70</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 221 англ. текста, пункт 14).

<sup>71</sup> Уолдок, Третий доклад о праве международных договоров, *Ежегодник... 1964 год*, том II, стр. 60 англ. текста, пункт 25).

<sup>72</sup> Этот аспект будет рассмотрен подробнее на более позднем этапе работы над данной темой.

Соглашения обязательно для Трибунала, учреждаемого в соответствии с настоящей статьей". Наличие такой особой процедуры или соглашения в отношении авторитетного толкования договора, которое участники считают обязательным, может и не исключать дополнительного обращения к последующим соглашениям или последующей практике в соответствии со статьей 31, пункт 3 а) и b)<sup>73</sup>.

7) Комиссия продолжила использовать термин "аутентичное средство толкования", чтобы описать необязательно исчерпывающий, но более или менее авторитетный характер последующих соглашений и последующей практики в соответствии со статьей 31, пункт 3) а) и b). В проекте вывода 2 Комиссия не использовала терминов "аутентичное толкование" или "авторитетное толкование", поскольку эти концепции часто понимаются как означающие безусловно решающий или обязательный характер соглашения между участниками в отношении толкования договора<sup>74</sup>.

8) Термин "аутентичные средства толкования" охватывает фактический и юридические элемент. Фактический элемент обозначается выражением "объективное доказательство", в то время как юридический элемент заключен в концепции "понимание участниками". Соответственно, Комиссия охарактеризовала "последующее соглашение" как представляющее "аутентичное толкование участниками, которое должно предполагаться заложенным в тексте договора для целей его толкования"<sup>75</sup>, и впоследствии указывалось, что последующая практика "аналогичным образом (...) представляет собой объективное доказательство понимания участниками смысла договора"<sup>76</sup>. Ввиду характера договоров как воплощения общей воли их участников "объективное доказательство" или "понимание участниками" обладает значительным авторитетом как средство толкования<sup>77</sup>.

9) Различие между любым "последующим соглашением" (статья 31, пункт 3 а)) и "последующей практикой (...), которая устанавливает соглашение сторон" (статья 31, пункт 3 b)) не обозначает различия в отношении их аутентичного характера<sup>78</sup>. Комиссия, скорее, считает, что "последующее соглашение между участниками в отношении толкования договора или применения его положений" *ipso facto* имеет то последствие, что оно

<sup>73</sup> Этот вопрос будет более подробно изучен на последующих этапах работы над темой; см. также Соглашение о создании Всемирной торговой организации, 1994, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1867, № 31874, p. 3, art. IX, para. 2, and WTO Appellate Body Report, *EC – Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 273; WTO Appellate Body Report, *EC – Bananas III*, Second Recourse to Article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 November 2008, paras. 383 and 390.

<sup>74</sup> См., например, *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, Final Award on Jurisdiction and Merits, 9 August 2005, Part II, Chapter H, para. 23 (со ссылкой на Jennings & Watts (eds.), сноска 64 выше, p. 1268, para. 630); Gardiner, сноска 23 выше, at p. 32; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* ((Springer, 2007), p. 153; Skubiszewski, сноска 68 выше, at p. 898; G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties* (Akadémiai Kiadó, 1973), p. 43; см. также Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, в Nolte, сноска 29 выше, p. 213, at p. 242, para. 4.5.

<sup>75</sup> Ежегодник... 1966 год, том II, стр. 221 англ. текста, пункт 14).

<sup>76</sup> Там же, стр. 221–222 англ. текста, пункт 15).

<sup>77</sup> Gardiner, сноска 23 выше, at pp. 32 and 354–355; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, сноска 74 выше, at pp. 152–153.

<sup>78</sup> Первый доклад, стр. 29.

представляет собой аутентичное толкование договора, в то время как "последующая практика" имеет это последствие лишь тогда, когда она "показывает общее понимание участниками в отношении значения терминов"<sup>79</sup>. Таким образом, различие между "последующим соглашением между сторонами" и "последующей практикой (...), которая устанавливает соглашение сторон", заключается в способе установления соглашения сторон в отношении толкования договора, и различие заключается в том, насколько просто они позволяют установить такое соглашение<sup>80</sup>.

10) Последующие соглашения и последующая практика как аутентичные средства толкования договора не следует путать с толкованием договоров международными судами, трибуналами или договорными органами в конкретных случаях. Последующие соглашения или последующая практика в соответствии со статьей 31, пункт 3 а) и b), являются "аутентичными" средствами толкования, поскольку они – суть выражения понимания договора самими государствами-участниками. Авторитет международных судов, трибуналов и договорных органов, скорее, вытекает из других источников, чаще всего из договора, который подлежит истолкованию. Решения и другие высказывания международных судов, трибуналов и договорных органов могут, однако, косвенным образом иметь отношение к установлению последующих соглашений и последующей практики как аутентичных средств толкования, если они отражают или вызывают такие последующие соглашения и практику самих участников<sup>81</sup>.

11) В проектах выводов 1 и 4 проводится различие между "последующей практикой", устанавливающей соглашение сторон в соответствии со статьей 31, пункт 3 b), Венской конвенции, с одной стороны, и другой последующей практикой (в широком смысле) одного или более, но не всех, участников договора, которая может иметь отношение к делу в качестве дополнительного средства толкования в соответствии со статьей 32<sup>82</sup>. Такая "другая" последующая практика толкования, которая не устанавливает соглашения всех сторон, не может представлять собой "аутентичное" толкование договора всеми его участниками и, таким образом, не будет обладать тем же весом для целей толкования<sup>83</sup>.

12) Последняя часть проекта вывода 2 поясняет, что любое использование последующих соглашений и последующей практики как аутентичного средства толкования должно иметь место как часть применения общего правила толкования договоров, отраженного в статье 31 Венской конвенции.

### **Вывод 3**

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

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

<sup>79</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 221–222 англ. текста, пункт 15); W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Springer, 1983), p. 294.

<sup>80</sup> *Case concerning Kasikili/Sedudu Island, Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1087, para. 63, см. также проект вывода 4 и сопровождающие комментарии.

<sup>81</sup> Этот аспект будет подробнее рассмотрен на последующих этапах работы над темой; см., например, "Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time" в Nolte, сноска 29 выше, p. 307, at pp. 381ff, para. 17.3.1.

<sup>82</sup> См., в частности, пункты 22)–36) комментария к проекту вывода 4 (3).

<sup>83</sup> См. подробнее пункты 9)–11) и 4 (3), а также пункт 34) комментария к проекту вывода 1, пункт 4).

из используемых терминов значение, которое способно меняться с течением времени.

### Комментарий

1) В проекте вывода 3 затрагивается та роль, которую последующие соглашения и последующая практика могут сыграть в контексте более общего вопроса о том, может ли значение того или иного термина договора меняться с течением времени.

2) В случае международных договоров общий вопрос так называемого интертемпорального права<sup>84</sup> традиционно ставится в терминах того, следует ли толковать договор в свете обстоятельств и права в момент его заключения ("совпадающее по времени", "одновременное" или "статическое" толкование) или в свете обстоятельств и права в момент его применения ("эволютивное", "эволюционное" или "динамическое" толкование)<sup>85</sup>. Первоначальное мнение арбитра Макса Губера, не имеющее нормоустановительного характера, в решении по делу *Об острове Пальмас*, согласно которому "установленный в ходе судебного разбирательства факт должен приниматься во внимание в свете норм международного права в том виде, как они существовали в соответствующее время"<sup>86</sup>, побудило многие международные суды и трибуналы, а также многих юристов в целом склоняться к совпадающему по времени толкованию<sup>87</sup>. Между тем, Трибунал по делу *Iron Rhine* отметил<sup>88</sup>, что, по-видимому, "сегодня имеется общая поддержка авторитетными юристами эволютивного толкования договоров".

3) В своих комментариях к проекту статей о праве международных договоров в 1966 году Комиссия решила, что "попытка сформулировать норму, охватывающую в полном объеме темпоральный элемент, столкнется с

<sup>84</sup> T.O. Elias, "The Doctrine of Intertemporal Law", *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), pp. 285ff; D. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties* (British Institute of International and Comparative Law, 2003); M. Fitzmaurice, "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I", *Hague Yearbook of International Law*, vol. 21 (2008), pp. 101ff; M. Kotzur, "Intertemporal Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://www.mpepil.com>); U. Linderfalk, "Doing the Right Thing for the Right Reason: Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties", *International Community Law Review*, vol. 10 (2008), pp. 109ff; A. Verdross and B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3<sup>rd</sup> edition (Duncker & Humblot, 1984), pp. 496ff, paras. 782ff.

<sup>85</sup> M. Fitzmaurice, сноска 84 выше, pp. 101ff.

<sup>86</sup> *Island of Palmas case (Netherlands v. USA)*, Award, 4 April 1928, UNRIIA, vol. 2, p. 829, at p. 845.

<sup>87</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 220–221 англ. текста, пункт 11).

<sup>88</sup> *Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway (Belgium v. Netherlands)*, UNRIIA, vol. XXVII, p. 35, at para. 81; см., например, A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2<sup>nd</sup> edition (Cambridge University Press, 2007), pp. 243–244; M. Fitzmaurice, сноска 84 выше, at pp. 29–31; G. Di Stefano, "L'interprétation évolutive de la norme internationale", *RGDIP*, vol. 115 (2011-II), p. 373, at pp. 384 and 389ff; R. Higgins, "Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law" in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), p. 173, at pp. 174ff; Sorel & Boré Eveno, сноска 69, at p. 808, para. 8; P.-M. Dupuy, "Evolutionary interpretation of treaties" in E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011), p. 123, at pp. 125ff; M. Kotzur, "Intertemporal Law", сноска 84, at para. 14.

трудностями"<sup>89</sup>. Сходным образом дискуссии в Исследовательской группе по фрагментации международного права привели в 2006 году к тому выводу, что сложно сформулировать и согласовать общую норму, которая отдавала бы предпочтение либо "принципу одновременного толкования", либо принципу, в целом признающему необходимость учета "эволютивного значения" договоров<sup>90</sup>.

4) Проект вывода 3 не следует трактовать в том смысле, что в нем занята какая-либо позиция в отношении уместности более одновременного или более эволютивного подхода к толкованию договора в целом. В проекте вывода 3, скорее, подчеркивается, что последующие соглашения и последующая практика, как и любые другие средства толкования договоров, могут обосновывать в соответствующих случаях как одновременное, так и эволютивное толкование (или, как его часто называют, эволюционное толкование). Поэтому Комиссия пришла к выводу, что эти средства толкования договоров "могут помочь определить", уместно ли эволютивное толкование применительно к данному термину договора.

5) Этот подход подтверждается юриспруденцией международных судов и трибуналов. Различные международные суды и трибуналы, которые давали эволютивное толкование, хотя и в разной степени, по-видимому, в каждом конкретном случае решали, обращаясь к различным средствам толкования договоров, упомянутым в статьях 31 и 32, вопрос о том, следует ли усматривать в данном термине договора значение, способное меняться с течением времени.

6) В частности, считается, что Международный Суд выработал два направления юриспруденции, одно из которых склоняется к более "одновременному", а другое – к более "эволюционному" толкованию, как это отмечал судья *ad hoc* Гийом в своем заявлении в деле о споре относительно судоходных и смежных прав<sup>91</sup>. Решения, которые склоняются в пользу более одновременного подхода, главным образом касаются конкретных терминов договоров ("водораздел"<sup>92</sup>; "основное русло/тральверг"<sup>93</sup>; названия мест<sup>94</sup>;

<sup>89</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 222 англ. текста, пункт 16); R. Higgins, сноска 84 выше, at p. 178.

<sup>90</sup> Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, 2006, A/CN.4/L.682 и Corr.1, пункт 478.

<sup>91</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, I.C.J. Reports 2009, p. 213, Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume, p. 290, at pp. 294ff, paras. 9ff.; см. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесятая сессия, Дополнение №10 (A/60/10)*, пункт 479); Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, 2006, A/CN.4/L.682 и Corr.1, пункт 478; резолюцию Института международного права "Le problème intertemporel en droit international public", *Annuaire de l'Institut de droit international* (1975), pp. 536ff.

<sup>92</sup> *Case concerning a boundary dispute between Argentina and Chile concerning the delimitation of the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy*, Decision of 21 October 1994, UNRIAA, vol. XXII, p. 3, at p. 43, para. 130; см. также в отношении термина "водораздел", *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Judgment (Merits), I.C.J. Reports 1962, p. 6, at pp. 16–22.

<sup>93</sup> *Case concerning Kasikili/Sedudu Island*, I.C.J. Reports 1999, p. 1056, at pp. 1060–1062, paras. 21 and 25.

<sup>94</sup> *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea v. Ethiopia)*, UNRIAA, vol. XXV, p. 83, p. 110, para. 3,5.

"устье" реки<sup>95</sup>). С другой стороны, дела, в которых признавалось, что значение договорной нормы изменилось с течением времени, по-видимому, связаны с более общими терминами. В частности, это касается терминов, которые "эволюционны по определению", таких как "особо трудные условия современного мира" или "благополучие или развитие этих народов", в статье 22 Статута Лиги Наций. В своем заключении по делу *О Намибии* Международный Суд дал этим терминам эволюционное толкование, сославшись на эволюцию права народов на самоопределение после второй мировой войны<sup>96</sup>. "Общий" характер данного термина договора<sup>97</sup> и тот факт, что при разработке договора предусматривалось, что тот не будет "ограничен по времени"<sup>98</sup>, возможно, дают основание для эволюционного толкования.

7) Другие международные судебные органы иногда также используют эволютивный подход к толкованию, хотя и демонстрируя различную степень открытости по отношению к такому толкованию. Апелляционный орган Всемирной торговой организации лишь эпизодически прибегал к эволютивному толкованию. Однако в одном хорошо известном деле он постановил, что «общий термин "природные ресурсы" в статье XX g) не является "статичным" по своему содержанию или денотату, будучи, скорее, "по определению, эволюционным"»<sup>99</sup>. Камера по спорам, касающимся морского дна, Международного трибунала по морскому праву признала, что значение некоторых "обязательств обеспечения"<sup>100</sup> "может с течением времени меняться"<sup>101</sup>, и подчеркнула, что нормы об ответственности государств в КООНМП склонны следовать развитию права и "не считаются статическими"<sup>102</sup>. Европейский суд по правам человека постановил в более общем плане, что "Конвенция является "живым" документом, который... следует толковать в свете современных условий"<sup>103</sup>. Межамериканский суд по правам человека также в целом следует эволютивному подходу к толкованию, в частности в связи с так называемым подходом *pro homine*<sup>104</sup>. В деле *Iron Rhine*

<sup>95</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 303, at p. 339, para. 48 and p. 346, para. 59.

<sup>96</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 31, para. 53.

<sup>97</sup> *Aegean Sea Continental Shelf case (Greece v. Turkey), Judgment, I.C.J. Reports 1978*, 3, p. 32, para. 77; Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права о фрагментации международного права, 2006, A/CN.4/L.682 и Corr.1, пункт 478.

<sup>98</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), I.C.J. Reports 2009*, p. 213, at p. 243, para. 66.

<sup>99</sup> WTO Appellate Body Report, *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, para. 130.

<sup>100</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, 1982, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, № 31383, статья 153 (4) и статья 4 (4) в приложении III.

<sup>101</sup> *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, ITLOS Reports 2011*, p. 10, at para. 117.

<sup>102</sup> *Ibid.*, para. 211.

<sup>103</sup> *Tyrer v. the United Kingdom* (1978), Judgment, Application № 5856/72, ECHR Series A, № 26, para. 31.

<sup>104</sup> *The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory Opinion, 2 October 1999, OC-16/99, para. 114 (Это указание особенно актуально в случае международного права в области прав человека, в котором был достигнут значительный прогресс благодаря эволютивному толкованию международно-правовых актов о защите. Такое эволютивное толкование созвучно общим нормам толкования договоров, установленных в Венской конвенции 1969 года.

возможность дальнейшего существования и действия многоаспектного международного соглашения о железнодорожном сообщении была важной причиной признания Трибуналом того, что даже достаточно технические нормы могут получать эволютивное толкование<sup>105</sup>.

8) В конечном счете, большинство международных судов и трибуналов не признали эволютивного толкования как отдельной формы толкования, вместо этого придя к такому эволютивному толкованию при применении различных средств толкования, которые указаны в статьях 31 и 32 Венской конвенции, учитывая известные критерии (в частности, упомянутые в пункте 6) выше) в каждом конкретном случае. Поэтому любое эволютивное толкование значения термина должно быть оправданным как результат обычного процесса толкования договоров<sup>106</sup>.

9) Комиссия считает, что такое положение дел подтверждает ее первоначальный подход к толкованию договоров:

"(...) Комиссия рассмотрела проблему толкования договоров, исходя из того, что текст договора сам по себе должен считаться аутентичным проявлением намерений участников и что толкование имеет своей целью установить смысл текста, а не изучать *ab initio* предполагаемые намерения участников (...), объединив обычные значения терминов договора, контекст договора, его объект и цель, а также общие нормы международного права с аутентичным толкованием участниками договора, что является основными критериями толкования для договора"<sup>107</sup>.  
Соответственно, проект вывода 3, используя выражение "предполагаемое намерение", имеет в виду намерение участников, как то определено путем применения различных средств толкования, которые признаются в статьях 31 и

---

Как настоящий Суд в консультативном заключении о толковании Американской декларации прав и обязанностей человека 1989 года, так и Европейский суд по правам человека в делах *Tyrer v. United Kingdom* (1978), *Marckx v. Belgium* (1979), *Loizidou v. Turkey* (1995), в частности, постановили, что договоры о правах человека – это живые правовые акты, при толковании которых должны учитываться изменения с течением времени и сегодняшние условия". (сноски опущены).

<sup>105</sup> *Arbitration regarding the Iron Rhine ("IJzeren Rijn") Railway (Belgium v. Netherlands)*, UNRIAA, vol. XXVII, p. 35, at para. 80: "В настоящем деле предмет обсуждения – не концептуальный или общий термин, а, скорее, новые технические события, связанные с функционированием и пропускной способностью железной дороги"; см. также *Aegean Sea Continental Shelf case (Greece v. Turkey)*, *I.C.J. Reports 1978*, p. 3, at p. 32, para. 77; see *Case concerning the delimitation of the Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Award, 31 July 1989, UNRIAA, vol. XX, p. 119, at pp. 151–152, para. 85.

<sup>106</sup> Как эта мысль выражена в Докладе Исследовательской группы по вопросу о фрагментации, "Отправной точкой должен являться... тот факт, что решение этого вопроса – это вопрос толкования самого договора", доклад Исследовательской группы по вопросу о фрагментации международного права, 2006, A/CN.4/L.682 и Согл.1, пункт 478.

<sup>107</sup> *Ежегодник... 1964 год*, том II, стр. 204–205 англ. текста, пункт 15); см. также там же, стр. 203–204 англ. текста, пункт 13) (В пункте 3 указываются дополнительные аутентичные элементы толкования: а) соглашения между участниками относительно толкования договора и б) любая последующая практика применения договора, которая четко устанавливает согласие всех участников относительно его толкования"; с другой стороны, Уолдок пояснил, что подготовительные материалы как таковые не являются аутентичным средством толкования, см. *ibid.*, p. 58, para. 21).

32. Таким образом, "предполагаемое намерение" – это не выделяемая отдельно первоначальная воля, а подготовительные материалы – не главная основа определения предполагаемого намерения участников; напротив, как указывает статья 32, они служат лишь дополнительным средством толкования. И хотя целью толкования должно быть выявление намерения участников, это должно достигаться толкователем на основе средств толкования, наличествующих в момент акта толкования и включающих последующие соглашения и последующую практику участников договора. Таким образом, толкователь должен ответить на вопрос о том, заключалось ли предполагаемое намерение участников при заключении договора в том, чтобы придать какому-либо из используемых терминов значение, которое способно меняться с течением времени.

10) В проекте вывода 3 не обозначена позиция по вопросу об уместности более одновременного или более эволютивного подхода к толкованию договора в целом (см. комментарий выше, пункт 4). Однако этот вывод следует понимать как указывающий на необходимость известной осторожности, когда в конкретном случае делается вывод, следует ли применять эволютивный подход. Для этого в проекте вывода 3 указывается на последующие соглашения и последующую практику как средства толкования, которые могут дать полезные указания толкователю для оценки в рамках обычного процесса толкования договоров, способности нормы меняться с течением времени<sup>108</sup>.

11) Основой и подтверждением этого подхода служит юриспруденция Международного Суда и других международных судов и трибуналов. В заключении по делу *О Намибии* Международный Суд сослался на практику органов Организации Объединенных Наций и государств, чтобы конкретно определить те выводы, к которым он пришел на базе имманентно эволютивного характера права на самоопределение<sup>109</sup>. В деле *Об Эгейском море* Суд счел "значительным", что то, что он определил как "обычный, общий смысл" термина "территориальный спор", было подтверждено административной практикой Организации Объединенных Наций и поведением стороны, ссылавшейся на ограничительное толкование в другом контексте<sup>110</sup>. В любом случае решения, в которых Международный Суд применял эволютивное толкование, далеко не отходили от возможного значения текста и от предполагаемого намерения участников договора, как они также находили отражение в последующих соглашениях и последующей практике<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> См. также Gardiner, сноска 23 выше, at pp. 253–254; R. Kolb, *Interprétation et Création du Droit International* (Bruylant, 2006), pp. 488–501; J. Arato, "Subsequent practice and evolutive interpretation", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9 (2010), p. 443, at pp. 444–445, 465ff.

<sup>109</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at pp. 30–31, paras. 49–51.

<sup>110</sup> *Aegean Sea Continental Shelf case (Greece v. Turkey)*, *I.C.J. Reports 1978*, p. 3, at p. 31, para. 74.

<sup>111</sup> См. также *Case concerning the delimitation of the Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Award, 31 July 1989, UNRIIA, vol. XX, p. 119, at pp. 151–152, para. 85.

12) Решение Международного Суда по делу *О споре относительно судоходных и смежных прав* также иллюстрирует, как последующие соглашения и последующая практика участников могут способствовать пониманию того, при каких обстоятельствах толкование договора приводит к получению значения, которое способно меняться с течением времени. Толкуя термин "comercio" в договоре 1858 года, Суд высказал следующее мнение:

"С одной стороны, последующая практика участников по смыслу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции может привести к отклонению от первоначального намерения на основе молчаливого согласия участников. С другой стороны, имеют место ситуации, когда намерения участников при заключении договора заключалось в том, чтобы (...) придать используемым терминам (...) значение или содержание, которое может эволюционировать и не быть статичным навсегда, с тем чтобы открыть возможность, среди прочего, для учета развития норм международного права"<sup>112</sup>.

После этого Суд пришел к выводу, что термин "comercio" является "общим термином", а "участники обязательно" "знали, что его значение (...), по всей видимости, претерпит с течением времени эволюцию", что "договор заключался на очень длительный период", заключив, что "необходимо презюмировать, что участники (...) намеревались", чтобы этот термин "носил эволюционный характер"<sup>113</sup>. Судья Скотников в особом мнении, не согласившись с такой аргументацией, в конечном счете пришел к тому же результату, признав что более недавняя последующая практика Коста-Рики, связанная с туризмом на реке Сан-Хуан, "в течение по меньшей мере десятилетия", против которой Никарагуа "никогда не протестовала", а, скорее, "придерживалась последовательной практики разрешения туристического судоходства", и заключив, что это "позволяет считать, что участники пришли к соглашению в отношении его толкования"<sup>114</sup>.

13) Международный трибунал по бывшей Югославии иногда учитывал более общие формы практики государств, включая тенденции в законодательстве государств, которые в свою очередь могли привести к изменению толкования состава преступлений или их элементов. Например, в деле *Фурунджии* Камера Международного трибунала по бывшей Югославии, пытаясь определить состав преступления изнасилования, запрещаемого статьей 27 четвертой Женевской конвенции, статьей 76 (1) первого Дополнительного протокола и статьей 4 (2) е) второго Дополнительного протокола<sup>115</sup>, проанализировала принципы уголовного права, которые являются общими для главных правовых систем мира и признала

"...что в национальном законодательстве нескольких государств может быть прослежена тенденция к расширению сферы охвата определения изнасилования, с тем чтобы на данный момент оно охватывало деяния, которые ранее квалифицировались как сравнительно менее серьезные преступления, чем сексуальное или непристойное нападение. Эта тенденция свидетельствует о том, что на национальном уровне

<sup>112</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 242, para. 64.

<sup>113</sup> *Ibid.*, paras. 66–68.

<sup>114</sup> *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Skotnikov, p. 283, at p. 285, paras. 9–10.

<sup>115</sup> *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, 10 December 1998, ICTY-95-17/1, paras. 165ff.

государства, как правило, занимают более жесткую позицию по отношению к серьезным формам нападения на сексуальной почве"<sup>116</sup>.

14) Подход Европейского суда по правам человека в духе "живого правового акта" также основывается, в частности, на различных формах последующей практики<sup>117</sup>. Хотя Суд, как правило, не требует "соглашения участников относительно его толкования" по смыслу статьи 31, пункт 3 b), решения, в которых он принимает эволютивный подход, регулярно обосновываются детальным изложением последующей (государственной, социальной и международной юридической) практики<sup>118</sup>.

15) Межамериканский суд по правам человека, хотя он сравнительно редко упоминает последующую практику, часто ссылается на более общие международные изменения – подход, который располагается где-то между последующей практикой и другими "соответствующими правилами" согласно статье 31, пункт 3 c)<sup>119</sup>. Так, в деле *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* Суд отметил, что

"договоры о правах человека – это живые правовые акты ["instrumentos vivos"], толкование которых должно приспосабливаться к изменениям с течением времени и, конкретно, к сегодняшним условиям жизни"<sup>120</sup>.

16) Комитет по правам человека также периодически принимает эволютивный подход, основывающийся на изменениях в практике государств. Так, в деле *Джадж против Канады* Комитет отошел от своей юриспруденции по делу *Киндлер*<sup>121</sup>, пояснив следующее:

"Комитет учитывает тот факт, что вышеуказанные решения были приняты почти десять лет тому назад и что с тех пор наблюдается все более широкий международный консенсус в пользу отмены смертной казни, а в

<sup>116</sup> *Ibid.*, para. 179; аналогично *The Prosecutor v. Alfred Musema*, Trial Chamber I, Judgment, 27 January 2000, ICTR-96-13-A, paras. 220ff., in particular para. 228.

<sup>117</sup> Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, in Nolte, сноска 29, p. 213, at pp. 246ff.

<sup>118</sup> *Öcalan v. Turkey*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 12 May 2005, Application № 46221/99, ECHR 2005-IV, para. 163; *VO v. France* [GC], Judgment, 8 July 2004, Application № 53924/00, ECHR 2004-VIII, paras. 4 and 70; *Johnston et al. v. Ireland*, Judgment, 18 December 1986, Application № 9697/82, ECHR Series A № 112, para. 53; *Bayatyan v. Armenia* [GC], Judgment, 7 July 2011, Application № 23459/03, para. 63; *Soering v. the United Kingdom*, Judgment, 7 July 1989, Application № 14038/88, ECHR Series A № 161, para. 103; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, Judgment, 4 October 2010, Application № 61498/08, paras. 119–120; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], Judgment (Merits and Just Satisfaction), 12 November 2008, Application № 34503/97, ECHR 2008, para. 76.

<sup>119</sup> See e.g. *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Judgment, Merits, 29 July 1988, Inter-Am. Ct. H.R. Series C № 4, para. 151; *The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory Opinion, 2 October 1999, OC-16/99, paras. 130–133, 137.

<sup>120</sup> *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment (Merits, Reparations and Costs), 31 August 2001, Series C № 79, para. 146; also see *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion, 14 July 1989, OC-10/89, Series A № 10, para. 38.

<sup>121</sup> *Киндлер против Канады*, Соображения, принятые 30 июля 1993 года, сообщение № 470/1991, CCRP/C/48/D/470/1991.

государствах, сохранивших смертную казнь, отмечается все более широкий консенсус в отношении ее неприменения"<sup>122</sup>.

В деле *Юн и Чхе* Комитет подчеркнул, что значение любого права, закрепленного в Пакте, изменяется с течением времени, и пришел к выводу, что статья 18 (3) Международного пакта о гражданских и политических правах в настоящее время, по меньшей мере, предоставляет определенную защиту от принуждения к совершению действий, противоречащих подлинным религиозным убеждениям. Комитет пришел к этому выводу, поскольку возрастающее количество государств – участников Пакта, в которых сохранилась система обязательной военной службы, ввели альтернативы такой службе.<sup>123</sup>

17) Наконец, трибуналы МЦУИС подчеркивали, что последующая практика может быть особо важным средством толкования тех положений, которые участники договора намеревались развивать в свете их последующей договорной практики. Например, в деле *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* трибунал отметил:

"Ни одна из сторон не утверждает о том, что Конвенция МЦУИС содержит сколь-либо точное априорное определение понятия "инвестиции". Скорее, определение разрабатывалось в ходе последующей практики государств, сохраняя при этом ее целостность и гибкость и возможность будущего прогрессивного развития международного права по теме об инвестициях"<sup>124</sup>.

18) Юриспруденция международных судов, трибуналов и других договорных органов, таким образом, подтверждает, что последующие соглашения и последующая практика в соответствии со статьями 31 и 32 "могут помочь определить", должно ли у "термина" усматриваться значение, способное меняться с течением времени. При этом выражение "термин" не ограничивается конкретными выражениями (такими, как "торговля", "территориальный статус", "изнасилование", "инвестиции"), а может также охватывать более взаимосвязанные или универсальные концепции (такие, как "установленный законом" (статья 9 МПГПП) или "необходимый" (статья 18 МПГПП), как те существуют, например, в договорах о правах человека). Поскольку "термины" договора – это элементы норм, которые содержатся в них, тем самым надлежащим образом охватываются и соответствующие нормы.

#### **Вывод 4**

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

1. "Последующее соглашение" как аутентичное средство толкования в силу статьи 31, пункт 3) а), – это достигнутое после заключения договора соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений.

<sup>122</sup> *Джадж против Канады*, Соображения от 5 августа 2002 года, сообщение № 829/1998, CCPR/C/78/D/829/1998, пункт 10.3.

<sup>123</sup> *Юн и Чхе против Республики Корея*, Соображения от 3 ноября 2006 года, сообщения № 1321/2004 и 1322/2004, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, пункт 8,4.

<sup>124</sup> *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT), Award and Concurring Opinion, 15 March 2002, ICSID Case № ARB/00/2, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 310, para. 33; similarly *Autopista Concesionada de Venezuela, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, ICSID Case № ARB/00/5, ICSID Rep., vol. 6 (2004), p. 419, para. 97.

2. "Последующая практика" как аутентичное средство толкования в силу статьи 31, пункт 3) b), состоит из поведения в ходе применения договора после его заключения, которое устанавливает соглашение участников относительно толкования договора.

3. Другая "последующая практика" как дополнительное средство толкования в силу статьи 32 состоит из поведения одного или нескольких участников в ходе применения договора после его заключения.

### Комментарий

1) В проекте вывода 4 даются определения трех различных "последующих" средств толкования договора, которые упоминаются в пунктах 3 и 4 проекта вывода 1, а именно "последующего соглашения" по смыслу статьи 31, пункт 3 а), "последующей практики" по смыслу статьи 31, пункт 3 b), и другой "последующей практики" по смыслу статьи 32.

2) Во всех трех случаях термин "последующий" относится к действиям, совершаемым "после заключения договора"<sup>125</sup>. Зачастую этот момент времени предшествует моменту вступления договора в силу (статья 24). Различные положения Венской конвенции (например, статья 18) указывают на то, что договор может быть "заключен" до его фактического вступления в силу<sup>126</sup>. Для целей рассматриваемой темы под "заключением" понимается момент, после которого текст договора считается окончательным. Именно после заключения договора, а не с момента его вступления в силу, могут осуществляться "последующие соглашения" и "последующая практика". В самом деле, было бы сложно аргументировать позицию, согласно которой соглашения или практика в период после утверждения окончательного текста договора и до момента вступления договора в силу не должны быть релевантными для цели его толкования<sup>127</sup>.

3) В статье 31, пункт 2, Венской конвенции говорится о том, что "контекст" договора включает в себя "соглашения, достигнутые в связи с заключением договора" и "документы"<sup>128</sup>, составленные в связи с заключением договора". Формулировка "в связи с заключением договора" должна пониматься как включающая в себя соглашения, которые были достигнуты, а также документы, которые были составлены в тесной связи с заключением договора как по времени, так и по контексту<sup>129</sup>. Если они были достигнуты или составлены по

<sup>125</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 221 англ. текста, пункт 14).

<sup>126</sup> Брайерли, Второй доклад о праве международных договоров, *Ежегодник... 1951 год*, том II, стр. 70 и далее англ. текста; *Ежегодник... 1956 год*, том II, стр. 112 англ. текста; S. Rosenne, "Treaties, Conclusion and Entry into Force" in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (North Holland Publishing, 2000), p. 933 ([с]трого говоря, посредством договора завершаются (заключаются) переговоры"); Villiger, *Commentary*, сноска 44 выше, at pp. 78–80, paras. 9–14.

<sup>127</sup> См., например, Declaration on the European Stability Mechanism, agreed on by the Contracting Parties to the TESM, 27 September 2012.

<sup>128</sup> См. *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 221 англ. текста, пункт 13); Федеральный Конституционный суд Германии постановил, что данный термин может включать в себя односторонние заявления, если другая сторона не выражает возражений, см. German Federal Constitutional Court, BVerfGE, Vol. 40, p. 141, at p. 176; см. в целом Gardiner, сноска 23 выше, at pp. 215–216.

<sup>129</sup> Yasseen, сноска 24 выше, at p. 38; Jennings & Watts (eds.), сноска 64 выше, p. 1274, para. 632 (однако, с другой стороны, если промежуток времени между заключением договора и достижением дополнительного соглашения является слишком продолжительным, это может служить препятствием к тому, чтобы оно

истечении этого периода, то подобные "соглашения" и согласованные "документы" относятся к категории "последующих соглашений" или "последующей практики" по смыслу статьи 31, пункт 3<sup>130</sup>.

4) В пункте 1 проекта вывода 4 содержится определение "последующего соглашения" в силу статьи 31, пункт 3 а).

5) В статье 31, пункт 3 а), используется термин "последующее соглашение", а не "последующий договор". Однако "последующее соглашение" не обязательно носит менее формальный характер, чем "договор". И если по смыслу Венской конвенции "договор" должен быть заключен в письменной форме (статья 2, пункт 1 а), Венской конвенции), то в международном обычном праве такого требования нет<sup>131</sup>. Термин "соглашение" в Венской конвенции<sup>132</sup> и в международном обычном праве не подразумевает какую-либо особую степень формальности. Комиссия разъяснила, что статья 39 Венской конвенции, где излагается общее правило, согласно которому "договор может быть изменен по соглашению между участниками", означает, что "соглашение, вносящее изменение в договор, может принимать любую форму, которую могут выбрать стороны первоначального договора"<sup>133</sup>. Аналогичным образом в Венской конвенции не содержится каких-либо особых формальных требований в отношении соглашений и практики по смыслу статьи 31, пункт 3 а) и b), Венской конвенции<sup>134</sup>.

б) Если каждый договор является соглашением, то не каждое соглашение является договором. И действительно, по смыслу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции "последующее соглашение" всего лишь "учитывается" при толковании договора. Поэтому оно не всегда имеет обязательную юридическую силу. Вопрос о том, при каких условиях последующее соглашение между сторонами имеет обязательную юридическую силу и при каких условиях оно является просто средством толкования среди прочих таких средств, будет рассмотрен на более позднем этапе работы над темой.

рассматривалось как достигнутое в связи с "заключением договора").

<sup>130</sup> См. *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 221 англ. текста, пункт 14); см. также Villiger, *Commentary*, сноска 44 выше, at p. 431, paras. 20–21; см. также K. J. Heller, "The Uncertain Legal Status of the Aggression Understandings", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), p. 229, at p. 237.

<sup>131</sup> Villiger, *Commentary*, сноска 44 выше, at p. 80, para. 15; P. Gautier, "Commentary on Article 2 of the Vienna Convention" in O. Corten and P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, vol. I (Oxford University Press, 2011), p. 33, at pp. 38–40, paras. 14–18; J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (Kluwer Law International, 1996), pp. 49–50; см. также A. Aust, "The Theory and Practice of Informal International Instruments", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35 (1986), p. 787, at pp. 794ff.

<sup>132</sup> См. статьи 2 (1) а), 3, 24 (2), 39–41, 58, 60.

<sup>133</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 232 англ. текста; см. также Villiger, *Commentary*, сноска 44 выше, at p. 513, para. 7; P. Sands, "Commentary on Article 39 of the Vienna Convention" in O. Corten and P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, vol. II (Oxford University Press, 2011), p. 963, at pp. 971–972, paras. 31–34.

<sup>134</sup> В проекте статьи 27 (3) b), который впоследствии стал статьей 31 (3) b) Венской конвенции, содержалось слово "понимание", которое на Венской конференции было заменено словом "соглашение". Эта замена была "сугубо редакционной", см. *Официальные отчеты Конференции Организации Объединенных Наций по праву международных договоров, первая сессия, Вена 26 марта – 24 мая 1968 года*, A/CONF.39/11, стр. 169 англ. текста; Fox, сноска 69 выше, at p. 63.

7) В Венской конвенции проводится различие между "последующим соглашением" по смыслу статьи 31, пункт 3 а), и "любой последующей практикой (...), которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования" по смыслу статьи 31, пункт 3 б). Различие между ними зачастую бывает размытым, и, как свидетельствует правоприменительная практика международных судов и других судебных органов, просматривается известное нежелание проводить такое различие. В деле *Ливия против Чада* Международный Суд использовал выражение "последующие подходы" как для обозначения того, что он впоследствии назвал "последующими соглашениями", так и для обозначения последующих односторонних "подходов"<sup>135</sup>. В деле *Индонезия против Малайзии* Международный Суд оставил открытым вопрос о том, является ли использование определенной географической карты последующим соглашением или последующей практикой<sup>136</sup>. Третейские группы и Апелляционный орган ВТО не всегда проводят четкое различие между последующим соглашением и последующей практикой по смыслу статьи 31, пункт 3 а) и б)<sup>137</sup>.

8) Однако Трибунал САССТ в деле *CCFT v. US*<sup>138</sup> непосредственно обратился к такому разграничению. В этом деле Соединенные Штаты утверждали, что ряд односторонних мер трех участников САССТ, если их рассматривать в совокупности, представляет собой последующее соглашение<sup>139</sup>. На первом этапе Третейская группа не признала имеющиеся доказательства достаточными для установления наличия последующего соглашения по смыслу статьи 31, пункт 3 а)<sup>140</sup>. Однако на втором этапе Трибунал пришел к выводу о

<sup>135</sup> *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, I.C.J. Reports 1994, p. 6, at pp. 34ff. paras. 66ff.

<sup>136</sup> *Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*, I.C.J. Reports 2002, p. 625, at p. 656, para. 61; в деле *Габчиково – Надьямарош* Суд говорил о "последующих позициях", с тем чтобы установить, что "ясно выраженные термины в самом договоре, следовательно, на практике были признаны сторонами как могущие быть предметом обсуждения", *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 77, para. 138, см. также *Case concerning Maritime Delimitation and territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Judgment (Jurisdiction and Admissibility), I.C.J. Reports 1995, p. 6, at p. 122, para. 28 (последующее поведение).

<sup>137</sup> См. "Scheduling guidelines" in WTO Panel Report, *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, 2 April 2004, and in WTO Appellate Body Report, *US – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005; to qualify a "1981 Understanding" in WTO Panel Report, *US – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"*, WT/DS108/R, 8 October 1999; "Tokyo Round SCM Code" in WTO Panel Report, *Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut*, WT/DS22/R, 17 October 1996, and a "waiver" in WTO Appellate Body Report, *EC – Bananas III*, Second Recourse to Article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 November 2008.

<sup>138</sup> *C.C.F.T. v. United States*, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, Award on Jurisdiction, 28 January 2008; см. также *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, Decision on the Challenge to the President of the Committee, 3 October 2001, ICSID Case № ARB/97/36, ICSID Rep. (2004), p. 168, at p. 174, para. 12; P. Merkouris and M. Fitzmaurice, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement" in M. Fitzmaurice, O. Elias and P. Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), p. 153, at pp. 217–233.

<sup>139</sup> *C.C.F.T. v. United States*, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, Award on Jurisdiction, 28 January 2008, paras. 174–177.

<sup>140</sup> *Ibid.*, paras. 184–187.

том, что эти же самые доказательства свидетельствуют о наличии соответствующей последующей практики, которая устанавливает соглашение участников относительно толкования:

«Остается нерешенным вопрос о том, существует ли "последующая практика", которая устанавливает наличие соглашения сторон САССТ по этому вопросу по смыслу статьи 31, пункт 3 b). Трибунал делает вывод о том, что она существует. Хотя, по мнению Трибунала, в деле отсутствуют достаточные доказательства, подтверждающие наличие "последующего соглашения между сторонами в отношении толкования договора или применения его положений", имеющиеся доказательства, приведенные ответчиком, подтверждают, что, тем не менее, существует "последующая практика в ходе применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования"»<sup>141</sup>.

9) Эти доводы указывают на то, что различие между понятиями "последующее соглашение" и "последующая практика" по смыслу статьи 31, пункт 3, Венской конвенции заключается в различных формах, в которые облачается "аутентичное" выражение воли сторон. И действительно, проводя разграничение между "любым последующим соглашением" в силу статьи 31, пункт 3 а), Венской конвенции и "последующей практикой (...), которая устанавливает соглашение участников" в силу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции, Комиссия не собиралась проводить различие между их возможными правовыми последствиями<sup>142</sup>. Эти два понятия различаются прежде всего тем, что "последующее соглашение между сторонами" является аутентичным средством толкования *ipso facto*, в то время как "последующая практика" является таковым, только если все ее различные элементы в совокупности указывают на "общее понимание значения терминов сторонами"<sup>143</sup>.

10) Различие между последующими соглашениями и последующей практикой по смыслу статьи 31, пункт 3, проводится на основании того, может ли быть установлено наличие соглашения между сторонами как такового в виде общего действия или же необходимо устанавливать наличие соглашения, анализируя отдельные действия, которые в совокупности свидетельствуют о наличии общей позиции. Таким образом, "последующее соглашение" по смыслу статьи 31, пункт 3 а), должно быть "достигнуто", и оно предполагает наличие одного общего действия сторон, посредством которого они выражают общее понимание в отношении толкования договора или применения его положений.

11) "Последующая практика" по смыслу статьи 31, пункт 3 b), с другой стороны, охватывает все (другие) соответствующие формы последующего поведения сторон договора, которые способствуют установлению соглашения, или "понимания"<sup>144</sup>, сторон относительно толкования договора. Однако в некоторых конкретных случаях "практика" и "соглашение" могут совпадать, и между ними невозможно провести различие. Этим объясняется тот факт, почему термин "последующая практика" иногда используется в более широком смысле, который охватывает оба средства толкования, указанные в статье 31, пункт 3 а) и b)<sup>145</sup>.

<sup>141</sup> *Ibid.*, paras. 188–189; в похожем смысле: *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia* (Netherlands/Bolivia Bilateral Investment Treaty), Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICSID Case № ARB/02/3, 21 October 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20 (2005), p. 450, at pp. 528ff, paras. 251ff.

<sup>142</sup> *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 221–222 англ. текста, пункт 15).

<sup>143</sup> *Ibid.*; Karl, сноска 79 выше, at p. 294.

<sup>144</sup> Слово "понимание" использовалось Комиссией в соответствующем проекте статьи 27 3) b) по праву международных договоров (см. сноску 134).

12) В совокупности отдельные последующие соглашения, достигнутые между ограниченным кругом участников договора и вместе составляющие соглашение между всеми участниками договора относительно его толкования, обычно не являются последующим соглашением по смыслу термина "последующее соглашение" в силу статьи 31, пункт 3 а). В целях терминологической точности "последующее соглашение" должно обозначать только одно отдельное соглашение, достигнутое между всеми участниками договора. Отдельные последующие соглашения, достигнутые между ограниченным кругом участников договора и вместе составляющие соглашение между всеми участниками договора относительно его толкования, представляют собой последующую практику в силу статьи 31, пункт 3 б). Отдельные более поздние соглашения, достигнутые между ограниченным кругом участников договора, которые, даже если их рассматривать в совокупности, не составляют соглашение между всеми участниками договора относительно его толкования, могут использоваться в качестве дополнительного средства толкования в силу статьи 32 (см. пункты 22) и 23) ниже). Таким образом, термин "последующее соглашение" обозначает только соглашения, достигнутые между всеми участниками договора и выраженные в одном отдельном соглашении или общем действии в какой бы то ни было форме, которая указывает на наличие соглашения между всеми участниками договора. Последующим соглашением в силу статьи 31, пункт 3 а), является соглашение относительно толкования договора или применения его положений. Таким образом, целью соглашения, достигнутого между участниками договора, среди прочих, должно быть прояснение смысла положений договора или его применения<sup>147</sup>.

14) Относится ли соглашение к толкованию договора или его применению в ряде случаев можно определить благодаря содержащейся в "последующем соглашении" ссылке на соответствующий договор. Такая ссылка может содержаться также в более позднем договоре. Например, в деле *О делимитации морской границы в районе между Гренландией и Ян-Майеном (Дания против Норвегии)*, Международный Суд, по-видимому, признал, что "последующий договор", заключенный между сторонами "в этой же области", мог бы использоваться в целях толкования предыдущего договора. Однако при рассмотрении этого дела Суд, в конечном итоге, отказался использовать последующий договор в целях толкования, поскольку в нем не содержалось никаких "ссылок" на предыдущий договор<sup>148</sup>. При рассмотрении дела *О судоходных и смежных правах (Коста-Рика против Никарагуа)*, судья Гийом сослался на реальную практику в области туризма по реке Сан-Хуан в соответствии с Меморандумом о взаимопонимании между двумя данными государствами<sup>149</sup>. Однако вопрос о том, понимали ли стороны этот Меморандум

<sup>145</sup> *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Order (Provisional Measures), I.C.J. Reports 2006*, p. 113, at pp. 127–128, para. 53: в этом деле даже четко выраженное последующее устное соглашение было охарактеризовано сторонами как "последующая практика".

<sup>146</sup> См. WTO Appellate Body Report, *US – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, 16 May 2012, para. 371. Данный вопрос будет рассмотрен далее на более позднем этапе рассмотрения темы.

<sup>147</sup> *Ibid.*, paras. 366–378, особенно 372; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, сноска 74, at pp. 164ff.

<sup>148</sup> *Case concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), Judgment, I.C.J. Reports 1993*, p. 38, at p. 51, para. 28.

<sup>149</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), I.C.J.*

о взаимопонимании в качестве средства толкования соответствующего договора о границе, остается до конца неясным.

15) Пункт 2 проекта вывода 4 не призван дать общее определение любой формы последующей практики, которая может быть релевантной для цели толкования договоров. Пункт 2 ограничивается последующей практикой в качестве средства аутентичного толкования, которое устанавливает соглашение всех участников договора, как это сформулировано в статье 31, пункт 3 b). Такая последующая практика (в узком смысле) отличается от другой "последующей практики" (в широком смысле) одного или более участников, которая не устанавливает соглашения между сторонами, но которая может, тем не менее, иметь значение в качестве вспомогательного средства толкования в соответствии со статьей 32 Венской конвенции<sup>150</sup>.

16) Последующая практика в силу статьи 31, пункт 3 b), может состоять из любого "поведения". Слово "поведение" употреблено в значении статьи 2 статей Комиссии об ответственности государств за международно-противоправные деяния<sup>151</sup>. Оно, таким образом, может представлять собой не только действие, но и бездействие, включая соответствующее молчание, способствующие установлению соглашения<sup>152</sup>. Вопрос о том, при каких обстоятельствах бездействие или молчание могут способствовать соглашению всех сторон относительно толкования договора, будет затронут на более позднем этапе работы.

17) Последующая практика в силу статьи 31, пункт 3 b), должна быть поведением "в ходе применения договора". Сюда относятся не только официальные акты на международном или на внутринациональном уровне, которые направлены на применение договора, в том числе на соблюдение или обеспечение выполнения договорных обязательств, но и, среди прочего, официальные заявления относительно его толкования, такие как заявления на дипломатической конференции, в ходе юридического спора, а также решения национальных судов; официальный обмен сообщениями на основании договора; или принятие национальных законодательных актов либо заключение международных соглашений в целях осуществления договора даже прежде, чем какой-либо акт выполнения будет иметь место на национальном или на международном уровне.

18) Следует напомнить, что в одном из дел Третьей группа САССТ отказалась признать, что внутреннее законодательство может использоваться в качестве средства толкования:

---

*Reports 2009*, p. 213, Declaration of Judge ad hoc Guillaume, p. 290, at pp. 298–299, para. 16.

<sup>150</sup> О различии между двумя формами последующей практики см. ниже, комментарий, пункты 22) и 23).

<sup>151</sup> *Ежегодник... 2001 год*, том II (Часть 2) и исправление, стр. 34–35 англ. текста, пункты 2–4.

<sup>152</sup> Уолдок, Третий доклад о праве международных договоров, *Ежегодник... 1964 год*, том II, стр. 61–62 англ. текста, пункты 32)–33); *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, I.C.J. Reports 1962, p. 6, p. 23; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment (Jurisdiction and Admissibility), I.C.J. Reports 1984, p. 392, at p. 410, para. 39; *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, UNRIAA, vol. XXI, p. 53, at pp. 186–187, paras. 168–169.

"Наконец, с учетом того факта, что обе стороны ссылались на свое национальное законодательство по вопросу о сухопутных перевозках, Группа по урегулированию считает целесообразным сослаться на статью 27 Венской конвенции, которая гласит, что "Участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора". Это положение указывает на то, что Группа по урегулированию должна анализировать не национальное законодательство, а применимое международное право. Так, ни внутреннее право Соединенных Штатов, ни законодательство Мексики не должны использоваться при толковании САССТ. В противном случае это означало бы применение ненадлежащей правовой базы"<sup>153</sup>.

Хотя статья 27 Венской конвенции, разумеется, является действительной и важной, данная норма не означает, что национальное законодательство нельзя принимать во внимание в качестве элемента последующей практики государства при применении договора. Существует различие между ссылкой на внутреннее законодательство в качестве оправдания для невыполнения договора и обращением к внутреннему законодательству в целях толкования положения договорного права. Соответственно, международные судебные органы, в частности Апелляционный орган ВТО и Европейский суд по правам человека, признавали и регулярно проводят различие между внутренним законодательством (и иными имплементационными мерами на внутреннем уровне), которое нарушает договорные обязательства, и национальным законодательством и другими мерами, которые могут служить средством для толкования договора<sup>154</sup>. Следует, однако, заметить, что в любой "последующей практике применения договора" подразумевается элемент *bona fides*. Соответственно, очевидное ненадлежащее применение договора, в отличие от применения *bona fide* (даже и ошибочного), не является "применением договора" по смыслу статей 31 и 32.

19) Требование о том, чтобы последующая практика применения договора в силу статьи 31, пункт 3 b), была "относительно его толкования", имеет то же значение, что и параллельное требование в соответствии со статьей 31, пункт 3 a) (см. пункты 13) и 14) выше). Зачастую бывает трудно провести различие между последующей практикой, которая непосредственно и целенаправленно связана с договором, т.е. имеет место "относительно его толкования", и иной практикой "в ходе применения договора". Данное различие, однако, важно, поскольку только поведение сторон "относительно толкования договора" может способствовать "аутентичному" толкованию, тогда как по отношению к другой последующей практике в силу статьи 32 такого требования не существует.

<sup>153</sup> NAFTA Arbitral Panel Final Report, *Cross-Border Trucking Services (Mexico v. United States of America)*, № USA-MEX-98-2008-01, adopted 6 February 2001, para. 224.

<sup>154</sup> Например, WTO Panel Report, *US – Section 110(5) Copyright Act*, WT/DS160/R, 15 June 2000, para. 6.55; WTO Panel Report, *US – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, WT/DS350/R, 1 October 2008, para. 7.173; WTO Appellate Body Report, *US – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, WT/DS379/AB/R, 11 March 2011, para. 335–336; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (United States/Argentina Bilateral Investment Treaty), Decision on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, ICSID Case № ARB/01/8, ICSID Rep., vol. 7 (2003), p. 492, para. 47; *V v. the United Kingdom* [GC], Judgment (Merits and Just Satisfaction), 16 December 1999, Application № 24888/94, ECHR 1999-IX, para. 73; *Kart v. Turkey* [GC], Judgment (Merits and Just Satisfaction), 3 December 2009, Application № 8917/05, para. 54; *Sigurdur A Sigurjónsson v. Iceland*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 30 June 1993, Application № 16130/90, ECHR Series A № 264, para. 35.

20) Вопрос о том, при каких обстоятельствах на самом деле "устанавливается" "соглашение участников относительно толкования договора", будет затронут на более позднем этапе работы по данной теме.

21) Статья 31, пункт 3 b), не содержит явно выраженного требования о том, чтобы практика состояла из поведения самих участников договора. Однако в первую очередь именно сами участники, действуя через свои органы<sup>155</sup> или посредством поведения, которое может быть им присвоено, занимаются в ходе применения договора практикой, которая может устанавливать их соглашение. Вопрос о том, могут ли другие субъекты вырабатывать релевантную последующую практику, затрагивается в проекте вывода 5<sup>156</sup>.

22) В пункте 3 проекта вывода 4 говорится о "другой" последующей практике, т.е. о практике, отличающейся от указанной в статье 31, пункт 3 b). Данный пункт касается упомянутой в пункте 4 проекта вывода 1 "последующей практики в ходе применения договора" "в качестве дополнительного средства толкования в силу статьи 32". Такая форма последующей практики, не требующей согласия (всех) участников, изначально описывалась в комментарии Комиссии следующим образом:

"Однако в общем случае практика отдельной стороны или лишь некоторых сторон находится как элемент толкования на существенно ином уровне, нежели согласованная практика, охватывающая все стороны и демонстрирующая общее понимание ими значения договора. Последующая практика второго вида свидетельствует о соглашении сторон относительно толкования договора и аналогична соглашению о толковании. По этой причине Комиссия посчитала нужным включить последующую практику, устанавливающую общее понимание всех участников относительно толкования договора, в пункт 3 [ставший статьей 31, пункт 3, Венской конвенции] в качестве аутентичного средства толкования наряду с соглашениями о толковании. В свою очередь, практика отдельных государств в ходе применения договора может приниматься во внимание лишь как одно из "дальнейших" средств толкования, упомянутых в статье 70"<sup>157</sup>.

23) Пункт 3 проекта вывода 4 не устанавливает содержащегося в статье 31, пункт 3 b), требования о том, чтобы релевантная практика была "относительно толкования" договора. Так, для целей третьего пункта любая практика применения договора, на основании которой можно судить о том, как следует толковать договор, может быть релевантным дополнительным средством толкования в силу статьи 32.

24) С момента принятия Венской конвенции подобная "другая" последующая практика признавалась и применялась в качестве средства толкования международными судами и другими судебными органами (см. пункты 25)–33) ниже). Следует, однако, отметить, что в деле *Япония по вопросу об алкогольных напитках II*<sup>158</sup> Апелляционный орган ВТО сформулировал определение последующей практики для целей толкования договора, которое, судя по всему,

<sup>155</sup> Karl, сноска 79, at pp. 115ff.

<sup>156</sup> См. проект вывода 5 (2).

<sup>157</sup> *Ежегодник... 1964 год*, том II, стр. 204 англ. текста, пункт 13); см. также *Ежегодник... 1966 год*, том II, стр. 221–222 англ. текста, пункт 15).

<sup>158</sup> WTO Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, 4 October 1996, and WTO Report of the Panel, WT/DS8/R, WT/DS10/R and WT/DS11/R, 11 July 1996.

предполагает, что лишь такая "последующая практика в ходе применения договора", "которая устанавливает соглашение сторон относительно его толкования", может быть вообще релевантной для цели толкования договора, а не какая-либо другая форма последующей практики одной или нескольких сторон:

"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"<sup>159</sup>.

Однако практика Международного Суда и других международных судов и трибуналов и в конечном счете даже самого Органа по урегулированию споров ВТО (см. пункты 32) и 33) ниже) свидетельствует о том, что последующая практика, отвечающая всем условиям статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции, является не единственной формой последующей практики сторон при применении договора, которая может быть релевантной для цели толкования договора.

25) Например, в деле *Остров Касикили/Седуду* Международный Суд признал, что доклад технического эксперта, составление которого было заказано одной из сторон и который "всегда оставался внутренним документом"<sup>160</sup>, хотя и не является отражением последующей практики, устанавливающей соглашение сторон в силу статьи 31, пункт 3 b), может, "тем не менее, подтверждать выводы", к которым Суд пришел, применяя иные средства толкования<sup>161</sup>.

26) Суды МЦУИС также использовали последующую государственную практику в качестве средства толкования в широком смысле<sup>162</sup>. Например, при решении вопроса о том, могут ли миноритарные акционеры приобретать права по договорам о защите инвестиций и обладать процессуальной правоспособностью в МЦУИС, трибунал в деле *CMS Gas v. Argentina* признал, что:

"Государственная практика дополнительно подтверждает значение этого меняющегося сценария. (...) Таким образом, на миноритарных и не владеющих контрольным пакетом акций участников была распространена сфера охвата защиты или возможность предъявлять иски в требования в своем собственном праве. Современная практика, касающаяся соглашений о паушальных выплатах (...), среди прочих примеров свидетельствует о все большей гибкости при рассмотрении международных исков"<sup>163</sup>.

27) Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) в деле *Loizidou v. Turkey*<sup>164</sup> указал, что его толкование было "подтверждено последующей практикой договаривающихся сторон"<sup>165</sup>, т.е. "доказательством практики, которая свидетельствует о практически универсальном соглашении между договаривающимися сторонами относительно того, что статьи 25 и 46 (...)

<sup>159</sup> *Ibid.* (WTO Appellate Body Report), section E, p. 13.

<sup>160</sup> *Case concerning Kasikili/Sedudu Island, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1078, para. 55.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 1096, para. 80.

<sup>162</sup> O.K. Fauchald, "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis", *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), p. 301, at p. 345.

<sup>163</sup> *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (United States/Argentina Bilateral Investment Treaty), Decision on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, ICSID Case № ARB/01/8, ICSID Rep., vol. 7 (2003), p. 492, at para. 47.

<sup>164</sup> *Loizidou v. Turkey*, Judgment (Preliminary Objections), 23 March 1995, Application № 15318/89, ECHR Series A № 310.

<sup>165</sup> *Ibid.*, para. 79.

Конвенции не позволяют применять ограничения территориального или материально-правового характера"<sup>166</sup>. Чаше ЕСПЧ полагался на, хотя и не всегда единообразную, последующую практику государств, ссылаясь на национальное законодательство и внутригосударственную административную практику как средство толкования. В деле *Demir and Baykara v. Turkey*<sup>167</sup>, например, Суд признал, что "в связи с практикой европейских государств можно отметить, что в подавляющем большинстве из них признается право государственных служащих на проведение переговоров о заключении коллективного соглашения с властями"<sup>168</sup> и что "остающиеся исключения могут быть обоснованы только в случае наличия особых обстоятельств"<sup>169</sup>.

28) Межамериканский суд по правам человека (МАСПЧ), принимая во внимание последующую практику сторон, не ограничивался ее использованием в делах, в которых практика устанавливала соглашение сторон. Так, в деле *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago*<sup>170</sup> МАСПЧ постановил, что обязательное применение смертной казни за любые действия, повлекшие причинение смерти другому лицу, не согласуется со статьей 4 (2) Американской конвенции о правах человека (применение смертной казни только за наиболее тяжкие преступления). С тем чтобы поддержать это толкование, Суд посчитал, что: "в этой связи полезно обратиться к некоторым примерам, взятым из законодательства тех американских стран, в которых смертная казнь сохраняется"<sup>171</sup>.

29) Комитет по правам человека, учрежденный в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах (МПГПП), проявляет открытость в отношении аргументации, основанной на последующей практике в широком смысле, при рассмотрении обоснованности посягательств на права, изложенные в Пакте<sup>172</sup>. Толкуя довольно общие термины, содержащиеся в статье 19 (3) МПГПП (допустимые ограничения свободы выражения мнений), Комитет отметил, что "аналогичные ограничения существуют в правовых системах многих стран"<sup>173</sup>, и пришел к выводу, что цель, установленная в оспариваемом законе, как таковая не входит за рамки легитимных целей статьи 19 (3) МПГПП<sup>174</sup>.

30) МТМП несколько раз ссылался на последующую практику сторон, не проверяя при этом, действительно ли такая практика устанавливает соглашение между сторонами относительно толкования договора. Например, в деле *The M/V*

<sup>166</sup> *Ibid.*, para. 81; следует отметить, что Суд охарактеризовал "такую практику государств" как "единообразную и последовательную", несмотря на высказанное им признание того, что два государства, вероятно, представляют собой исключения (Кипр и Соединенное Королевство; "независимо от их значения"), paras. 80 and 82.

<sup>167</sup> *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], Judgment (Merits and Just Satisfaction), 12 November 2008, Application № 34503/97, ECHR 2008.

<sup>168</sup> *Ibid.*, para. 52.

<sup>169</sup> *Ibid.*, para. 151; аналогично *Jorgic v. Germany*, Judgment, 12 July 2007, Application № 74613/01, ECHR 2007-III, para. 69.

<sup>170</sup> *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago*, Judgment (Merits, Reparations and Costs), 21 June 2002, Inter-Am. Ct. H.R. Series C № 94.

<sup>171</sup> *Ibid.*, para. 12.

<sup>172</sup> *Йонг-Чеол против Республики Корея*, Соображения, 27 июля 2005 года, сообщение № 968/2001, CCPR/C/84/D/968/2001.

<sup>173</sup> Там же, пункт 8.3.

<sup>174</sup> Там же; см. также *Юн и Чхве против Республики Корея*, Соображения, 3 ноября 2006 года, сообщения № 1321/2004 и 1322/2004, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, пункт 8.4.

"SAIGA" (No 2)<sup>175</sup>, Трибунал рассмотрел государственную практику в отношении использования силы для остановки судна в соответствии с КМПООН<sup>176</sup>. Полагаясь на "обычную практику, используемую для остановки судна", Трибунал конкретно не определил соответствующую практику государств, а, скорее, предположил существование определенного общего стандарта<sup>177</sup>.

31) МТБЮ, ссылаясь на Конвенцию о геноциде, отметил в решении по делу *Елисича*, что:

"Судебная камера (...) толкует термины Конвенции в соответствии с общими правилами толкования договоров, изложенными в статьях 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров. (...) Судебная камера также учла последующую практику, предусмотренную Конвенцией. Особое внимание было уделено решениям Трибунала по Руанде. (...) Практика государств, особенно их национальных судов, а также деятельность международных органов в этой области также были приняты во внимание"<sup>178</sup>.

32) Органы по урегулированию споров ВТО также время от времени проводят различие между "последующей практикой", которая удовлетворяет условиям статьи 31, пункт 3 b), и другими формами последующей практики при применении договора, которые они также признают релевантными для цели толкования договора. Например, в деле *US – Section 110(5) Copyright Act*<sup>179</sup> (решение по которому не было обжаловано) Третьей группе пришлось решать вопрос о применимости "доктрины незначительных изъятий" по отношению к уплате роялти<sup>180</sup>. Группа нашла доказательства в поддержку существования такой доктрины в национальном законодательстве нескольких государств-членов и отметила следующее:

"Мы напоминаем о том, что статья 31, пункт 3, Венской конвенции предусматривает, что наряду с контекстом а) любое последующее соглашение, б) последующая практика или с) любые соответствующие нормы международного права, применимые к отношениям между участниками, должны приниматься во внимание для целей толкования. Мы отмечаем, что стороны и третьи стороны довели до нашего сведения несколько примеров существования в национальном законодательстве различных стран ограничений, основанных на доктрине незначительных изъятий. По нашему мнению, государственная практика, получившая отражение в национальном законодательстве об авторском праве членов

<sup>175</sup> *The M/V "SAIGA" (No 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Reports 1999*, p. 262, at paras. 155–156.

<sup>176</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, статья 293.

<sup>177</sup> *The M/V "SAIGA" (No 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Reports 1999*, p. 262, at paras. 155 and 156; см. также *The "Tomimaru" Case (Japan v. Russian Federation), Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2005-2007*, p. 74, para. 72; *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999*, p. 280, at paras. 45 and 50.

<sup>178</sup> *The Prosecutor v. Goran Jelisić*, Trial Chamber, Judgment, 14 December 1999, IT-95-10-T, para. 61; аналогичным образом *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Trial Chamber, Judgment, 2 August 2001, IT-98-33-T, para. 541.

<sup>179</sup> WTO Panel Report, *US – Section 110(5) Copyright Act*, WT/DS160/R, 15 June 2000.

<sup>180</sup> См. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), статья 9.1.

Бернского союза до и после 1948, 1967 и 1971 годов, а также членов ВТО до и после даты, после которой соглашение по ТРИПС стало применяться по отношению к ним, подтверждает наш вывод относительно доктрины незначительных изъятий"<sup>181</sup>.

Третьей группой сопровождалось это следующим предупреждением:

"Приводя эти примеры государственной практики, мы не желаем выражать мнение по поводу того, являются ли они достаточными для установления "последующей практики" по смыслу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции"<sup>182</sup>.

33) В деле *EC – Computer Equipment*, Апелляционный орган подверг критике Третью группу за то, что она не учла решения Комитета по согласованной практике Всемирной таможенной организации (ВТамО) в качестве релевантной последующей практики:

"Надлежащее толкование также должно было бы учитывать анализ существования и релевантности последующей практики. Мы отмечаем, что Соединенные Штаты ссылались в Группе по урегулированию на решения, принятые Комитетом по согласованной системе ВТамО в апреле 1997 года, относительно классификации некоторого оборудования ЛВС в качестве аппаратов автоматической обработки данных. Сингапур, третья сторона в разбирательстве в Третьей группе, также сослался на эти решения. Европейские сообщества отметили, что они формулировали оговорки в отношении этих решений (...). Однако мы считаем, что при толковании тарифных льгот в приложении LXXX решения Всемирной таможенной организации могут быть релевантными"<sup>183</sup>.

Таким образом, при более внимательном изучении можно сделать вывод о том, что органы по урегулированию споров ВТО также признают различие между "последующей практикой" в соответствии со статьей 31, пункт 3 b), и более широкой концепцией последующей практики, которая не предусматривает наличия соглашения между всеми сторонами договора<sup>184</sup>.

34) При использовании последующей практики одной или более сторон договора (но не всех сторон) в качестве дополнительного средства толкования в силу статьи 32 следует, однако, всегда учитывать то обстоятельство, что "мнение одного государства не формирует международное право"<sup>185</sup>. В любом случае разграничение между согласованной последующей практикой в силу статьи 31, пункт 3 b), как аутентичным средством толкования и другой последующей практикой (в широком смысле) в силу статьи 32 подразумевает,

<sup>181</sup> WTO Panel Report, *US – Section 110(5) Copyright Act*, WT/DS160/R, 15 June 2000, para. 6.55.

<sup>182</sup> *Ibid.*, footnote 68.

<sup>183</sup> WTO Appellate Body Report, *EC – Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R and WT/DS68/AB/R, 5 June 1998, at para. 90. См. также I. van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford University Press, 2009), p. 342.

<sup>184</sup> См. также WTO Appellate Body Report, *US – COOL*, WT/DS384/AB/R and WT/DS386/AB/R, 29 June 2012, para. 452.

<sup>185</sup> *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, Award, 28 September 2007, ICSID Case № ARB/02/16, para. 385; см. также *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Award, 22 May 2007, ICSID Case № ARB/01/3, para. 337; WTO Panel Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, WT/DS353/R, 31 March 2011, fn. 2420 in para. 7.953.

что за первой в большинстве случаев следует признавать бóльшую толковательную ценность.

35) Различие между (согласованной) последующей практикой в силу статьи 31, пункт 3 b), и последующей практикой в смысле любого конкретного случая применения договора (в силу статьи 32) также помогает ответить на вопрос о том, требует ли последующая практика неоднократных действий, повторяющихся с определенной частотой<sup>186</sup>, или может быть достаточно единичного случая применения договора<sup>187</sup>. В рамках ВТО Апелляционный орган признал следующее:

"Как правило, разовое действие не является достаточным для установления последующей практики; релевантной является последовательность действий, устанавливающих соглашение сторон"<sup>188</sup>.

Однако если отграничить концепцию последующей практики как средства толкования договоров от возможного соглашения между сторонами, то повторяемость не является необходимым элементом для определения концепции "последующей практики" в широком смысле (в силу статьи 32)<sup>189</sup>.

36) Таким образом, "последующая практика" в широком смысле (в силу статьи 32) охватывает любое применение договора одним или несколькими участниками. Она может принимать различные формы<sup>190</sup>. Такое "поведение одного или нескольких участников в ходе применения договора" может, в частности, состоять в непосредственном применении соответствующего договора, т.е. поведении, которое может быть присвоено государству-участнику в качестве применения договора, либо принимать форму заявления или судебного определения относительно его толкования или применения. В этом случае поведение может включать в себя официальные заявления относительно значения договора, протесты в случае несоблюдения или молчаливое согласие с заявлениями или действиями других сторон<sup>191</sup>.

## Вывод 5

### Присвоение последующей практики

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

## Комментарий

- 1) Проект вывода 5 посвящен вопросу о возможных авторах последующей практики в силу статей 31 и 32. Слова "в силу статей 31 и 32" проясняют, что данный проект вывода применим как к последующей практике в качестве

<sup>186</sup> Villiger, *Commentary*, сноска 44 выше, at p. 431, para. 22.

<sup>187</sup> Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, сноска 74, at p. 166.

<sup>188</sup> WTO Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, adopted 4 October 1996, section E, p. 13.

<sup>189</sup> Kolb, сноска 108, pp. 506–507.

<sup>190</sup> Aust, сноска 88, at p. 239.

<sup>191</sup> Karl, сноска 79, at pp. 114f.

аутентичного средства толкования в силу статьи 31, пункт 3 b), так и к последующей практике в качестве дополнительного средства толкования в силу статьи 32 Венской конвенции. В пункте 1 проекта вывода 5 приведено позитивное определение того, чье именно поведение в ходе применения договора может составлять последующую практику в силу статей 31 и 32, а в пункте 2 приведено негативное утверждение о том, какое поведение не может составлять последующей практики, но может, тем не менее, быть признано релевантным при оценке последующей практики сторон договора.

2) В пункте 1 проекта вывода 5 формулировка "любого поведения, которое может быть присвоено какому-либо участнику договора в силу международного права" заимствована из статьи 2 а) статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния<sup>192</sup>. Соответственно, термин "любое поведение" включает в себя действия и бездействие и не ограничен поведением государственных органов, но также охватывает поведение, которое в силу международного права может иным образом быть присвоено какому-либо участнику договора. Ссылка на статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, однако, не предусматривает требования о том, что рассматриваемое поведение должно быть "международно-противоправным" (см. пункт 8) ниже).

3) Пример соответствующего поведения, которое не вытекает напрямую из поведения участников, но тем не менее является примером практики государств, выявлен Международным Судом в деле *Касикили/Седуду*. В этом деле Суд счел, что регулярное использование членами местного племени масубия острова на границе Намибии (бывшая Юго-Западная Африка) и Ботсваны (бывший Бечуаналенд) может рассматриваться в качестве последующей практики по смыслу статьи 31, пункт 3 b), Венской конвенции, если оно:

связано с убеждением властей Каприви в том, что граница, определенная в соответствии с договором 1890 года, проходит вдоль южного канала Чобе; и, во-вторых, власти Бечуаналенда полностью осознали и принимали это в качестве подтверждения границы по договору"<sup>193</sup>.

4) В пункте 1 содержится ссылка на *любое* поведение в ходе применения договора, которое может быть присвоено какому-либо участнику договора, однако пункт 1 не подразумевает, что любое такое поведение обязательно составляет в данном деле последующую практику для целей толкования договора. Для того чтобы отразить этот аспект, используются слова "может состоять". Это пояснение особенно важно в отношении поведения государственных органов, которое может противоречить официально выраженной позиции государства по определенному вопросу и, таким образом, являться проявлением неоднозначного поведения государства.

5) Комиссия обсудила, следует ли в проекте вывода 5 особо осветить вопрос о том, при каких условиях относимой последующей практикой для целей толкования договора можно считать поведение государственных органов более низкого уровня. В этой связи несколько членов Комиссии указали на сложность различения государственных органов более высокого и более низкого уровня,

<sup>192</sup> Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния (с комментариями) *Ежегодник... 2001 года*, том II, (Часть 2) и исправление, стр. 35 англ. текста, пункт 4; вопрос о присвоении соответствующего последующего поведения международным организациям для целей толкования договоров будет рассмотрен на более позднем этапе работы по данной теме.

<sup>193</sup> *Case concerning Kasikili/Sedudu Island, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1095, para. 74.

особенно с учетом больших различий во внутренней организации государственного аппарата. Было также высказано мнение о том, что соответствующим критерием является не столько место органа в государственной иерархии, сколько его непосредственная роль в толковании и применении любого конкретного договора. Учитывая сложность и многообразие предполагаемых сценариев, Комиссия заключила, что этот вопрос следует затронуть не в самом тексте проекта вывода 5, а в комментарии к нему.

6) Последующая практика государств в ходе применения какого-либо договора, безусловно, может осуществляться высокопоставленными правительственными должностными лицами, упомянутыми в статье 7 Венской конвенции. Тем не менее поскольку большинство договоров обычно не применяются такими высокопоставленными должностными лицами, международные суды и трибуналы признали, что поведение менее высокопоставленных властей также может при определенных условиях составлять релевантную последующую практику в ходе применения договора. Соответственно, Международный Суд в деле *Права граждан США в Марокко* признал, что статью 95 Генерального акта Альхесирасской международной конференции необходимо толковать гибко, учитывая непоследовательную практику местных таможенных властей<sup>194</sup>. Решения арбитражных судов подтверждают, что релевантная последующая практика может исходить от менее высокопоставленных должностных лиц. В решении по делу *Германский внешний долг* Арбитражный суд учел письмо, направленное Банком Англии в Германское управление по вопросам федерального долга, в качестве релевантной последующей практики<sup>195</sup>. В деле *Налоговый режим в отношении пенсий, выплачиваемых вышедшим в отставку должностным лицам ЮНЕСКО, проживающим во Франции*, Арбитражный суд в принципе согласился с тем, что практика налогового управления Франции, не взимавшего налогов с пенсий вышедших на пенсию сотрудников ЮНЕСКО, является релевантной последующей практикой. В конечном итоге, однако, Арбитражный суд счел некоторые официальные заявления об обратном со стороны более высокопоставленного органа власти (правительства Франции) в качестве решающих аргументов<sup>196</sup>.

7) Таким образом, представляется, что практика должностных лиц более низкого и местного уровня может составлять последующую практику "в ходе применения какого-либо договора", если эта практика достаточно последовательна и если ожидается, что правительство осведомлено об этой практике и в течение разумного периода времени не пресекло ее<sup>197</sup>.

<sup>194</sup> *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 211.

<sup>195</sup> *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, Award, 16 May 1980, UNRIAA, vol. XIX, p. 67, at pp. 103–104, para. 31.

<sup>196</sup> *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Award, 14 January 2003, UNRIAA, vol. XXV, p. 231, at p. 257, para. 66 and p. 259, para. 74.

<sup>197</sup> См. Chanaki, сноска 69, at pp. 323–328; Gardiner, сноска 23, at p. 239; M. Kamto, "La volonté de l'Etat en droit international", *Recueil des cours*, vol. 310 (2004), p. 9, pp. 142–144; Dörr, сноска 68, at pp. 555–556, para. 78.

8) Комиссия не сочла необходимым ограничить охват соответствующего поведения, добавив фразу "для цели толкования договора"<sup>198</sup>. Это было предложено Специальным докладчиком, чтобы исключить из охвата термина "последующая практика" такое поведение, которое может быть присвоено какому-либо государству, но которое не служит цели выражения соответствующей позиции государства в отношении толкования какого-либо договора<sup>199</sup>. Однако Комиссия посчитала, что требование, согласно которому любое соответствующее поведение должно иметь место "в ходе применения договора", в достаточной степени ограничит охват возможного соответствующего поведения. Поскольку понятие "применение договора" требует добросовестного поведения, явно не надлежащее применение какого-либо договора не охватывается данной формулировкой<sup>200</sup>.

9) Пункт 2 проекта вывода 5 состоит из двух предложений. Первое предложение указывает на то, что другое поведение, чем поведение, указанное в пункте 1, включая поведение негосударственных субъектов, не составляет последующей практики в силу статей 31 и 32. Слова "другое поведение" были включены для того, чтобы прояснить различие между поведением, предусмотренным в пункте 2, и поведением, предусмотренным в пункте 1. В то же время Комиссия сочла, что поведение, не охваченное пунктом 1, может быть релевантным при "оценке" последующей практики сторон договора.

10) "Последующая практика в ходе применения договора" осуществляется теми, кто призван применять договор, т.е. обычно самими государствами-участниками. Общее правило было сформулировано Трибуналом по урегулированию взаимных претензий Ирана и США следующим образом:

"Признанный принцип толкования договоров состоит в том, чтобы учитывать, совокупно с контекстом, любую последующую практику в ходе применения международного договора. Эта практика, однако, должна быть практикой участников договора и быть такой практикой, которая устанавливает согласие участников в отношении толкования этого договора. Хотя один из участников переговоров об урегулировании, а именно "Банк Маркази", является органом Ирана и поэтому его практика может быть присвоена Ирану как одной из сторон Алжирской декларации, другие участники переговоров об урегулировании и самого урегулирования, а именно, банки Соединенных Штатов, не являются органами правительства Соединенных Штатов, и их практика не может быть присвоена Соединенным Штатам как другой стороне Алжирской декларации"<sup>201</sup>.

<sup>198</sup> См. первый доклад, стр. 63, пункт 144 (проект вывода 4, пункт 1).

<sup>199</sup> Там же, стр. 53, пункт 120.

<sup>200</sup> См. пункт 18) комментария к проекту вывода 4.

<sup>201</sup> Iran-United States Claims Tribunal, Award № 108-A-16/582/591 FT, *The United States of America, and others and The Islamic Republic of Iran, and others*, Iran-USCTR, vol. 5 (1984), p. 57, at p. 71; аналогично Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award № ITL 83-B1-FT (Counterclaim), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR (2004–2009), vol. 38, p. 77, at pp. 124–125, paras. 127–128; см. также Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award № ITL 37-111- FT, *International Schools Services, Inc. (ISS) and National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, Iran-USCTR, vol. 5 (1984), p. 338, Dissenting Opinion of President Lagergren, p. 348, at p. 353: "положение Венской конвенции о последующих соглашениях относится к соглашениям между государствами – участниками договора, и соглашение об урегулировании между двумя участниками арбитражного разбирательства наряд

11) Первое предложение второго пункта проекта вывода 5 призвано отразить это общее правило. В нем подчеркивается главная роль государств – участников договора, которые являются хозяевами договора и несут окончательную ответственность за его применение. Это не исключает того факта, что поведение негосударственных субъектов также может составлять форму применения договора, если оно может быть присвоено государству-участнику<sup>202</sup>.

12) "Другое поведение" по смыслу пункта 2 проекта вывода 5 может осуществляться другими субъектами. Таким поведением могут, в частности, быть практика сторон, осуществляющаяся не "в ходе применения договора", или заявления какого-либо государства, не являющегося участником договора, о толковании такого договора<sup>203</sup>, или заявление наблюдательного договорного органа или органа по урегулированию споров, связанное с толкованием соответствующего договора<sup>204</sup>, или действия технических органов, которым конференции государств-участников поручили консультировать их по вопросам применения положений договора, либо иные формы поведения или заявления негосударственных субъектов.

13) Слова "оценке последующей практики" во втором предложении пункта 2 следует понимать в широком смысле как охватывающие и идентификацию существования последующей практики, и определение ее юридической значимости. Заявления или поведение других субъектов, таких как международные организации или негосударственные субъекты, могут отражать или инициировать относимую последующую практику участников договора<sup>205</sup>. Такое отражение или инициирование последующей практики участников поведением других субъектов не следует, однако, смешивать с практикой самих участников договора, включая практику, которая может быть им присвоена. Действия субъектов, не являющихся государствами-участниками, могут только вносить некоторый вклад в оценку последующей практики участников договора.

14) Решения, резолюции и другая практика международных организаций могут сами по себе быть относимы к толкованию договоров. Это, например, признается в статье 2 j) Венской конвенции о праве договоров между

---

ли может рассматриваться равным соглашению между двумя государствами, являющимися участниками договора, даже несмотря на то, что Исламская Республика Иран была одной из сторон арбитражного разбирательства".

<sup>202</sup> См., например Iran-United States Claims Tribunal, Award № 108-A-16/582/591-FT, *The United States of America, and others and The Islamic Republic of Iran and others*, Iran-USCTR, vol. 5 (1984), p. 57, Dissenting Opinion of Parviz Ansari, Iran-USCTR, vol. 9 (1985), p. 97, at p. 99.

<sup>203</sup> См., например, *Комментарии Соединенных Штатов Америки по поводу замечания общего порядка № 33 Комитета по правам человека: Обязательства государств-участников в соответствии с Факультативным протоколом к Международному пакту о гражданских и политических правах, 22 декабря 2008 года*, стр. 1, пункт 3 (доступны по адресу: <http://www.state.gov/documents/organization/138852.pdf>). В той степени, в которой заявление Соединенных Штатов относится к толкованию Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, участником или договаривающейся стороной которого США не являются, их заявление составляет "другое поведение" согласно пункту 2) проекта вывода 5.

<sup>204</sup> См., например, International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, "Final Report on the Impact of the Findings of United Nations Human Rights Treaty Monitoring Bodies", *International Law Association Reports of Conferences*, vol. 71 (2004), p. 621, paras. 21ff.

<sup>205</sup> См. Gardiner, сноска 23, at p. 239.

государствами и международными организациями и между международными организациями, в которой упомянута "установившаяся практика организации" как одна из форм "правил организации"<sup>206</sup>. Проект вывода 5 касается только вопроса о том, может ли практика международных организаций быть показателем релевантной практики государств – участников договора.

15) Доклады международных организаций на универсальном уровне, которые готовятся на основе мандата, предполагающего сбор информации о практике государств в определенных областях, могут быть весьма авторитетным источником при оценке такой практики. Например, "Справочник УВКПЧ по процедурам и критериям определения статуса беженца в соответствии с Конвенцией 1951 года и Протоколом 1967 года, касающимся статуса беженцев" (Справочник) является важным трудом, который отражает практику государств и, таким образом, является руководством по такой практике<sup>207</sup>. То же самое справедливо и для так называемой Матрицы-1540 – систематической подборки информации о мерах по осуществлению, принятых государствами-членами, которая составляется Комитетом Совета Безопасности, созданным в соответствии с резолюцией 1540 (2004)<sup>208</sup>. В той мере, в которой Матрица относится к осуществлению Конвенции 1972 года о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении (КБО)<sup>209</sup>, а также к Конвенции 1993 года по химическому оружию (КХО)<sup>210</sup>, она представляет собой свидетельство последующей практики государств – участников этих договоров и ее оценку<sup>211</sup>.

<sup>206</sup> Этот аспект последующей практики в связи с договором будет рассмотрен на более позднем этапе работы по данной теме.

<sup>207</sup> См. УВКПЧ, *Справочник УВКПЧ по процедурам и критериям определения статуса беженца в соответствии с Конвенцией 1951 года и Протоколом 1967 года, касающимся статуса беженцев* (январь 1992 года – повторная редакция), HCR/IP/4/Eng/REV.1; пункт VII предисловия; точка зрения, согласно которой Справочник УВКПЧ сам по себе выражает практику государств, была справедливо отвергнута Федеральным судом Австралии в решении по делу *Semunigus v. The Minister for Immigration & Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (1999), Judgment, 14 April 1999, paras. 5–13; тем не менее, поскольку Справочник содержит точное описание последующей практики государств, он обладает значительной доказательной силой. Его авторитетность основана на статье 35 1) Конвенции о статусе беженцев, 1951, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, № 2545, p. 137, согласно которой "Договаривающиеся Государства обязуются сотрудничать с Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (...) [в] выполнении[и] его функций, и в частности будут содействовать выполнению им обязанностей по наблюдению за применением положений настоящей Конвенции".

<sup>208</sup> Резолюция 1540 Совета Безопасности (28 апреля 2004 года), пункт 8 с); согласно тексту, размещенному на веб-странице Комитета 1540 "Матрица-1540 выступала в качестве основного метода, использованного Комитетом 1540 для организации информации об осуществлении резолюция Совета Безопасности 1540 государствами-членами (...)", <http://www.un.org/en/sc/1540/national-implementation/matrix.shtml> (ссылка проверена 24 июля 2013 года).

<sup>209</sup> Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении, 1972, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1015, № 14860, p. 163.

<sup>210</sup> Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении, 1993, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1974, № 33757, p. 317.

<sup>211</sup> См. в целом Gardiner, сноска 23, at p. 239.

16) Другие негосударственные субъекты также могут играть важную роль в оценке последующей практики участников в ходе применения договора. Соответствующим примером является Международный комитет Красного Креста (МККК)<sup>212</sup>. Кроме осуществления общего мандата, возложенного на него Женевскими конвенциями и Уставами движения<sup>213</sup>, МККК время от времени формулирует руководящие указания относительно толкования Женевских конвенций и Дополнительных протоколов на основе мандата, возложенного на него Уставом Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца<sup>214</sup>. Статья 4 ж) Устава гласит:

Статья 4 ж) Устава гласит: "Роль МККК заключается в следующем: (...) ж) разъяснять положения международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов, и распространять знания о нем, а также подготавливать его развитие".

На основе этого мандата МККК, например, опубликовал в 2009 году "Руководящие указания о толковании понятия прямого участия в военных действиях с точки зрения международного гуманитарного права"<sup>215</sup>. Эти Руководящие указания являются результатом "экспертного процесса", основанного на анализе договорной и обычной практики, и "отражают институциональную позицию МККК в отношении того, как следует толковать существующее международное гуманитарное право"<sup>216</sup>. В этой связи необходимо, однако, отметить, что государства подтвердили свою главенствующую роль в развитии международного гуманитарного права. Хотя в резолюции 1 тридцать первой конференции Красного Креста и Красного Полумесяца 2011 года и содержится напоминание о "важной роли МККК", в ней также "подчеркивается главенствующая роль государств в развитии международного гуманитарного права"<sup>217</sup>.

17) Другим примером поведения негосударственных субъектов, которое может быть признано релевантным при оценке последующей практики государств-участников, является "Монитор", совместная инициатива "Международной кампании по запрещению наземных мин" и "Коалиции по кассетным боеприпасам". "Монитор" выступает в качестве "режима мониторинга де-факто" Конвенции 1997 года о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении (Оттавская конвенция)<sup>219</sup> и Конвенции 2008 года по кассетным боеприпасам (Дублинская конвенция)<sup>220</sup>. "Монитор кассетных боеприпасов" содержит перечень соответствующих заявлений и практики государств-

<sup>212</sup> Н.-П. Gasser, "International Committee of the Red Cross (ICRC)", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://www.mpepil.com>), para. 20.

<sup>213</sup> *Ibid.*, para. 25.

<sup>214</sup> Принят на 25-й конференции Красного Креста в Женеве в 1986 году, поправки внесены в 1995 и 2006 годах.

<sup>215</sup> ICRC, *Direct Participation in Hostilities* (2009), p. 10.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>217</sup> ICRC, 31st International Conference 2011: резолюция 1 – "Укрепление правовой защиты жертв вооруженных конфликтов", 1 декабря 2012 года.

<sup>218</sup> См. <http://www.the-monitor.org> (ссылка проверена 24 июля 2013 года).

<sup>219</sup> Конвенция о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении, 1997, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2056, № 35597, p. 211.

<sup>220</sup> Конвенция по кассетным боеприпасам, 2008, United Nations, *Treaty Series*, № 47713.

участников и сигнатариев и, среди прочего, обеспечивает выявление вопросов, касающихся толкования Дублинской конвенции<sup>221</sup>.

18) Примеры МККК и "Монитора" показывают, что негосударственные субъекты могут предоставить ценные свидетельства последующей практики участников, внести свой вклад в оценку этих свидетельств и даже способствовать ее появлению. Тем не менее негосударственные субъекты могут также преследовать свои собственные цели, которые могут отличаться от целей государств-участников. Таким образом, к их оценкам необходимо относиться критически.

19) Комиссия также рассмотрела вопрос о том, следует ли ей в тексте проекта вывода 5 также сослаться на "общественную практику" в качестве примера "другого поведения... которое может быть релевантным при оценке последующей практики участников договора"<sup>222</sup>. Учитывая обеспокоенность, выраженную несколькими членами относительно смысла и уместности этого понятия, Комиссия предпочла рассмотреть вопрос о возможной релевантности "общественной практики" в комментарии.

20) Европейский суд по правам человека иногда признавал "растущее общественное признание"<sup>223</sup> и "значительные общественные изменения"<sup>224</sup> релевантными для цели толкования договора. Однако использование Судом понятий "общественные изменения" или "общественное признание" в конце концов остается связанным с практикой государств<sup>225</sup>. Это в особенности справедливо в отношении важных дел *Dudgeon v. the United Kingdom*<sup>226</sup> и *Christine Goodwin v. the United Kingdom*<sup>227</sup>. В деле *Dudgeon v. the United Kingdom* Суд установил, что имеет место "растущая терпимость к гомосексуальному поведению", указав на тот факт, "что в подавляющем большинстве государств – членов Совета Европы более не считается необходимым или целесообразным относиться к рассматриваемым в настоящем деле гомосексуальным отношениям как к самодостаточному основанию для применения уголовных санкций" и что Суд поэтому не может "не учитывать заметные изменения, которые имели место в этой связи во внутреннем законодательстве государств-членов"<sup>228</sup>. Суд далее указал на то, что "в самой Северной Ирландии власти в последние годы воздерживались от применения данного закона"<sup>229</sup>. В деле *Christine Goodwin v. the United Kingdom* Суд придал большое значение "явным и неоспоренным свидетельствам продолжающейся международной тенденции в пользу не только растущего общественного

<sup>221</sup> См., например, *Cluster Munitions Monitor* (2011), pp. 24–31.

<sup>222</sup> См. первый доклад, пункты 129 и далее.

<sup>223</sup> *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], Judgment (Merits and Just Satisfaction), 11 July 2002, Application № 28957/95, ECHR 2002-VI, para. 85.

<sup>224</sup> *Ibid.*, para. 100.

<sup>225</sup> См. также *I. v. the United Kingdom* [GC], Judgment (Merits and Just Satisfaction), 11 July 2002, Application № 25680/94, para. 65; *Burden and Burden v. the United Kingdom* [GC], Judgment, 12 December 2006, Application № 13378/05, para. 57; *Shackell v. the United Kingdom*, Decision on Admissibility, 27 April 2000, Application № 45851/99, para. 1; *Schalk and Kopf v. Austria*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 24 June 2010, Application № 30141/04, ECHR 2010, para. 58.

<sup>226</sup> *Dudgeon v. the United Kingdom*, Judgment (Merits), 22 October 1981, Application № 7525/76, ECHR Series A № 45, in particular para. 60.

<sup>227</sup> *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], Judgment (Merits and Just Satisfaction), 11 July 2002, Application № 28957/95, ECHR 2002-VI, in particular para. 85.

<sup>228</sup> *Dudgeon v. the United Kingdom*, Judgment (Merits), 22 October 1981, Application № 7525/76, Series A № 45, para. 60.

<sup>229</sup> *Ibid.*

признания транссексуалов, но и правового признания новой сексуальной идентичности транссексуалов после операции по смене пола"<sup>230</sup>.

21) Европейский суд по правам человека, таким образом, проверяет, действительно ли общественные изменения находят отражение в практике государств. Так, например, Суд поступал при рассмотрении дел о детях, рожденных вне брака<sup>231</sup>, и дел, которые касались предполагаемого права определенных лиц из числа рома ("цыган") на временное место жительства, выделенное муниципалитетами, позволяющее им вести кочевой образ жизни<sup>232</sup>.

22) Можно заключить, что сама по себе (последующая) общественная практика недостаточна для того, чтобы составить относимую последующую практику в ходе применения договора. Однако иногда общественная практика признавалась Европейским судом по правам человека в качестве элемента, который необходимо учитывать при оценке практики государств.

<sup>230</sup> *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], Judgment (Merits and Just Satisfaction), 11 July 2002, Application № 28957/95, ECHR 2002-VI, para. 85, see also para. 90.

<sup>231</sup> *Mazurek v. France*, Judgment, 1 February 2000, Application № 34406/97, ECHR 2000-II, para. 52; see also *Marckx v. Belgium*, Judgment, 13 June 1979, Application № 6833/74, ECHR Series A, № 31, para. 41; *Inze v. Austria*, Judgment, 28 October 1987, Application № 8695/79, ECHR Series A № 126, para. 44; *Brauer v. Germany*, Judgment (Merits), 28 May 2009, Application № 3545/04, para. 40.

<sup>232</sup> *Chapman v. the United Kingdom* [GC], Judgment, 18 January 2001, Application № 27238/95, ECHR 2001-I, paras. 70 and 93; see also *Lee v. the United Kingdom* [GC], Judgment, 18 January 2001, Application № 25289/94, paras. 95–96; *Beard v. the United Kingdom* [GC], Judgment, 18 January 2001, Application № 24882/94, paras. 104–105; *Coster v. the United Kingdom* [GC], Judgment, 18 January 2001, Application № 24876/94, paras. 107–108; *Jane Smith v. the United Kingdom* [GC], Judgment, 18 January 2001, Application № 25154/94, paras. 100–101.

## Глава V

### Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции

#### A. Введение

40. На своей пятьдесят девятой сессии (в 2007 году) Комиссия решила включить в свою программу работы тему, озаглавленную "Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции", и назначила г-на Романа А. Колодкина Специальным докладчиком по ней<sup>233</sup>. На этой же сессии Комиссия просила Секретариат подготовить справочное исследование по данной теме, которое было представлено Комиссии на ее шестидесятой сессии<sup>234</sup>.

41. Специальный докладчик представил три доклада. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад на своей шестидесятой сессии (в 2008 году) и второй и третий доклады – на своей шестидесятой третьей сессии (в 2011 году)<sup>235</sup>. Комиссия не смогла рассмотреть эту тему на своей шестидесятой первой сессии (в 2009 году) и шестидесятой второй сессии (в 2010 году)<sup>236</sup>.

42. На своей шестидесятой четвертой сессии (в 2012 году) Комиссия назначила г-жу Консепсьон Эскобар Эрнандес Специальным докладчиком вместо г-на Романа Колодкина, который вышел из состава Комиссии. На той же сессии (в 2012 году) Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад Специального докладчика<sup>237</sup>.

#### B. Рассмотрение темы на данной сессии

43. На данной сессии Комиссии был представлен второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/661). Комиссия рассмотрела этот доклад на своих 3164–3168-м и 3170-м заседаниях 15–17, 21, 22 и 24 мая 2013 года, соответственно.

44. Во втором докладе Специальный докладчик опиралась на методологические установки и общий план работы, которые уже были включены в предварительный доклад (A/CN.4/654), принимая во внимание прения в Комиссии и в Шестом комитете в 2012 году. В докладе были

<sup>233</sup> На своем 2940-м заседании 20 июля 2007 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10* (A/62/10), пункт 376). В пункте 7 резолюции 62/66 от 6 декабря 2007 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению решение Комиссии о включении данной темы в ее программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее пятьдесят восьмой сессии (в 2006 году) на основе предложения, содержащегося в приложении А к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10* (A/61/10), пункт 257).

<sup>234</sup> Там же, *шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10* (A/62/10), пункт 386. Меморандум, подготовленный Секретариатом, см. в A/CN.4/596 и Согг.1.

<sup>235</sup> A/CN.4/601 (предварительный доклад); A/CN.4/631 (второй доклад); и A/CN.4/646 (третий доклад).

<sup>236</sup> См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10* (A/64/10), пункт 207; и там же, *шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10* (A/65/10), пункт 343.

<sup>237</sup> A/CN.4/654 (предварительный доклад).

рассмотрены: а) предметный охват темы и сфера применения проекта статей; b) понятия иммунитета и юрисдикции; c) разница между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*; и d) были определены основные нормативные элементы, составляющие режим иммунитета *ratione personae*. На основе этого анализа на рассмотрение Комиссии были представлены шесть проектов статей. Эти проекты статей касались сферы применения проекта статей (проект статьи 1)<sup>238</sup>, иммунитетов, не входящих в сферу применения проекта статей (проект статьи 2)<sup>239</sup>; определений уголовной юрисдикции, иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, иммунитета *ratione personae* и иммунитета *ratione materiae* (проект статьи 3)<sup>240</sup>; субъективной сферы

<sup>238</sup> Проект статьи 1 гласил следующее:

**Сфера применения проекта статей**

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

<sup>239</sup> Проект статьи 2 гласил следующее:

**Иммунитеты, не входящие в сферу применения проекта статей**

Из сферы применения настоящего проекта статей исключаются:

- а) иммунитеты от уголовной юрисдикции, признаваемые в рамках дипломатических и/или консульских сношений либо в рамках специальной миссии или в связи с таковой;
- b) иммунитеты от уголовной юрисдикции, предусматриваемые соглашениями о местонахождении штаб-квартиры либо договорами, регулирующими деятельность дипломатического представительства при международных организациях или устанавливающими привилегии и иммунитеты международных организаций и их служащих или агентов;
- с) иммунитеты, которые могут устанавливаться в силу иных специальных международных договоров;
- д) любые прочие иммунитеты, которые в одностороннем порядке одно государство может предоставить должностным лицам третьего государства, в частности если эти лица находятся на его территории.

<sup>240</sup> Проект статьи 3 гласил следующее:

**Употребление терминов**

Для целей настоящих проектов статей:

- а) "уголовная юрисдикция" означает совокупность правомочий, процессов, процедур и актов, которые – в соответствии с правом государства, намеревающегося осуществить свою юрисдикцию, – необходимы для того, чтобы суд мог установить и применить индивидуальную уголовную ответственность, вытекающую из совершения актов, квалифицируемых как преступления или правонарушения в соответствии с применимым правом данного государства. Для целей определения понятия "уголовная юрисдикция" не имеет значения юрисдикционное правооснование, позволяющее государству осуществлять юрисдикцию;
- b) "иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции" означает защиту, которой обладают определенные должностные лица, перед осуществлением уголовной юрисдикции со стороны судей и судов третьего государства;
- с) под "иммунитетом *ratione personae*" понимается иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, действующий в отношении определенных должностных лиц государства в силу того статуса, который данные лица имеют в государстве, гражданами которого они являются, и который прямо и непосредственно наделяет их функцией представительства государства в сфере международных отношений;
- д) под "иммунитетом *ratione materiae*" понимается иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, действующий в отношении должностного лица государства в связи с действиями, которые данное лицо осуществляет в рамках исполнения своего мандата и которые подпадают под определение "официальные действия".

охвата иммунитета *ratione personae* (проект статьи 4)<sup>241</sup>; материальной сферы охвата иммунитета *ratione personae* (проект статьи 5)<sup>242</sup>; и временной сферы охвата иммунитета *ratione personae* (проект статьи 6)<sup>243</sup>.

45. После проведения прений по второму докладу Специального докладчика Комиссия на своем 3170-м заседании 24 мая 2013 года приняла решение передать шесть проектов статей, содержащихся в этом докладе, в Редакционный комитет при том понимании, что он примет во внимание мнения, высказанные в ходе пленарных заседаний.

46. На своем 3174-м заседании 7 июня 2013 года Комиссия получила доклад Редакционного комитета и приняла в предварительном порядке три проекта статей (см. раздел C.1 ниже).

47. На своих 3193–3196-м заседаниях 6 и 7 августа 2013 года Комиссия приняла комментарии к проектам статей, в предварительном порядке принятым на нынешней сессии (см. раздел C.2 ниже).

## C. Текст проектов статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, в предварительном порядке принятый Комиссией к настоящему времени

### 1. Текст проектов статей

48. Текст проектов статей, в предварительном порядке принятый Комиссией к настоящему времени, приводится ниже.

<sup>241</sup> Проект статьи 4 гласил следующее:

**Субъективная сфера охвата иммунитета *ratione personae***

Глава государства, глава правительства и министр иностранных дел пользуются иммунитетом от уголовной юрисдикции государства, гражданами которого они не являются.

<sup>242</sup> Проект статьи 5 гласил следующее:

**Материальная сфера охвата иммунитета *ratione personae***

1. Иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, которым пользуются глава государства, глава правительства и министр иностранных дел, распространяется на все действия, совершенные этими лицами перед их вступлением в должность или во время осуществления своих полномочий.

2. Глава государства, глава правительства или министр иностранных дел не пользуются иммунитетом *ratione personae* в отношении действий частного или официального характера, которые они могут совершить по окончании своих полномочий. Эта норма применяется без ущерба для иных форм иммунитета, которым могут пользоваться данные лица по окончании их полномочий, в отношении действий официального характера, совершенных ими в ином качестве.

<sup>243</sup> Проект статьи 6 гласил следующее:

**Временная сфера охвата иммунитета *ratione personae***

1. Иммунитет *ratione personae* действует исключительно на протяжении срока полномочий главы государства, главы правительства или министра иностранных дел, и его действие автоматически прекращается в момент истечения указанного срока полномочий.

2. Прекращение действия иммунитета *ratione personae* не ущемляет возможности прежнего главы государства, прежнего главы правительства и прежнего министра иностранных дел пользоваться по истечении срока их полномочий иммунитетом *ratione materiae* в отношении действий, совершенных этими лицами в своем официальном качестве в период их пребывания в соответствующих должностях.

**Часть первая****Введение****Статья 1****Сфера применения настоящего проекта статей**

1. Настоящий проект статей применяется к иммунитету должностных лиц государства<sup>244</sup> от уголовной юрисдикции другого государства.

2. Настоящий проект статей не затрагивает иммунитета от уголовной юрисдикции, которым на основании специальных норм международного права обладают, в частности, лица, относящиеся к дипломатическим представительствам, консульским учреждениям, специальным миссиям, международным организациям и вооруженным силам государства.

...

**Часть вторая****Иммунитет *ratione personae*****Статья 3****Лица, обладающие иммунитетом *ratione personae***

Иммунитетом *ratione personae* от осуществления иностранной уголовной юрисдикции обладают главы государств, главы правительств и министры иностранных дел.

**Статья 4****Сфера применения иммунитета *ratione personae***

1. Главы государств, главы правительств и министры иностранных дел обладают иммунитетом *ratione personae* только в течение срока их полномочий.

2. Такой иммунитет *ratione personae* охватывает все действия, совершенные будь то в частном или официальном качестве главами государств, главами правительств и министрами иностранных дел до или в течение срока их полномочий.

3. Прекращение иммунитета *ratione personae* не затрагивает применения норм международного права, касающихся иммунитета *ratione materiae*.

**2. Текст проектов статей и комментариев к ним, в предварительном порядке принятый Комиссией на ее шестьдесят пятой сессии**

49. Текст проектов статей и комментариев к ним, в предварительном порядке принятый Комиссией на ее шестьдесят пятой сессии, воспроизводится ниже.

---

<sup>244</sup> Использование термина "должностные лица" будет предметом дальнейшего рассмотрения.

## Часть первая Введение

### Статья 1

#### Сфера применения настоящего проекта статей

1. Настоящий проект статей применяется к иммунитету должностных лиц государства<sup>245</sup> от уголовной юрисдикции другого государства.
2. Настоящий проект статей не затрагивает иммунитета от уголовной юрисдикции, которым на основании специальных норм международного права обладают, в частности, лица, относящиеся к дипломатическим представительствам, консульским учреждениям, специальным миссиям, международным организациям и вооруженным силам государства.

...

#### Комментарий

1) Проект статьи 1 посвящен определению сферы применения проекта статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. В нем в одной статье отражены два подхода, первоначально предложенные Специальным докладчиком в двух отдельных проектах статей<sup>246</sup>. В пункте 1 определяется общий случай применения проекта статей, а в пункте 2 содержится защитительная или "преюдициальная" оговорка, в которой перечисляются ситуации, подпадающие в соответствии с международным правом под действие специальных режимов, не затрагиваемых настоящим проектом статей. Хотя Комиссия в прошлом прибегала к различным методам для определения этих двух измерений сферы применения проекта статей<sup>247</sup>, в этот раз она сочла предпочтительным включить оба измерения в одно положение, поскольку преимущество такой формулировки, в частности, заключается в возможности параллельного рассмотрения обоих случаев в рамках одной статьи. Это также позволяет избежать использования в тексте проекта самостоятельной статьи таких выражений, как "не применяется", "исключаются" или "не затрагиваются", которые, по мнению некоторых членов

<sup>245</sup> То же.

<sup>246</sup> См. A/CN.4/661, проекты статей 1 и 2. См. также пункты 19–34.

<sup>247</sup> В Проекте статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности Комиссия сделала выбор в пользу рассмотрения двойного измерения сферы применения в рамках двух отдельных проектов статей, что, в конечном итоге, нашло отражение в принятой в 2004 году Конвенции (см. Конвенцию Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, 2004 год, резолюция 59/38 Генеральной Ассамблеи от 2 декабря 2004 года, приложение, статьи 1 и 3). С другой стороны, в Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера, 1975 год, A/CONF.67/16, и в Конвенции Организации Объединенных Наций о праве несудоходных видов использования международных водотоков, 1997 год, резолюция 51/229 Генеральной Ассамблеи от 21 мая 1997 года, приложение, определение различных аспектам сферы применения было дано в одной статье, которая также касается специальных режимов. В свою очередь, в Проекте статей о высылке иностранцев, принятом Комиссией в первом чтении в 2012 году *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение №10 (A/67/10)*, глава IV, вопрос о сфере применения также затрагивался в рамках одной статьи, разбитой на два пункта, хотя в самом проекте статей содержатся другие самостоятельные положения, призванные сохранить некоторые специальные режимы в пределах конкретной сферы применения.

Комиссии, в недостаточной мере совместимы с использованием "преюдициальной" оговорки.

2) В пункте 1 сфера применения проекта статей определяется в позитивном плане. С этой целью Комиссия решила использовать в этом пункте словосочетание "настоящий проект статей применяется", что совпадает с формулировкой, недавно использованной в других проектах статей, принятых Комиссией и содержащих положение о сфере применения таковых<sup>248</sup>.

Кроме того, Комиссия пришла к выводу, что сферу применения проекта статей следует определять как можно проще, чтобы это послужило основой для остальных проектов статей и не влияло и не предопределяло содержания других вопросов, которые впоследствии станут предметом других положений проекта статей. В связи с этим Комиссия решила указать сферу применения в описательном ключе, перечислив элементы самого названия рассматриваемой темы. Именно по этой причине из определения сферы применения было исключено выражение "перед осуществлением" применительно к иностранной уголовной юрисдикции, которое было изначально предложено Специальным докладчиком. Разные члены Комиссии усматривали в этом выражении разный, в том числе противоположный, смысл в плане его последствий при определении сферы применения иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции. Кроме того, в равной степени учитывалось то, что выражение "перед осуществлением" встречается в других проектах статей, сформулированных Специальным докладчиком<sup>249</sup>. В этой связи Комиссия сочла, что данное выражение не служит целям определения общей сферы применения проекта статей, и зарезервировала его для использования в других проектах статей, в которых оно будет более уместным<sup>250</sup>.

3) В пункте 1 представлены три элемента, определяющие цель настоящего проекта статей, а именно: а) каким лицам предоставляется иммунитет (должностным лицам государства); b) на какого рода юрисдикцию он распространяется (уголовную); и с) в какой области такая уголовная юрисдикция осуществляется (уголовная юрисдикция другого государства).

4) Что касается первого из этих элементов, то Комиссия предпочла ограничить содержание проекта статей иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции, которым могут обладать лица, представляющие государство или действующие от имени государства. В ходе предыдущей работы Комиссии для обозначения лиц, обладающих иммунитетом, применялся термин "должностные лица"<sup>251</sup>. Тем не менее использование этого термина — и его эквивалентов в других языках — сопряжено с определенными проблемами, на которые Специальный докладчик обращала внимание в своих докладах<sup>252</sup> и на которые также указывали некоторые члены Комиссии. Во-первых, следует отметить, что термины, используемые в текстах на разных языках, вовсе не обязательно носят взаимозаменяемый характер или имеют одинаковый смысл. Также следует

<sup>248</sup> Эта формулировка была использована, например, в проекте статьи 1 Проекта статей о высылке иностранцев.

<sup>249</sup> См., в частности, проекты статей 3 b) и 4 в варианте, первоначально предложенном Специальным докладчиком (A/CN.4/661, пункты 46 и 67).

<sup>250</sup> См. проект статьи 3, принятый Комиссией (Лица, обладающие иммунитетом *ratione personae*).

<sup>251</sup> В тексте на остальных языках используются следующие выражения: *المسؤولون* (арабский); *官员* (китайский); *"représentants"* (французский); "должностные лица" (русский) и *"funcionarios"* (испанский).

<sup>252</sup> См. A/CN.4/654, пункт 66, и A/CN.4/661, пункт 32.

принять во внимание тот факт, что эти термины не обязательно подходят для описания всех без исключения лиц, к которым применяются настоящие проекты статей. В этой связи Комиссия считает, что определение понятия "должностное лицо" (и его эквивалентов в текстах на разных языках), а также выбор терминов, которые надлежит использовать для обозначения лиц, на которых распространяется иммунитет, – это вопросы, требующие углубленного изучения, которые, как предложила Специальный докладчик, должны быть рассмотрены на более позднем этапе, в частности в связи с анализом иммунитета *ratione materiae*. Поэтому Комиссия решила и далее придерживаться на нынешнем этапе работы первоначальной терминологии при том понимании, что она должна быть рассмотрена позднее. На это указывает сноска в тексте пункта 1 проекта статьи 1. Следует иметь в виду, что эта оговорка относится и к использованию термина "должностное лицо" в комментариях.

5) Во-вторых, Комиссия решила ограничить сферу применения настоящего проекта статей иммунитетом от уголовной юрисдикции. В настоящем проекте статьи не ставится цель дать определение понятию уголовной юрисдикции, которая рассматривается Комиссией в связи с другим проектом статьи<sup>253</sup>. Тем не менее, в Комиссии обсуждался вопрос о сфере охвата понятия "уголовная юрисдикция" в отношении актов, которые ею охватываются, в частности в контексте распространения иммунитета на определенные акты, тесно связанные с понятием личной неприкосновенности, как то арест или задержание лица. С учетом вышесказанного и при понимании того, что этот вопрос будет далее развиваться Комиссией, для целей определения сферы применения настоящего проекта статей под иностранной уголовной юрисдикцией следует понимать совокупность актов, связанных с судебными процедурами, направленными на установление уголовной ответственности индивида, включая принудительные меры, которые могут быть применены к лицам, обладающим иммунитетом в этом контексте.

6) В-третьих, Комиссия решила ограничить сферу применения проекта статей иммунитетом от "иностранной" уголовной юрисдикции, которая отражает горизонтальные отношения между государствами. Это означает, что проект статей будет применяться исключительно в отношении иммунитета от уголовной юрисдикции "другого государства". Таким образом, иммунитеты от юрисдикции международных уголовных трибуналов, которые регулируются отдельным правовым режимом, выносятся за пределы сферы применения проекта статей. Это исключение необходимо понимать таким образом, что положения настоящего проекта статей никоим образом не затрагивают ни одну из норм, регламентирующих функционирование таких юрисдикций.

Однако была отмечена необходимость учесть особую проблему, порождаемую так называемыми гибридными или интернационализированными уголовными трибуналами. Аналогичным образом был затронут вопрос о том, каким образом на настоящем проекте статей может сказаться существование международных норм, в соответствии с которыми на государства налагается

<sup>253</sup> Следует иметь в виду, что Специальный докладчик предложила определение уголовной юрисдикции в своем втором докладе в рамках проекта статьи, содержащего определения (A/CN.4/661, проект статьи 3. См. также пункты 36–41 данного доклада). Указанный проект статьи был передан Редакционному комитету, который по итогам продолжительного обсуждения постановил продолжить его рассмотрение на поэтапной основе в течение пятилетнего периода, не принимая по нему какого-либо решения в данный момент.

обязательство сотрудничать с международными уголовными судами. Хотя по двум этим вопросам были высказаны различные точки зрения, дать окончательный ответ на них на данном этапе не представляется возможным.

7) С другой стороны, следует подчеркнуть, что в пункте 1 говорится об "иммунитете (...) от уголовной юрисдикции другого государства". Благодаря употреблению предлога "от" между понятиями "иммунитет" и "иностранная уголовная юрисдикция" (или "юрисдикция другого государства") устанавливается связь, которую следует должным образом учитывать. В связи с данным вопросом Комиссия считает, что понятия иммунитета и иностранной уголовной юрисдикции тесно связаны между собой: невозможно рассматривать иммунитет в абстрактном плане и в отрыве от иностранной уголовной юрисдикции, которая, хотя и наличествует, не будет осуществлена государством суда именно вследствие существования иммунитета. Или, как указал Международный Суд, "об иммунитетах применительно к осуществлению юрисдикции в том или ином вопросе можно говорить только тогда, когда государство обладает по международному праву такой юрисдикцией"<sup>254</sup>.

8) Комиссия исходит из того, что иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции носит процессуальный характер. Следовательно, иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции не есть средство освобождения от уголовной ответственности лица, обладающего иммунитетом от материальных норм уголовного права, ответственности, которая таким образом, сохраняется независимо от того обстоятельства, что государство не может в порядке своей юрисдикции установить такую ответственность в конкретный момент и в отношении определенного лица. Напротив, иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции является, строго говоря, процессуальным препятствием или барьером для осуществления уголовной юрисдикции государства в отношении должностных лиц другого государства. Эта позиция была подтверждена Международным Судом в деле *Об ордере на арест*<sup>255</sup> и широко отражена в практике государств и в литературе.

9) В пункте 2 говорится о случаях, в которых существуют специальные нормы международного права, касающиеся иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции. Наиболее известным и часто приводимым примером этой категории специальных норм является режим привилегий и иммунитетов, закрепляемый международным правом за дипломатическими агентами и за консульскими должностными лицами<sup>256</sup>. Тем не менее в современном договорном и обычном международном праве, которое, по мнению Комиссии, должно равным образом приниматься во внимание при определении сферы применения настоящего проекта статей, встречаются другие примеры. Что касается упомянутых специальных режимов, то Комиссия считает, что такие правовые режимы прочно закреплены в международном праве и настоящий проект статей не должен влиять на их содержание и применение. С другой

<sup>254</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, para. 46. См. также комментарии Комиссии к статье 6 Проекта статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, в частности пункты 1, 2 и 3 (*Ежегодник... 1991 год*, том II, часть вторая).

<sup>255</sup> *Arrest Warrant case*, para. 60. Международный Суд занял ту же позицию по вопросу об иммунитете государств, см. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, I.C.J. Reports 2012*, paras 58 and 100.

<sup>256</sup> См. Венскую конвенцию о дипломатических сношениях, 1961, United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, № 7310, p. 95, статья 31, и Венскую конвенцию о консульских сношениях, 1963, United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, № 8638, p. 261, статья 43.

стороны, следует напомнить, что при разработке Проекта статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности сама Комиссия, хотя и в несколько ином контексте, уже признала существование специальных режимов иммунитета, прямо коснувшись их в статье 3, озаглавленной "Привилегии и иммунитеты, не затрагиваемые настоящими статьями"<sup>257</sup>.

Связь между режимом иммунитета должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, охватываемым в настоящем проекте статей, и вышеупомянутыми специальными режимами была определена Комиссией путем включения в пункт 2 проекта защитительной оговорки, на основании которой положения проекта статей "не затрагивают" указанные специальные режимы; таким образом, Комиссия взяла формулировку, которая в свое время уже была использована в Проекте статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности.

10) Комиссия использовала термин "специальные нормы" в качестве синонима выражения "специальные режимы", встречавшегося в ее предыдущих документах. Хотя Комиссия не дала определения понятию "специальный режим", следует обратить внимание на выводы Исследовательской группы по фрагментации международного права, в особенности выводы 2 и 3<sup>258</sup>. Для целей настоящего проекта статей под "специальными нормами" Комиссия понимает международные нормы обычного или договорного права, регламентирующие иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции лиц, занимающихся деятельностью в конкретных областях международных отношений. Комиссия считает, что такие "специальные нормы" сосуществуют с режимом, определяемым в настоящем проекте статей, когда в случае возможной коллизии между двумя режимами преимущество отдается специальному режиму<sup>259</sup>. В любом случае Комиссия исходит из того, что к числу рассматриваемых специальных режимов относятся исключительно режимы, установленные на основании "норм международного права", причем такая ссылка на международное право является существенно важным элементом для целей определения сферы охвата "преюдициальной" оговорки<sup>260</sup>.

11) Специальные режимы, включенные в пункт 2, относятся к трем областям международной практики, в которых были определены нормы, регламентирующие иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, а именно: а) внешнему присутствию государства в зарубежной стране через посредство дипломатических представительств, консульских учреждений и специальных миссий; б) разного рода представительской и иной деятельности, связанной с международными организациями; и с) присутствию вооруженных сил государства за рубежом. Хотя во всех трех областях можно выявить нормы

<sup>257</sup> См. *Ежегодник... 1991 год*, том II, часть вторая, комментарий к статье 3.

<sup>258</sup> См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10)*, пункт 251.

<sup>259</sup> В своем комментарии к статье 3 Проекта статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности Комиссия выражает эту идею следующим образом: "[ц]ель этой статьи состоит в том, чтобы оставить незатронутыми существующие специальные режимы, особенно в отношении лиц, относящихся к перечисленным миссиям" (пункт 5 комментария). См. также пункт 1 того же комментария.

<sup>260</sup> Комиссия также включила ссылку на подчиненность нормам международного права в упоминавшуюся статью 3 Проекта статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Следует отметить, что Комиссия обратила особое внимание на эту формулировку в комментарии к данному проекту статьи, в особенности в пунктах 1 и 3.

договорного порядка, устанавливающие режим иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции, Комиссия не сочла целесообразным включать в пункт 2 прямую ссылку на такие конвенции и договоры<sup>261</sup>.

К первой группе относятся специальные нормы, связанные с иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции лиц, связанных с выполнением функций представительства, охраны и защиты интересов государства в другом государстве, будь то на постоянной или иной основе, будучи связанными с дипломатической миссией, консульским учреждением или специальной миссией. Комиссия исходит из того, что к этой категории, в частности, применимы нормы, закрепленные в Венской конвенции о дипломатических сношениях, Венской конвенции о консульских сношениях и Конвенции о специальных миссиях, а также соответствующие нормы договорного права.

Ко второй группе относятся специальные нормы, применимые к иммунитету от уголовной юрисдикции, которым обладают лица, функции которых относятся к деятельности в контексте или в рамках международной организации. Эта область включает в себя специальные нормы, применимые к лицам, относящимся к представительствам при международной организации, к делегациям в органах международных организаций или к делегации на международной конференции<sup>262</sup>. Комиссия исходит из того, что в эту группу нет необходимости включать специальные нормы, которые в целом применяются к международным организациям как таковым. В то же время Комиссия считает, что в эту категорию входят нормы, применяемые к агентам какой-либо международной организации, особенно в тех случаях, когда агент предоставляется государством в распоряжение организации и продолжает при этом пользоваться статусом должностного лица государства в то время, пока он действует от имени и по распоряжению организации. В контексте этой второй группы специальных режимов Комиссия принимает во внимание положения Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера, Конвенции о привилегиях и иммунитетах Организации Объединенных Наций и Конвенции о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений, а также другие нормы договорного и обычного права, применимые в данной области.

К третьей группе специальных норм относятся нормы, закрепляющие иммунитет от уголовной юрисдикции за лицами, относящимися к вооруженным силам государства, находящимся за рубежом. Данная категория включает в себя целый комплекс норм, регламентирующих присутствие войск на территории третьего государства, в том числе нормы, содержащиеся либо в соглашениях о статусе сил (так называемых СОСС), либо в соглашениях о местонахождении штаб-квартиры или договорах о военном сотрудничестве, предусматривающих размещение войск. Помимо этого, в данную категорию входят все соглашения, заключаемые по случаю проведения однократных мероприятий вооруженных сил в иностранном государстве.

<sup>261</sup> Следует иметь в виду, что Комиссия аналогичным образом воздержалась от включения данных конвенций в перечень Проекта статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Однако в комментарии к проекту статьи 3 (пункт 2) упоминались области, в которых существуют такие специальные режимы, с конкретным указанием нескольких конвенций, устанавливающих таковые.

<sup>262</sup> Данный перечень совпадает с перечнем, который Комиссия в свое время привела в проекте статьи 3 (пункт 1 а)) Проекта статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности.

12) Перечень специальных норм в пункте 2 оговаривается словами "в частности" для указания на то, что данное положение покрывает не все такие специальные нормы. В связи с приводимым перечнем различные члены Комиссии обратили внимание на то обстоятельство, что на практике специальные нормы встречаются и в ряде других областей, в особенности в рамках учреждения на территории государства иностранных институтов и центров по вопросам экономического, технического, научного и культурного сотрудничества, как правило, на основе конкретных соглашений о местонахождении штаб-квартиры. Тем не менее, хотя Комиссия в принципе признала существование таких специальных режимов, она не посчитала целесообразным упоминать их в пункте 2.

13) Наконец, следует отметить, что Комиссия рассматривала возможность включения в пункт 2 практики предоставления государством иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции иностранному должностному лицу в одностороннем порядке. Однако Комиссия решила этого не делать. Этот вопрос может быть вновь рассмотрен на более позднем этапе работы над темой.

14) С другой стороны, Комиссия посчитала необходимым сформулировать пункт 2 таким образом, чтобы его структура повторяла структуру пункта 1 проекта этой статьи. В этой связи следует учитывать, что в настоящем проекте статей говорится об иммунитете от иностранной уголовной юрисдикции определенных лиц, подпадающих под определение "должностные лица", и, следовательно, этот субъективный элемент также должен быть отражен в "преюдициальной" оговорке. Именно этим объясняется прямое упоминание в пункте 2 "лиц, относящихся к". При использовании термина "лица, относящиеся к" за основу была взята терминология Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (статья 3). Сфера применения понятия "лица, относящиеся к" будет зависеть от формулировки положения, устанавливающего применимый в их отношении специальный режим, в связи с чем не представляется возможным априори принять единое определение данной категории. То же касается и относящегося к вооруженным силам государства гражданского персонала, на который специальный режим будет распространяться только в той мере, в какой это предусмотрено применимым в каждом отдельном случае правовым актом.

15) Сочетание понятий "лица, относящиеся к" и "специальные нормы" играет ключевую роль при определении сферы применения и значения защитительной оговорки или "преюдициальной" оговорки, содержащейся в пункте 2. Так, Комиссия исходит из того, что лица, указанные в данном пункте (дипломатические агенты, консульские должностные лица, лица в составе специальной миссии, агенты международной организации или личный состав вооруженных сил государства), автоматически исключаются из сферы охвата настоящего проекта статей не на основании самого факта принадлежности к данной категории должностных лиц, а в силу того, что в конкретном случае к ним применяется один из специальных режимов, упоминаемых в пункте 2 проекта статьи 1. В этом случае иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, которым данные лица могут обладать на основании применимых в их отношении специальных режимов, не будет затрагиваться положениями настоящего проекта статей.

## Часть вторая Иммунитет *ratione personae*

### Статья 3

#### Лица, обладающие иммунитетом *ratione personae*

Иммунитетом *ratione personae* от осуществления иностранной уголовной юрисдикции обладают главы государств, главы правительств и министры иностранных дел.

#### Комментарий

1) В проекте статьи 3 перечисляются должностные лица государства, пользующиеся иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции *ratione personae*, а именно: глава государства, глава правительства и министр иностранных дел. Проект статьи ограничивается определением лиц, на которых распространяется иммунитет этого типа, не раскрывая его материального содержания, о котором пойдет речь в других проектах статей.

2) Комиссия считает, что есть две причины для предоставления иммунитета *ratione personae* главам государств, главам правительств и министрам иностранных дел: представительская и функциональная. Во-первых, в соответствии с нормами международного права эти три должностных лица представляют государство в его международных отношениях просто в силу своей должности, непосредственно и без необходимости в предоставлении им конкретных полномочий со стороны государства<sup>263</sup>. Во-вторых, они должны быть в состоянии беспрепятственно выполнять свои функции<sup>264</sup>. Неважно, являются ли эти должностные лица гражданами государства, в котором они занимают должности главы государства, главы правительства или министра иностранных дел.

3) Утверждение, что главы государств пользуются иммунитетом *ratione personae*, не вызывает споров ввиду признания наличия норм международного обычного права, устанавливающих его. Кроме того, различные конвенции содержат нормы, прямо указывающие на юрисдикционный иммунитет главы государства. В этой связи следует отметить статью 21.1 Конвенции о специальных миссиях, которая прямо признает, что глава государства, возглавляющий специальную миссию, пользуется, помимо иммунитетов, признанных в указанной Конвенции, иммунитетами, которые признаются за главой государства, посещающим другое государство с официальным визитом, международным правом. Аналогичным образом, статья 50.1 Конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера упоминает о других "иммунитетах, которые признаются международным правом за главами государств". Сходным образом, хотя и в ином плане, Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности содержит в защитительной оговорке в статье 3, пункт 2, прямое упоминание иммунитетов, предоставляемых в соответствии с международным правом главам государств.

<sup>263</sup> Международный Суд заключил, что "в международном праве прочно укоренилась та норма, что глава государства, глава правительства и министр иностранных дел считаются представителями государства лишь в силу осуществления ими своих функций" (*Armed activities on the territory of the Congo (New application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, para. 46*).

<sup>264</sup> См. дело *Arrest Warrant case*, paras. 53 и 54, где Международный Суд, в частности, развивает этот второй элемент в связи с министром иностранных дел.

Иммунитет главы государства от иностранной уголовной юрисдикции также признается в юриспруденции как на международном, так и на государственном уровне. Так, Международный Суд признал иммунитет главы государства от иностранной уголовной юрисдикции в решениях по делам *Об ордере на арест*<sup>265</sup> и *О некоторых вопросах, касающихся правовой помощи по уголовным делам*<sup>266</sup>. Следует подчеркнуть, что национальная судебная практика, хотя она и ограничена в количественном аспекте, постоянна в признании того, что главы государств пользуются иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции *ratione personae*, будь то в рамках процессов, предмет которых составляет иммунитет главы государства, будь то в рамках аргументации, следуя которой указанные суды приходили к выводу о наличии или отсутствии иммунитета от уголовной юрисдикции в сравнении с другими должностными лицами государства<sup>267</sup>.

<sup>265</sup> *Arrest Warrant case*, para. 51.

<sup>266</sup> *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, para. 170.

<sup>267</sup> Национальные суды неоднократно признавали юрисдикционный иммунитет главы государства от иностранной уголовной юрисдикции *ratione personae* как основание своего решения по существу дела, приходя к заключению о невозможности привлечения к уголовной ответственности действующего главы государства. В этой связи см. дело *Хонекера*, Федеральный верховный суд, вторая уголовная коллегия (Федеративная Республика Германия), постановление от 14 декабря 1984 года (№ 2 ARs 252/84), воспроизводится в *International Law Reports*, vol. 80, pp. 365–366; *король Марокко*, Национальная судебная коллегия (Испания), дело уголовной палаты, 23 декабря 1998 года; *Кадафи*, Кассационный суд, уголовная коллегия (Франция), Judgment № 1414 of 13 March 2001 воспроизводится в *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), p. 474; на английском в *International Law Reports*, vol. 125, p. 508–510; *Фидель Кастро*, Национальная судебная коллегия (Испания), решение пленума уголовной палаты, 13 декабря 2007 года (Национальная судебная коллегия уже высказалась в том же смысле в отношении двух других дел, поданных против Фиделя Кастро в 1998 и 2005 годах); и *Дело против Поля Кагаме*, Национальная судебная коллегия, следственный суд № 4 (Испания), решение от 6 февраля 2008 года. Кроме того, в рамках уголовного процесса, но лишь в качестве *obiter dicta* различные судебные органы в ряде случаев признавали в общем плане иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции *ratione materiae*. В этих случаях внутригосударственный суд в конкретном плане не признавал иммунитета главы государства либо потому, что соответствующее лицо в связи с истечением срока его мандата перестало быть действующим главой государства, либо потому, что такое лицо не являлось и никогда не было главой государства. См.: *Пиночет (просьба о выдаче)*, Национальная судебная коллегия, следственный суд № 5 (Испания), обращение с просьбой о выдаче от 3 ноября 1998 года; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte (Pinochet (№ 3))*, Палата лордов (Соединенное Королевство), решение от 24 марта 1999 года воспроизведено в *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), pp. 581–663; *H.S.A. et al. v. S.A. et al. (привлечение к ответственности Ариэля Шарона, Амоса Ярона и др.)*, кассационный суд (Бельгия), решение от 12 февраля 2003 года (P-02-1139) воспроизведено в ILM, vol. 42, № 3 (2003), pp. 596–605.; *Силинго*, Национальная судебная коллегия, уголовная палата, третье отделение (Испания), решение от 27 июня 2003 года; *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "FONVAC SOS catastrophe"*; *Association des familles des victimes du Joola, Cour de cassation, Chambre criminelle* (Франция), решение от 19 января 2010 года (09-84818); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, High Court of Justice, Queen's Bench Division Administrative Court (Соединенное Королевство), решение от 29 июля 2012 года ([2011] EWHG 2020 (Admin)); *Неззар*, Федеральный уголовный суд (Швейцария), решение от 25 июля 2012 года (BB.2011-140). Следует подчеркнуть, что

Комиссия считает, что иммунитет главы государства от иностранной уголовной юрисдикции *ratione personae* признается исключительно за лицами, действительно занимающими указанную должность, при этом для настоящего проекта статьи безразлично то название, которое фигура главы государства получает в каждом государстве, правооснование, в силу которого приобретает положение главы государства (в качестве суверена или в ином качестве), а также является ли данная должность единоличной или коллегиальной<sup>268</sup>.

4) Признание иммунитета *ratione personae* за главой правительства и министром иностранных дел является следствием того, что в силу международного права их функции представительства государств стали признаваться похожими на функции главы государства. В качестве примера можно сослаться на признание полномочий главы государства, главы правительства и министра иностранных дел в процессе заключения договоров<sup>269</sup>, а также на уравнивание этих трех фигур в отношении их международной защиты<sup>270</sup> или в плане их роли международных представителей государства<sup>271</sup>. Иммунитет глав правительств и министров иностранных дел упоминается в Конвенции о специальных миссиях, Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными

внутригосударственные суды никогда не заявляли, что глава государства не обладает иммунитетом от уголовной юрисдикции и что последняя является юрисдикцией *ratione personae*. С другой стороны, следует иметь в виду, что признание юрисдикционного иммунитета *ratione personae* глав государств имеет постоянный характер в гражданской юрисдикции, где больше объем судебных решений. Так, см., например, следующие решения: *Kline v. Kaneko*, Supreme Court of the State of New York, Judgment of 31 October 1988 (141 Misc.2d 787); *Mobutu v. SA Coton*, Civil Court of Brussels, Judgment of 29 December 1988; *Ferdinand et Imelda Marcos v. Office fédéral de la police*, Federal Tribunal (Switzerland), Judgment of 2 November 1989; *Lafontant v. Aristide*, United States District Court for the Eastern District of New York (United States), Judgment of 27 January 1994; *W. v. Prince of Liechtenstein*, Supreme Court (Austria), Judgment of 14 February 2001 (7 Ob 316/00x); *Tachiona v. Mugabe* ("Tachiona I"), District Court for the Southern District of New York, Judgment of 30 October 2001 (169 F.Supp.2d 259); *Fotso v. Republic of Cameroon*, District Court of Oregon (United States), Judgment of 22 February 2013 (6:12CV 1415-TC).

<sup>268</sup> В этой связи любопытно отметить положение Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера (статья 50, пункт 1) и Венской конвенции о консульских сношениях, 1969, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1400, № 23431, p. 231, статья 21 (пункт 1), которые признают концепцию коллегиального органа, выполняющего функции главы государства. Наоборот, Комиссия не сочла целесообразным помещать ссылку на эту категорию в Проект статей о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (см. *Ежегодник... 1972 год*, том II, комментарий к статье 1, пункт 2), и поэтому в итоге она не была отражена в Конвенции.

<sup>269</sup> Венская конвенция о праве международных договоров, 1969, статья 7 (пункт 2 а)). В сходном смысле выразился Международный Суд в связи с возможностью главы государства, главы правительства и министра иностранных дел устанавливать обязательство государства на основе односторонних действий (*Armed activities...*, para. 46).

<sup>270</sup> Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, 1973, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1035, № 15410, p. 167, статья 1 (пункт 1 а)).

<sup>271</sup> В этой связи см. Конвенцию о специальных миссиях, статья 21, и Конвенцию о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера (статья 50).

организациями универсального характера и, косвенно, в Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности<sup>272</sup>. Здесь особенно показательно упоминание министра иностранных дел в Конвенции о предупреждении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, включая дипломатических агентов, поскольку в своем проекте статей по этой теме Комиссия решила не включать членов правительства в перечень лиц, пользующихся международной защитой<sup>273</sup>, и тем не менее министр иностранных дел был, в конечном счете, включен в этот перечень в тексте Конвенции, окончательно принятом государствами.

Все указанные выше примеры – результат предыдущей работы Комиссии, которая таким образом приняла во внимание по разным поводам проблематику прямо выраженного или иного упоминания о главах государств, главах правительств и министрах иностранных дел в международно-правовых актах. В этой связи было отмечено, что глава государства конкретно упоминается в статье 3 Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, тогда как прямое упоминание главы правительства и министра иностранных дел в ней отсутствует. Вместе с тем, существует очень мало оснований полагать, что эти примеры означают, что в данном проекте статьи Комиссия должна рассматривать глав государств, глав правительств и министров иностранных дел по-разному. Еще меньше оснований заключать, что глава правительства и министр иностранных дел должны быть исключены из проекта статьи 3. Здесь необходимо принять во внимание несколько элементов: во-первых, в настоящем проекте статей речь идет исключительно об иммунитете государственных должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции, в то время как в Конвенции о специальных миссиях и Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера говорится о всех иммунитетах, которыми могут пользоваться главы государств, главы правительств и министры иностранных дел. Во-вторых, в Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах

<sup>272</sup> Так, в Венской конвенции о специальных миссиях в статье 21 говорится как о главе государства, так и о главе правительства и министре иностранных дел, хотя такие упоминания содержатся в разных пунктах (в пункте 1 говорится о главе государства, в то время как в пункте 2 говорится о главе правительства, министре иностранных дел и других лицах высокого ранга). Такая же модель использована в Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера, где также говорится о должностных лицах, упомянутых в разных пунктах. В отличие от этого, в Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности сделан выбор в пользу помещения одного лишь упоминания *eo nomine* главы государства (статья 3, пункт 2), а две другие категории должностных лиц должны считаться охватываемыми концепцией "представителей государства", о которой идет речь в статье 2.1 a) iv). См. пункты 6 и 7 комментария к проекту статьи 3 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (*Ежегодник... 1991 год*, том II, часть вторая).

<sup>273</sup> См. *Ежегодник... 1972 год*, том 2, пункт 3 комментария к проекту статьи 1. Следует отметить, что Комиссия решила не включать указанную ссылку, поскольку она не может быть основана на какой-либо "общепризнанной норме международного права", однако признала: "Несомненно, член правительства имеет право на специальную защиту в тех случаях, когда он находится в иностранном государстве в качестве официального лица" (*Ежегодник... 1972 год*. Это признание содержится как в английском, так и во французском тексте комментария, хотя и отсутствует в его испанской версии).

государств и их собственности говорится об иммунитетах государств; иммунитеты от уголовной юрисдикции лежат за пределами ее сферы применения<sup>274</sup>. Кроме того, Комиссия отнюдь не отрицала иммунитетов, которыми могут обладать главы государств и министры иностранных дел, а наоборот, их признала, но конкретно не упомянула в пункте 2 статьи 3, "поскольку разработать исчерпывающий перечень представляется сложным и, кроме того, в результате любого перечисления таких лиц возникли бы вопросы, связанные с основой и объемом юрисдикционных иммунитетов, которыми пользуются такие лица"<sup>275</sup>. И, в-третьих, необходимо также иметь в виду, что все упомянутые примеры предшествуют решению Международного Суда в деле *Об ордере на арест*.

5) В решении, принятом им по делу *Об ордере на арест*, Международный Суд прямо заявил, что "в международном праве прочно установилось, что, как и дипломатические и консульские агенты, некоторые высокопоставленные должностные лица государств, такие как глава государства, глава правительства и министр иностранных дел, обладают иммунитетами от юрисдикции других государств, как гражданской, так и уголовной"<sup>276</sup>. Впоследствии эта позиция была подтверждена Судом в решении по делу *О некоторых вопросах, касающихся правовой помощи по уголовным делам*<sup>277</sup>. По поводу обоих решений в Комиссии состоялись серьезные дискуссии, в частности в отношении министра иностранных дел. В ходе них большинство членов выразили мнение, что решение по делу *Об ордере на арест* выражает в его нынешнем состоянии эволюцию международного права и что поэтому необходимо заключить, что существует обычная норма, признающая иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции *ratione personae* министра иностранных дел. По мнению этих членов Комиссии, положение министра иностранных дел и его особые функции в сфере международных отношений служат основой признания указанного выше иммунитета от иностранной уголовной юрисдикции. Наоборот, некоторые члены Комиссии считали, что решение Суда не дает достаточных оснований для вывода о существовании обычной нормы, аргументируя это недостаточным анализом практики и тем, что ряд судей выразили мнение, отличное от мнения большинства<sup>278</sup>. Тем не менее один из членов Комиссии, считавший, что решение Суда не позволяет сделать вывод о существовании обычной нормы, отметил, что, поскольку решение Суда не вызвало возражений со стороны государств, отсутствие обычной нормы не мешает Комиссии включить министра иностранных дел в число тех, на кого распространяется иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции *ratione personae*, в порядке прогрессивного развития международного права.

6) Кроме того, в том что касается практики и национальных судов, Комиссия также сочла, что, хотя решения, ссылающиеся на иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции *ratione personae*, крайне немногочисленны в отношении главы государства и почти отсутствуют в случае министра

<sup>274</sup> То заявление, что Конвенция "не распространяется на уголовное судопроизводство", было предложено Специальным комитетом, созданным для этой цели Генеральной Ассамблеей, и, в конечном счете, получило отражение в пункте 2 постановляющей части резолюции 59/38 от 2 декабря 2004 года, которой она была принята.

<sup>275</sup> См. пункт 7 комментария к проекту статьи 3 проекта статей (*Ежегодник... 1991 год*).

<sup>276</sup> *Arrest Warrant case*, para. 51.

<sup>277</sup> *Certain Questions case*, para. 170.

<sup>278</sup> См., в частности, совместное особое мнение по делу *Об ордере на арест* судей Хиггинса, Куйманса и Бергенталя; несогласное мнение судьи Аль-Хасауны; а также несогласное мнение судьи Ван ден Вингарта.

иностранных дел, столь же очевидно, что национальные суды, имевшие возможность высказаться по этому поводу, всегда признавали иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции указанных высокопоставленных должностных лиц, когда те выполняют свои обязанности<sup>279</sup>.

7) В ходе дискуссии Комиссия пришла к пониманию, что на практике и в международном праве имеются достаточные основания для вывода о том, что глава государства, глава правительства и министр иностранных дел пользуются иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции *ratione personae*. Поэтому она решила включить их в проект статьи 3.

8) Комиссия также рассмотрела вопрос о том, могут ли другие должностные лица государства быть включены в перечень лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*. Несколько членов Комиссии усматривали такую возможность в свете эволюции международных отношений, в особенности того, что другие высокопоставленные должностные лица, помимо главы государства, главы правительства и министра иностранных дел, все чаще участвуют в работе международных форумов и часто совершают официальные визиты за пределы территории государства. Несколько членов Комиссии, поддерживавшие включение в проект статьи 3 других высокопоставленных должностных лиц, обосновывали свою позицию решением по делу *Об ордере на арест*, считая, что использование выражения "таких как" должно пониматься как расширяющее круг лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*, помимо главы государства, главы правительства и министра иностранных дел, на категорию высокопоставленных должностных лиц, которые осуществляют важные функции в государстве и играют роль представителей государства в соответствующих областях. В этой связи некоторые члены Комиссии считали, что иммунитетом *ratione personae* обладают министр обороны или министр по международной торговле. Однако другие члены Комиссии считали, что использование выражения "таких как" не может иметь своим следствием расширение круга лиц, пользующихся иммунитетом этой категории, поскольку Суд использует его в рамках конкретного дела, а именно дела, в котором рассматривался иммунитет министра иностранных дел от иностранной уголовной юрисдикции. Наконец, необходимо также подчеркнуть, что ряд членов Комиссии обращали внимание на имманентную трудность определения того, какие именно лица следует отнести к категории "других высокопоставленных должностных лиц", поскольку их выявление в значительной степени будет зависеть от национальных систем, определяющих

<sup>279</sup> В связи с признанием иммунитета главы правительства и министра иностранных дел от иностранной уголовной юрисдикции см. следующие дела как уголовного, так и гражданского характера, в которых внутригосударственные суды высказывались по этому поводу либо в обоснование решения по существу, либо в качестве *obiter dicta*: *Ali Ali Reza v. Grimpel*, Court of Appeal of Paris (Франция), решение от 28 апреля 1961 года (а contrario, неявным образом признается иммунитет министра иностранных дел); воспроизведено в ILR, vol. 47, pp. 275–277 (оригинальный французский вариант в RGDI (1962), p. 418, переводной вариант в ILR, vol. 47, p. 276); *Chong Boon Kim v. Kim Tong Shik and David Kim*, Circuit Court of the First Circuit (State of Hawaii) (United States), Judgment of 9 September 1963, воспроизведено в *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), pp. 186–187; *Saltany and others v. Reagan and others*, District Court for the District of Columbia (United States), Judgment of 23 December 1988, 702 F.Supp. 319; *Tachiona v. Mugabe ("Tachiona I")*, District Court for the Southern District of New York (United States), Judgment of 30 October 2001 (169 F.Supp.2d.259); *H.S.A. et al. v. S.A. et al. (indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others)*, Court of Cassation (Belgium), Judgment of 12 February 2003 (P-02-1139.f).

органическую структуру и модель наделения компетенцией, демонстрирующих различия между государствами<sup>280</sup>.

9) В деле *О некоторых вопросах, касающихся правовой помощи по уголовным делам*, Международный Суд вновь рассмотрел тему иммунитетов других высокопоставленных должностных лиц государства, помимо главы государства, главы правительства и министра иностранных дел. Суд отдельно рассмотрел иммунитет главы государства Джибути и иммунитеты двух других высокопоставленных должностных лиц Джибути, а именно Генерального прокурора (*procureur de la République*) и начальника Службы государственной безопасности. По поводу главы государства Суд высказался совершенно определенным образом, заключив, что как общее правило он пользуется иммунитетом от уголовной юрисдикции *ratione personae*, хотя это не касается данного случая, поскольку предложение о даче показаний, направленное французскими властями, не имеет принудительного характера<sup>281</sup>. Что касается двух других высокопоставленных должностных лиц, Суд выдвинул тот аргумент, что вменявшиеся им акты не были совершены ими при выполнении своих функций<sup>282</sup>; из этого следует, что Джибути не пояснила в достаточной степени, ссылается ли она на иммунитет государства, личный иммунитет или иммунитет другого рода; а также заключил: "Суд отмечает, что, во-первых, в международном праве не имеется оснований для того, чтобы утверждать, что данные должностные лица обладали личными иммунитетами, не будучи дипломатами по смыслу Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года, при том что Конвенция о специальных миссиях 1969 года в данном случае неприменима"<sup>283</sup>.

10) В судебной практике государств можно найти известное число решений, связанных с иммунитетом других должностных лиц высокого уровня от иностранной уголовной юрисдикции *ratione personae*. Тем не менее данные решения не являются исчерпывающими. Так, если некоторые решения были вынесены в пользу иммунитета *ratione personae* высокопоставленных должностных лиц, таких как министр обороны или министр внешней торговли<sup>284</sup>, в других решениях внутригосударственный суд приходил к выводу,

<sup>280</sup> Следует иметь в виду, что эта трудность в свое время уже была указана самой Комиссией в пункте 7 комментария к статье 3 Проекта статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (см. *Ежегодник... 1991 год*, том II, часть вторая). Те же проблемы были подчеркнуты Комиссией в пункте 3 комментариев к проекту статьи 1 Проектов статей о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой (*Ежегодник... 1972 год*, том II), а также в пункте 3 комментария к статье 21, пункт 1, Проекта статей о специальных миссиях (*Ежегодник... 1967 год*, том II).

<sup>281</sup> *Certain Questions case*, paras. 170–180.

<sup>282</sup> *Ibid.*, para. 191.

<sup>283</sup> *Ibid.*, para. 194. В целом см. пункты 181–197.

<sup>284</sup> В этой связи см. дело *Re General Shaul Mofaz* (Министр обороны Израиля), окружной суд Боу-стрит (Соединенное Королевство), решение от 12 февраля 2004 года; и дело *Re Bo Xilai* (Министр внешней торговли Китая), магистратский суд Боу-стрит, решение от 8 ноября 2005 года, в котором также признается иммунитет г-на Бо Силая, хотя и не ввиду его признания высокопоставленным должностным лицом, а в силу того, что он находился в Соединенном Королевстве со специальной миссией. Год спустя американский суд признал иммунитет г-на Бо Силая в гражданском деле, также исходя из того, что тот находился в Соединенных Штатах со специальной миссией: *Suggestion of Immunity and Statement of Interest of the United States*, Суд округа Колумбия, решение от 24 июля 2006 года (Civ. № 04-0649). В деле *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "FONVAC SOS catastrophe"*; *Association des familles des victimes du Joola*, Кассационный суд, Коллегия по

что привлеченное к суду лицо не пользуется иммунитетом либо потому, что оно не является главой государства, главой правительства или министром иностранных дел, либо потому, что оно не принадлежит к узкому кругу должностных лиц, заслуживающих такого отношения<sup>285</sup>, что вскрывает ту

уголовным делам (Франция), решение от 19 января 2010 года (09-84818), суд признал в общем плане иммунитет министра обороны *ratione personae*, однако в данном случае он признал лишь его иммунитет *ratione materiae*, поскольку лицо, привлеченное к суду, уже не занимало эту должность. В деле *Неззара*, Федеральный уголовный суд (Швейцария), решение от 25 июля 2012 года (BV.2011-140), суд в общем плане признал, что действующий министр обороны пользуется иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции *ratione personae*; тем не менее в данном случае он не признал иммунитета, поскольку г-н Неззар уже не занимал эту должность и совершенные деяния представили собой международные преступления, в силу чего он не пользовался иммунитетом *ratione materiae*.

285 В этой связи можно сослаться на дело *Khurst Bat v. The investigating Judge of the German Federal Court*, High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court (Соединенное Королевство), решение от 29 июля 2011 года ([2011] EWHC 2020 (Admin)), в котором суд признал, что в соответствии с решением Международного Суда по делу *Об ордере на арест* "по обычному международному праву некоторые высокопоставленные должностные лица имеют право на иммунитет *ratione personae* в ходе их срока полномочий", при условии что оно принадлежит ограниченному кругу лиц, выделяемому по тому признаку, что "должна иметься возможность установления у данного лица статуса", аналогичного статусу главы государства, главы правительства и министра иностранных дел, упомянутых в указанном решении. Проанализировав функции г-на Бата Хурца, он признал, что тот "не относится к этому узкому кругу". Ранее Парижский апелляционный суд также не признал иммунитета г-на Али Али Резы, поскольку тот, хотя и был государственным министром Саудовской Аравии, не был министром иностранных дел (см. *Ali Ali Reza v. Grimpel, Cour d'Appel de Paris* (Франция), решение от 28 апреля 1961 года). В решении по делу *United States of America v. Manuel Antonio Noriega*, Апелляционный суд одиннадцатого округа в своем решении от 7 июля 1997 года (жалоба № 92-4687 и № 96-4471) признал, что г-н Норьега, бывший главнокомандующий вооруженными силами Панама, не мог быть включен в категорию лиц, пользующихся иммунитетом *ratione personae*, отклонив утверждение Норьеги о том, что в момент событий он был главой государства, или лидером Панама де-факто. В свою очередь в деле *Филиппины против Маркоса* (Окружной суд северного округа Калифорнии, решение от 11 февраля 1987 года [665 F.Supp. 793]) суд исключил иммунитет *ratione personae* генерального прокурора Филиппин. В деле *I.T. Consultants, Inc. v. The Islamic Republic of Pakistan* (Апелляционный суд округа Колумбия, решение от 16 декабря 2003 года) суд не признал иммунитета министра сельского хозяйства Пакистана. Аналогичным образом в недавнем деле *Фоцо против Республики Камерун* суд пришел к выводу, что министр обороны и государственный секретарь по делам обороны не пользуются иммунитетом *ratione personae*, который тем не менее признается за президентом Камеруна. Следует учесть, что в указанных выше трех делах речь идет об осуществлении юрисдикции по гражданским делам. Кроме того, необходимо отметить, что в некоторых случаях внутригосударственный суд не признавал юрисдикционного иммунитета лиц, которые занимают высокопоставленные должности в федеральных органах федеративных государств. По этому поводу см. следующие дела: *R. (on the application of Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, Queen's Bench Division (Divisional Court) (Соединенное Королевство), решение от 25 ноября 2005 года (EWHC (QB) 2704), которым было отказано в иммунитете губернатору и главе исполнительной власти штата Байелса Федеральной Республики Нигерия; а также *Прокуратура (суд Неаполя) против Мило Джукановича*, Кассационный суд, третье уголовное отделение (Италия), решение от 28 декабря 2004 года, в котором в иммунитете было отказано президенту Черногории до получения этой страной независимости. Наконец, в деле

большую трудность, которая связана с выявлением других высокопоставленных должностных лиц, помимо главы государства, главы правительства или министра иностранных дел, в отношении которых можно было бы заключить неопровержимым образом, что они пользуются иммунитетом *ratione personae*. С другой стороны, необходимо также отметить, что в некоторых из этих решений иммунитет высокопоставленного должностного лица от иностранной уголовной юрисдикции анализировался с разных точек зрения (иммунитет *ratione personae*, иммунитет *ratione materiae*, иммунитет государства, иммунитет, вытекающий из специальной миссии), что показывает неясность при определении того, с чем действительно связан иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, которым пользуются высокопоставленные должностные лица, в отличие от главы государства, главы правительства или министра иностранных дел<sup>286</sup>.

11) В ином плане следует напомнить, что Комиссия уже упоминала других высокопоставленных должностных лиц в своем Проекте статей о специальных миссиях и в своем Проекте статей о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера<sup>287</sup>, затронув вопрос об их иммунитете. Тем не менее необходимо напомнить, что указанные выше положения ограничиваются основным режимом защиты, в силу которого указанные лица продолжали бы пользоваться иммунитетами, признаваемыми за ним международным правом, помимо указанных в Конвенции. Тем не менее ни в тексте проектов статей, ни в комментариях Комиссии к ним четко не указывается, каковы эти иммунитеты и включают ли

---

*Evgeny Adamov v. Office fédérale de la justice*, Tribunal Federal (Швейцария), решение от 22 декабря 2005 года, суд отказался признать иммунитет бывшего министра атомной энергетики Российской Федерации в деле о выдаче, однако в *obiter dictum* отметил, что высокопоставленные должностные лица, без определения различий, возможно, пользуются иммунитетом.

<sup>286</sup> Хорошим примером только что отмеченного момента служит указанное выше решение по делу Бата Хурца. В деле *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "FONVAC SOS catastrophe"*; *Association des familles des victimes du Joola*, Решение от 19 января 2010 года (09-84818), суд одновременно высказался относительно иммунитета *ratione personae* и иммунитета *ratione materiae*, хотя и не провел достаточных различий между обоими. В свою очередь, в деле *Незаара* Федеральный суд по уголовным делам Швейцарии также проанализировал вопрос о том, может ли он применять иммунитет *ratione materiae* или дипломатический иммунитет, о котором заявлял обвиняемый, после того как он в общем плане заявил об иммунитете *ratione personae*. В других делах аргумент, использованный внутригосударственным судом, имеет еще более неконкретные черты, как, например, в деле *Килрой против Виндзора*, Окружной суд северного округа Огайо, восточное отделение, который в своем решении от 7 декабря 1978 года по гражданскому делу (Civ. № C-78-291) признал иммунитет *ratione personae* английского Принца Чарльза, поскольку тот является членом английской королевской семьи и наследником престола, однако еще и потому, что он находился в Соединенных Штатах в официальной миссии. Кроме того, в делах, связанных с г-ном Бо Силаем, необходимо подчеркнуть, что, хотя как британский, так и американский суд признали юрисдикционный иммунитет министра внешней торговли Китая, такое решение было принято ими потому, что тот находился с официальным визитом и пользовался иммунитетом, вытекающим из характера специальных миссий.

<sup>287</sup> В других случаях Комиссия использовала выражения "должностное лицо" (Проект статей о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой) и "другие лица высокого ранга" (Проект статей о специальных миссиях).

они иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции *ratione personae*. С другой стороны, необходимо подчеркнуть, что, хотя указанные высокопоставленные должностные лица могли бы считаться включенными в категорию "представители государств", признанную в статье 2, пункт 1 b) iv), Конвенции об юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, указанная Конвенция, как уже было показано, не распространяется на "уголовные дела". Тем не менее некоторые члены Комиссии отметили, что высокопоставленные должностные лица действительно пользуются режимом иммунитетов специальных миссий, включая иммунитет от иностранной уголовной юрисдикции, когда они находятся в официальной поездке в третьем государстве в силу выполнения ими функций представителей государства в сфере присущих им основных функций. Утверждалось, что это дает формулу для защиты правильного осуществления секторальных функций, относящихся к компетенции этой категории должностных лиц высокого уровня в международной сфере.

12) Принимая к сведению указанное выше, Комиссия считает, что другие "высокопоставленные должностные лица" не пользуются иммунитетом *ratione personae* для целей настоящего проекта статей. Тем не менее Комиссия считает, что такое понимание не затрагивает норм, касающихся иммунитета *ratione materiae*, при том понимании, что эти высокопоставленные должностные лица в период пребывания с официальным визитом пользуются иммунитетом от иностранной уголовной юрисдикции на основе норм международного права, связанных со специальными миссиями.

13) В проекте статьи используется выражение "от осуществления", которое касается как иммунитета *ratione personae*, так и иностранной уголовной юрисдикции. Комиссия решила не использовать указанное выражение в проекте статьи 1 (сфера охвата проекта статей), чтобы не затрагивать существенных аспектов иммунитета, в частности его объема, которые должны быть рассмотрены в других проектах статей<sup>288</sup>. В настоящем проекте статьи Комиссия решила сохранить выражение "от осуществления", поскольку это показывает связь между иммунитетом и иностранной уголовной юрисдикцией и подчеркивает по существу процессуальный характер иммунитета, действующего в связи с осуществлением уголовной юрисдикции в отношении конкретного поведения<sup>289</sup>.

#### **Статья 4**

#### **Сфера применения иммунитета *ratione personae***

1. Главы государств, главы правительств и министры иностранных дел обладают иммунитетом *ratione personae* только в течение срока их полномочий.
2. Такой иммунитет *ratione personae* охватывает все действия, совершенные будь то в частном или официальном качестве главами государств, главами правительств и министрами иностранных дел до или в течение срока их полномочий.
3. Прекращение иммунитета *ratione personae* не затрагивает применения норм международного права, касающихся иммунитета *ratione materiae*.

<sup>288</sup> См. выше, пункт 2 указанного комментария.

<sup>289</sup> См. *Arrest Warrant case*, para. 60, and *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 58.

### Комментарий

1) Проект статьи 4 посвящен сфере применения иммунитета *ratione personae* как с временной, так и с материально-правовой точек зрения. Хотя концептуально каждый из этих аспектов обособлен, Комиссия решила объединить их в одной статье, чтобы дать более полное представление о смысле и сфере применения иммунитета, которым наделены главы государств, главы правительств и министры иностранных дел. Комиссия решила сначала упомянуть временной элемент, поскольку он помогает лучше понять материальную сферу применения иммунитета *ratione personae*, который ограничивается определенным периодом времени.

2) Что касается временного охвата иммунитета *ratione personae*, то Комиссия посчитала необходимым включить слово "только", дабы подчеркнуть, что этот тип иммунитета применяется к главам государств, главам правительств и министрам иностранных дел исключительно в период их пребывания в должности. Это обусловлено самим смыслом предоставления подобного иммунитета, т.е. тем особым положением, которое занимают эти должностные лица в государственном аппарате и которое в соответствии с международным правом наделяет их особым статусом двуединой представительской и функциональной связи с государством в сфере международных отношений. Соответственно, когда лицо, обладающее иммунитетом, перестает занимать одну из этих должностей, иммунитет *ratione personae* теряет свою силу.

В поддержку этого тезиса выступил Международный Суд, который в заключении по делу *Об ордере на арест* постановил, что "(...) после того, как человек перестает занимать должность министра иностранных дел, он больше не может на территории других государств в полном объеме пользоваться иммунитетами, предоставляемыми ему по международному праву. Суд одного государства при наличии юрисдикции в рамках международного права может привлечь к судебной ответственности бывшего министра иностранных дел другого государства в отношении деяний, совершенных им до или после пребывания в должности, а также в отношении действия, совершенных им в личном качестве в период пребывания в должности"<sup>290</sup>. Хотя Суд упомянул только министра иностранных дел, то же самое касается а fortiori и главы государства и главы правительства. Кроме того, ограничение действия иммунитета *ratione personae* сроком пребывания в должности признается в конвенциях, которые устанавливают особые режимы иммунитета *ratione personae*, в частности в Венской конвенции о дипломатических сношениях и Конвенции о специальных миссиях<sup>291</sup>. В комментариях к проектам статей об юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности сама Комиссия заявила, что "иммунитеты *ratione personae* в отличие от иммунитетов *ratione materiae*, которые продолжают действовать и после прекращения официальных функций, теряют силу после того, как данное лицо уходит с государственной службы или прекращает выполнение официальных функций"<sup>292</sup>. Строго временный характер иммунитета *ratione personae* также подтверждается различными решениями национальных судов<sup>293</sup>.

<sup>290</sup> *Arrest Warrant case*, para. 61.

<sup>291</sup> См. Венскую конвенцию о дипломатических сношениях, статья 39.2, и Конвенцию о специальных миссиях, статья 43.2.

<sup>292</sup> А также: "любые действия суверенов и послов, не связанные с их официальными функциями, подпадают под действие местной юрисдикции после их ухода со своих постов". *Ежегодник... 1991 год*, том II, Часть вторая, пункт 19) комментария к проекту статьи 2.1 b) v).

Таким образом, Комиссия считает, что после прекращения полномочий главы государства, главы правительства и министра иностранных дел иммунитет *ratione personae* перестает существовать. Комиссия не посчитала нужным оговаривать особые критерии, которые должны учитываться при определении момента, с которого начинается течение срока пребывания в должности лица, обладающего иммунитетом, поскольку это зависит от законодательства государства, а практика в этой области различается.

3) В период действия полномочий – и только в данный период – иммунитет *ratione personae* распространяется на все действия, совершенные главой государства, главой правительства и министром иностранных дел, будь то в частном или официальном качестве. Таким образом, иммунитет *ratione personae* трактуется в качестве "полного иммунитета"<sup>294</sup>, который распространяется на все действия упомянутых лиц. Подобная трактовка иммунитета *ratione personae* отражает практику государств<sup>295</sup>.

<sup>293</sup> Такие решения часто принимались в контексте гражданских дел, где действует тот же принцип временного ограничения иммунитета. См., например, *Cour d'appel de Paris, Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, 3 June 1872; *Tribunal civil de la Seine, Seyyid Ali Ben Hammond, Prince Rashid c. Wiercinski*, 25 July 1916; *Cour d'appel de Paris, Ex-roi d'Egypte Farouk c. s.a.r.l. Christian Dior*, 11 April 1957, reproduced in *Journal du droit international* (1957), pp. 716–718; *Tribunal de Grande Instance de la Seine, Société Jean Dessès c. Prince Farouk et Dame Sadek*, 12 June 1963, воспроизводится в *Clunet*, 1964, p. 285 и в версии на английском языке – в *ILR*, vol. 33, pp. 37–38; *United States of America v. Noriega* (1990) 746 F.Supp. 1506; *In re Estate of Ferdinand Marcos*, 25 F.3d 1467, 1471 (9th Cir. 1994); и просьбу Испании об экстрадиции, врененную 3 ноября 1998 года по делу Пиночета (*Auto de solicitud de extradición de Pinochet, Madrid, 3 November 1998*).

<sup>294</sup> Международный Суд под материальной сферой охвата иммунитета *ratione personae* понимает "полный иммунитет" (*Arrest Warrant case*, para. 54). Со своей стороны, сама Комиссия, ссылаясь на иммунитет *ratione personae* дипломатических работников, заявила, что "иммунитет от уголовной юрисдикции является полным" (см. *Ежегодник... 1958 год*, часть вторая, стр. 105, комментарий к статье 29 Проекта статей о дипломатических сношениях и иммунитетах, пункт 4)).

<sup>295</sup> См., например, *Arafat e Salah, Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIX (1986), p. 886; *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de police*, ATF 115 Ib 496, частично воспроизведено в *Revue suisse de droit international et de droit européen* (1991), pp. 534–537 (на англ. языке см. в *ILR*, vol. 102, pp. 198–205); *House of Lords, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, 24 March 1999, воспроизведено в *ILM*, vol. 38, 1999, p. 592; *Court of Appeal of Paris (Chambre d'accusation), Affaire Kadhafi*, Judgment of 20 October 2000 (на англ. языке в *ILR*, vol. 125, p. 495, at p. 509); *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, Decision related to the indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others, № P.02.1139.f, 12 February 2003, воспроизведено в *ILM*, vol. 42, № 3 (2003), p. 596, at p. 599; *Supreme Court of Sierra Leone, Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, Judgment of 14 October 2005, SC № 1/2003; *Case against Paul Kagame, Spain, Auto del Juzgado Central de Instrucción № 4* (2008), pp. 156–157. Среди более недавних дел см. *Association fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "Fenvac SOS catastrophe", Association des familles des victimes du Joola et al., Paris Chambre d'instruction de la Cour d'Appel*, Judgment, 16 June 2009, confirmed by the *Cour de Cassation*, Judgment, 19 January 2010; *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court, Judgment, 29 July 2011 ([2011] EWHG 2020 (Admin), para. 55); и *Nezzar case*, Swiss Federal Criminal Court, Judgment, 25 July 2012.

Как заявил Международный Суд в деле *Об ордере на арест* непосредственно со ссылкой на арест министра иностранных дел распространение иммунитета на действия: совершаемые как в личном, так и в официальном качестве, объясняется необходимостью гарантировать беспрепятственное выполнение носителями иммунитета *ratione personae* своих функций, поскольку "последствия такого воспрепятствования выполнению официальных функций одинаково серьезны (...) вне зависимости от того, связан ли арест с деянием, осуществленным в "официальном" качестве или в "частном" качестве"<sup>296</sup>. Таким образом, "между действиями министра иностранных дел в "официальном" качестве и такими действиями якобы совершенными в "частном" качестве нельзя проводить различий"<sup>297</sup>. Такая же логика а fortiori должна действовать и в отношении глав государств и глав правительств.

4) Если говорить о терминологии, применяемой для обозначения действий, попадающих под иммунитет *ratione personae*, то необходимо учитывать, что какая-либо единственная или единообразная формулировка на практике отсутствует. Например, в Венской конвенции о дипломатических сношениях со ссылкой на действия дипломатических агентов, на которые распространяется их иммунитет от уголовной юрисдикции, не проводится прямого различия между действиями, совершаемыми в частном и официальном качестве, хотя при этом предполагается, что иммунитет применим к обеим категориям<sup>298</sup>. Более того, терминология, используемая в других договорах, документах, судебных решениях и доктрине, также не отличается последовательностью и включает, помимо прочего, такие термины, как "официальные и неофициальные действия", "действия, осуществляемые при исполнении служебных обязанностей", "действия, связанные с исполнением должности" или "действия, совершаемые в официальном и частном качествах". В этом проекте статьи Комиссия предпочла использовать выражение "действия, совершенные будь то в частном или официальном качестве", опираясь на формулировку Международного Суда в деле *Об ордере на арест*.

Вместе с тем Комиссия не посчитала необходимым высказываться в данный момент о том, какого рода действия должны рассматриваться в качестве "действий, совершенных в официальном качестве", поскольку эта категория действий будет рассмотрена на последующей стадии текущей работы в связи с анализом иммунитета *ratione materiae* и этот вопрос не следует предрешать.

Необходимо также отметить, что, принимая пункт 2, Комиссия не рассматривала возможные изъятия из иммунитета, чем она займется впоследствии.

(case № BB.2011-140, legal ground № 5.3.1). См. также *Cour d'Appel de Paris, Pôle 7, Deuxième chambre d'instruction*, Judgment, 13 June 2013.

<sup>296</sup> *Arrest Warrant case*, para. 55.

<sup>297</sup> *Ibid.*

<sup>298</sup> К этому заключению подводит прочтение статьи 31.1 вкпе со статьей 39.2 Конвенции. Похожим образом должны пониматься статьи 31.1 и 43.2 Конвенции о специальных миссиях.

5) Под термином "действия" Комиссия понимает как действия, так и бездействие. Хотя используемая терминология вызвала неоднозначные суждения, Комиссия решила выбрать термин "acts" (действия/деяния), руководствуясь английским текстом Проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, в статье 1 которого используется термин "acts" (в русском тексте – "деяния"), под которым понимается, что деяние "может представлять собой одно или более действий или бездействий или их сочетание"<sup>299</sup>. Кроме того, термин "действие/деяние" часто применяется в международном уголовном праве для определения видов поведения (действий или бездействия/упущений), влекущих уголовную ответственность. Так, в статьях 6, 7 и 8 Римского статута Международного уголовного суда термин "деяния" применяется в общем смысле, и это не вызывает вопросов относительно понимания под этим словом как действий, так и бездействий, так как это исключительно зависит от состава конкретного уголовного преступления. В свою очередь в статутах специальных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде термин "деяние" используется для обозначения как активного, так и пассивного поведения, составляющего преступление, подсудное этим трибуналам. Термин "act" (в русском тексте – "действие") также используется в различных международных договорах, которые, несмотря на то, что их целью является наложение обязательств на государства, определяют виды поведения, способные повлечь за собой уголовную ответственность. Так обстоит дело, например, с Конвенцией о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (статья 2) и Конвенцией против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания (статья 1).

б) Действия, на которые распространяется иммунитет *ratione personae*, – это действия, которые были совершены главой государства, главой правительства или министром иностранных дел до или в течение срока их полномочий. Причина этого определяется целью иммунитета *ratione personae*, предполагающего как защиту принципа суверенного равенства государства, так и гарантии возможностей лиц, обладающих таким иммунитетом, беспрепятственно выполнять свои функции представительства государства в течение срока своих полномочий. В этом смысле применение иммунитета к действиям, совершенным такими лицами в течение срока полномочий, не требует дальнейших пояснений. В отношении действий, совершенных до их вступления в должность, необходимо отметить, что иммунитет *ratione personae* применяется к ним только в том случае, если уголовную юрисдикцию третьего государства предполагается осуществить в период пребывания в должности главы государства, главы правительства и министра иностранных дел. Это обусловлено тем, что, как заявил Международный Суд в деле *Об ордере на арест*, "нельзя проводить различие между действиями, совершенными до того, как человек занял пост министра иностранных дел, и действиями, совершенными в течение срока его пребывания в должности. Таким образом, если министр иностранных дел будет арестован на территории другого государства по уголовному обвинению, то, несомненно, он не сможет исполнять свои обязанности. Последствия подобного воспрепятствования выполнению официальных функций являются одинаково серьезными вне

<sup>299</sup> Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/56/10), стр. 51, пункт 1, комментарий к проекту статьи 1. Следует отметить, что, хотя в испанской и французской версиях используются разные термины для определения одной и той же категории деяний ("hecho" и "fait" соответственно), вышеприведенная часть документа, в которой представлены комментарии Комиссии, совпадает в версиях на трех языках.

зависимости от того, будет ли этот арест связан с действиями, предположительно совершенными до вступления данного лица в должность министра иностранных дел, или с действиями, совершенными в течение срока его пребывания в должности"<sup>300</sup>.

В любом случае необходимо отметить, что, как заявил Международный Суд в том же деле, иммунитет *ratione personae* имеет процессуальный характер и должен интерпретироваться не как избавление или освобождение глав государств, глав правительств или министров иностранных дел от уголовной ответственности за действия, совершенные ими до или в течение срока их полномочий, а только как отсрочка осуществления иностранной юрисдикции на период пребывания в должности вышеуказанных лиц<sup>301</sup>. Соответственно, после завершения срока полномочий действия, совершенные до или в течение этого срока, перестают попадать под иммунитет *ratione personae* и могут в некоторых случаях подлежать уголовной юрисдикции, которую нельзя было осуществлять в период их пребывания в должности.

Наконец, необходимо отметить, что иммунитет *ratione personae* ни в коем случае не применяется к действиям, совершенным главами государств, главами правительств или министрами иностранных дел после завершения их срока полномочий. Поскольку теперь они считаются "бывшими" главами государств, главами правительств или министрами иностранных дел, такой их иммунитет прекратился бы с прекращением полномочий.

7) Пункт 3 проекта дает ответ на вопрос о том, что происходит в отношении действий, совершенных в течение срока полномочий главой государства, главой правительства или министром иностранных дел в официальном качестве, после завершения этого срока. Пункт 3 исходит из принципа, что иммунитет *ratione personae* прекращается с уходом с должности главы государства, главы правительства или министра иностранных дел. Поэтому иммунитет *ratione personae* после прекращения срока полномочий этих лиц утрачивается. Однако необходимо иметь в виду, что в период пребывания в должности глава государства, глава правительства или министр иностранных дел могут совершать действия в официальном качестве, которые не теряют этого качества лишь по причине прекращения полномочий и поэтому могут по-прежнему покрываться иммунитетом *ratione materiae*. Несмотря на то, что в государственной, договорной и судебной практике этот вопрос формулируется по-разному, с материально-правовой точки зрения он не вызывает споров<sup>302</sup>.

<sup>300</sup> *Arrest Warrant case*, para. 55.

<sup>301</sup> "Иммунитет от юрисдикции вполне может препятствовать судебному преследованию на определенный период времени или в отношении определенных преступлений; он не может освободить лицо, к которому он применяется, от всех видов уголовной ответственности" (*Arrest Warrant case*, para. 60).

<sup>302</sup> Так, например, со ссылкой на иммунитет членов дипломатических миссий в Венской конвенции о дипломатических сношениях прямо сказано, что "в отношении действий, совершенных таким лицом при выполнении своих функций сотрудника представительства, иммунитет продолжает существовать" (статья 39.2); эта формулировка повторяется в Конвенции о специальных миссиях (статья 43.1). В судебной же практике государств этот вопрос решался при помощи самых разнообразных формулировок: путем отсылки к "остаточному иммунитету", "длящемуся иммунитету в отношении официальных актов" или с использованием похожих формул. По этому вопросу см. анализ, проведенный секретариатом в Меморандуме 2008 года (A/CN.4/596, пункт 137 и далее).

Таким образом, в пункте 3 содержится "преюдициальная" оговорка относительно потенциальной применимости иммунитета *ratione materiae* к вышеуказанным действиям. Это не означает продления иммунитета *ratione personae* на период после завершения срока полномочий лиц, обладающих иммунитетом, поскольку это противоречило бы пункту 1 проекта статьи. Также это не означает какого-либо преобразования иммунитета *ratione personae* в новую форму иммунитета *ratione materiae*, который автоматически применяется в соответствии с пунктом 3. Комиссия считает, что "преюдициальная" оговорка лишь оставляет открытой возможность применения иммунитета *ratione materiae* к действиям, совершенным в официальном качестве бывшими главой государства, главой правительства или министром иностранных дел в период их пребывания в должности, когда нормы, которые регулируют данную категорию иммунитета, делают это возможным. В пункте 3 не затрагивается вопрос о содержании режима иммунитета *ratione materiae*, поскольку он будет рассмотрен в Части III настоящего проекта статей.



## Глава VI

### Защита людей в случае бедствий

#### А. Введение

50. На своей пятьдесят девятой сессии (в 2007 году) Комиссия постановила включить тему "Защита людей в случае бедствий" в свою программу работы и назначила г-на Эдуардо Валенсия Оспину в качестве Специального докладчика<sup>303</sup>. На той же сессии Комиссия просила Секретариат подготовить по этой теме справочное исследование, первоначально ограничивающееся стихийными бедствиями.

51. На шестидесятой сессии (в 2008 году) на рассмотрение Комиссии был представлен предварительный доклад Специального докладчика (A/CN.4/598), в котором прослеживается эволюция защиты людей в случае бедствий и выявляются источники права по данной теме, а также говорится о предыдущих усилиях, направленных на кодификацию и развитие права в данной области. В нем также представлен широкий спектр различных аспектов общей сферы охвата в целях определения главных правовых вопросов, которые предстоит рассмотреть, и высказываются предварительные выводы без ущерба для результатов обсуждения этого доклада в Комиссии. На рассмотрении Комиссии также находился меморандум Секретариата, в котором речь шла главным образом о стихийных бедствиях (A/CN.4/590 и Add.1–3) и содержался общий обзор существующих правовых инструментов и текстов, применимых к различным аспектам предотвращения бедствий и оказания чрезвычайной помощи, а также защиты людей в случае бедствий.

52. На своей шестьдесят первой сессии (в 2009 году) Комиссия рассмотрела второй доклад Специального докладчика (A/CN.4/615 и Corr.1), в котором содержался анализ сферы охвата данной темы *ratione materiae*, *ratione personae* и *ratione temporis* и вопросов, касающихся определения "бедствия" для целей данной темы, равно как и исследование основной обязанности сотрудничать. В докладе содержались предложения по трем проектам статей. На рассмотрении Комиссии также находились письменные ответы, представленные Управлением по координации гуманитарных вопросов Секретариата Организации Объединенных Наций и Международной федерацией обществ Красного Креста и Красного Полумесяца, на вопросы, адресованные им Комиссией в 2008 году.

<sup>303</sup> На своем 2929-м заседании 1 июня 2007 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10* (A/62/10), пункт 375). Генеральная Ассамблея в пункте 7 своей резолюции 62/66 от 6 декабря 2007 года приняла к сведению решение Комиссии включить тему в ее программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее пятьдесят восьмой сессии (в 2006 году) на основании предложения, содержащегося в Приложении D к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10* (A/61/10)).

53. На своей шестьдесят второй сессии (в 2010 году) Комиссия приняла в предварительном порядке проекты статей 1 (Сфера охвата), 2 (Цель), 3 (Определение бедствия), 4 (Связь с международным гуманитарным правом) и 5 (Обязанность сотрудничать), которые были рассмотрены в ходе предыдущей сессии, на 3057-м заседании, состоявшемся 4 июня 2010 года. Кроме того, на рассмотрении Комиссии находился третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/629), в котором содержался обзор мнений государств о работе, проделанной Комиссией, излагались принципы, на которых основывается защита людей в случае бедствий, и рассматривался вопрос об ответственности пострадавшего государства. В докладе содержались также предложения по трем дополнительным проектам статей.

54. На своей шестьдесят третьей сессии (в 2011 году) Комиссия приняла в предварительном порядке проекты статей 6 (Гуманитарные принципы при реагировании на бедствия), 7 (Достоинство человека), 8 (Права человека) и 9 (Роль пострадавшего государства), которые были рассмотрены в ходе предыдущей сессии, на 3102-м заседании, состоявшемся 11 июля 2011 года. На рассмотрении Комиссии находился также четвертый доклад Специального докладчика (A/CN.4/643 и Согг.1), в котором, в частности, рассматривалась ответственность пострадавшего государства в отношении обращения за помощью, если масштабы бедствия превышают его национальный потенциал реагирования, обязанность пострадавшего государства не отказывать произвольно в получении внешней помощи и право предлагать помощь в международном сообществе. В докладе содержались предложения по трем дополнительным проектам статей. Комиссия приняла в предварительном порядке проекты статей 10 (Обязанность пострадавшего государства обращаться за помощью) и 11 (Согласие пострадавшего государства на получение внешней помощи) на 3116-м заседании, состоявшемся 2 августа 2011 года, однако из-за нехватки времени не смогла завершить рассмотрение проекта статьи 12.

55. На своей шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) на рассмотрении Комиссии находился пятый доклад Специального докладчика (A/CN.4/652), содержащий обзор мнений государств о работе, проделанной Комиссией, краткое обсуждение позиции Специального докладчика по вопросу, сформулированному Комиссией в главе III.C ее ежегодного доклада за 2011 год, а также дальнейшее исследование вопроса об обязанности сотрудничать. В докладе также обсуждались условия предоставления помощи и вопрос о прекращении помощи. В докладе содержались предложения по трем дополнительным проектам статей. На своем 3152-м заседании, состоявшемся 30 июля 2012 года, Комиссия приняла к сведению проекты статей 5 bis и 12–15, принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом (A/CN.4/L.812).

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

56. На нынешней сессии на рассмотрении Комиссии находился шестой доклад Специального докладчика (A/CN.4/662), касающийся аспектов предотвращения в контексте защиты людей в случае бедствий, включая уменьшение опасности бедствий, предотвращение как один из принципов международного права и международное сотрудничество в области предотвращения. В докладе содержался также обзор национальной политики и законодательства. В докладе содержались предложения в отношении

следующих двух проектов статей: проекта статьи 5 ter (Сотрудничество с целью снижения риска бедствия)<sup>304</sup> и 16 (Обязанность по предотвращению)<sup>305</sup>.

57. Комиссия рассмотрела шестой доклад на своих 3175–3180-м заседаниях, состоявшихся с 8 по 16 июля 2013 года.

58. На своем 3180-м заседании, состоявшемся 16 июля 2013 года, Комиссия передала проекты статей 5 ter и 16 Редакционному комитету.

59. Комиссия утвердила доклад Редакционного комитета по проектам статей 5 bis и 12–15, которые были рассмотрены на предыдущей сессии, на 3162-м заседании, состоявшемся 10 мая 2013 года. Комиссия утвердила также доклад Редакционного комитета по проектам статей 5 ter и 16 на 3187-м заседании, состоявшемся 26 июля 2013 года (раздел C.1 ниже).

60. На своих 3190 и 3191-м заседаниях, состоявшихся 2 и 5 августа 2013 года, Комиссия утвердила комментарии к проектам статей 5 bis, 5 ter и 12–16 (раздел C.2 ниже).

## **С. Текст проектов статей о защите людей в случае бедствий, в предварительном порядке принятый Комиссией к настоящему времени**

### **1. Текст проектов статей**

61. Текст проектов статей о защите людей в случае бедствий, в предварительном порядке принятый Комиссией к настоящему времени, воспроизводится ниже<sup>306</sup>.

#### **Статья 1 Сфера применения**

Настоящие проекты статей применяются к защите людей в случае бедствий.

<sup>304</sup> Проект статьи 5 ter гласил:  
**Сотрудничество в области уменьшения риска бедствия**  
Сотрудничество должно предусматривать принятие мер, направленных на уменьшение риска бедствий.

<sup>305</sup> Проект статьи 16 гласил:  
**Обязанность предотвращать**  
1. Государства обязуются уменьшать опасность бедствий посредством принятия надлежащих мер для обеспечения того, чтобы обязанности и механизмы подотчетности были определены и институциональные процедуры были установлены, с тем чтобы предотвращать такие бедствия, смягчать их последствия и обеспечивать готовность к ним.  
2. Надлежащие меры должны включать, в частности, проведение многокомпонентных оценок риска, сбор и распространение информации о потерях и риске, а также создание и обеспечение функционирования систем раннего предупреждения.

<sup>306</sup> Комментарии к проектам статей 1–5, см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункт 331. Комментарии к проектам статей 6–11, см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункт 289.

**Статья 2****Цель**

Цель настоящих проектов статей – облегчить надлежащее и эффективное реагирование на бедствия, позволяющее удовлетворить основные потребности затрагиваемых лиц при полном уважении их прав.

**Статья 3****Определение бедствия**

"Бедствие" означает катастрофическое событие или серию событий, приводящие к массовой гибели людей, большим человеческим страданиям и бедам или масштабному материальному или экологическому ущербу, серьезно нарушая тем самым функционирование общества.

**Статья 4****Связь с международным гуманитарным правом**

Настоящие проекты статей не применяются к ситуациям, к которым применимы нормы международного гуманитарного права.

**Статья 5****Обязанность сотрудничать**

В соответствии с настоящими проектами статей государства, по мере необходимости, сотрудничают между собой и с Организацией Объединенных Наций и другими компетентными межправительственными организациями, Международной федерацией обществ Красного Креста и Красного Полумесяца и Международным комитетом Красного Креста, а также соответствующими неправительственными организациями.

**Статья 5 bis****Формы сотрудничества**

Для целей настоящих проектов статей сотрудничество включает в себя гуманитарную помощь, координацию международных мер и коммуникаций в области экстренной помощи, а также предоставление персонала для оказания экстренной помощи, оборудования и предметов экстренной помощи и научных, медицинских и технических ресурсов.

**Статья 5 ter****Сотрудничество в целях уменьшения риска бедствий**

Сотрудничество распространяется на принятие мер, направленных на уменьшение риска бедствий.

**Статья 6****Гуманитарные принципы при реагировании на бедствия**

Реагирование на бедствия осуществляется в соответствии с принципами гуманности, нейтральности и беспристрастности и на основе недискриминации, но с учетом потребностей тех, кто находится в особо уязвимом положении.

**Статья 7****Достоинство человека**

При реагировании на бедствия государства, компетентные межправительственные организации и соответствующие неправительственные организации уважают и защищают достоинство, присущее человеческой личности.

**Статья 8****Права человека**

Люди, пострадавшие в результате бедствий, имеют право на уважение их прав человека.

**Статья 9****Роль пострадавшего государства**

1. Пострадавшее государство в силу своего суверенитета обязано обеспечивать на своей территории защиту людей и оказание экстренной помощи и содействия в случае бедствий.
2. Пострадавшее государство играет главную роль в руководстве, контроле, координации и надзоре за такой экстренной помощью и содействием.

**Статья 10****Обязанность пострадавшего государства обращаться за помощью**

В той степени, в которой масштабы бедствия превышают национальный потенциал реагирования, пострадавшее государство обязано обращаться за помощью к другим государствам, Организации Объединенных Наций, другим компетентным межправительственным организациям и соответствующим неправительственным организациям, по мере необходимости.

**Статья 11****Согласие пострадавшего государства на внешнюю помощь**

1. Предоставление внешней помощи требует согласия пострадавшего государства.
2. В согласии на внешнюю помощь нельзя отказывать произвольно.
3. Если пострадавшему государству направлено предложение об оказании помощи в соответствии с настоящими проектами статей, оно, когда это возможно, сообщает о решении, принятом по такому предложению.

**Статья 12****Предложения помощи**

При реагировании на бедствия государства, Организация Объединенных Наций и другие компетентные межправительственные организации вправе предлагать помощь пострадавшему государству. Соответствующие неправительственные организации также могут предлагать помощь пострадавшему государству.

**Статья 13****Условия оказания внешней помощи**

Пострадавшее государство может оговаривать оказание внешней помощи условиями. Такие условия соответствуют настоящим проектам статей, применимым нормам международного права и национальному законодательству пострадавшего государства. Условия учитывают выявленные потребности лиц, пострадавших от бедствий, и качество помощи. При определении таких условий пострадавшее государство указывает объем и вид запрашиваемой помощи.

**Статья 14****Облегчение оказания внешней помощи**

1. Пострадавшее государство в рамках своего национального законодательства принимает необходимые меры для облегчения оперативного и эффективного оказания внешней помощи, в частности, в отношении:

а) гражданского и военного персонала по оказанию экстренной помощи – в таких областях, как привилегии и иммунитеты, визовые и въездные требования, разрешения на работу и свобода передвижения; а также

б) товаров и оборудования – в таких областях, как таможенные требования и тарифы, налогообложение, транспорт, а также распоряжение ими.

2. Пострадавшее государство обеспечивает простой доступ к его соответствующим законам и правилам, чтобы облегчить соблюдение национального законодательства.

**Статья 15****Прекращение внешней помощи**

Пострадавшее государство и оказывающее помощь государство, а также по мере необходимости другие оказывающие помощь субъекты проводят консультации по вопросу прекращения внешней помощи и порядка ее прекращения. Пострадавшее государство, оказывающее помощь государство или другие оказывающие помощь субъекты, желающие прекратить помощь, направляют соответствующее уведомление.

**Статья 16****Обязанность уменьшать риск бедствий**

1. Каждое государство уменьшает риск бедствий, принимая необходимые и надлежащие меры, в том числе посредством законодательства и правил, в целях предотвращения бедствий, смягчения их последствий и обеспечения готовности к ним.

2. Меры по уменьшению риска бедствий включают проведение оценок риска, сбор и распространение информации о риске и прошлых потерях, а также создание и обеспечение функционирования систем раннего оповещения.

## 2. Текст проектов статей и комментариев к ним, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят пятой сессии

62. Текст проектов статей вместе с комментариями к ним, принятый в предварительном порядке Комиссией на ее шестьдесят пятой сессии, воспроизводится ниже.

### **Статья 5 bis** **Формы сотрудничества**

Для целей настоящих проектов статей сотрудничество включает в себя гуманитарную помощь, координацию международных мер и коммуникаций в области экстренной помощи, а также предоставление персонала для оказания экстренной помощи, оборудования и предметов экстренной помощи и научных, медицинских и технических ресурсов.

### **Комментарий**

1) Проект статьи 5 bis призван пояснить, какие различные формы может принимать сотрудничество между пострадавшими государствами, оказывающими помощь государствами и другими оказывающими помощь субъектами в контексте защиты людей в случае бедствий. Сотрудничество в общем плане предусмотрено в проекте статьи 5 в качестве руководящего принципа и основополагающей обязанности по данной теме, так как оно играет ключевую роль при оказании экстренной помощи в случае катастроф. Эта существенно важная роль сотрудничества диктует необходимость более подробного разъяснения, о какого рода сотрудничестве идет речь в данном контексте. Таким образом, настоящий проект статьи призван дополнительно уточнить смысл проекта статьи 5, не налагая при этом каких-либо дополнительных юридических обязательств.

2) Перечень форм сотрудничества в проекте статьи 5 bis – гуманитарная помощь, координация международной деятельности и коммуникаций в области экстренной помощи, а также предоставление персонала для оказания экстренной помощи, оборудования и предметов экстренной помощи и научных, медицинских и технических ресурсов – в общих чертах воспроизводит второе предложение пункта 4 статьи 17 окончательного проекта статей по праву трансграничных водоносных горизонтов, в котором уточняется общее обязательство сотрудничать, содержащееся в статье 7 упомянутого проекта, путем описания видов сотрудничества, необходимых в чрезвычайных ситуациях<sup>307</sup>. Второе предложение пункта 4 проекта статьи 17 гласит:

"Содействие может включать координацию международных чрезвычайных мер и сообщений, направление подготовленного для действий в чрезвычайных ситуациях персонала, предоставление специального оборудования и припасов, экспертную научно-техническую помощь и гуманитарную помощь"<sup>308</sup>.

В силу того что вышеприведенное положение было специально разработано для похожей ситуации, т.е. необходимости сотрудничать в случае чрезвычайной ситуации, затрагивающей трансграничный водоносный горизонт, Комиссия посчитала данную формулировку полезной отправной точкой для разработки

<sup>307</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10), Глава IV.E, пункты 53–54.*

<sup>308</sup> Там же.

проекта статьи 5 bis. Вместе с тем текст статьи 5 bis был скорректирован, чтобы лучше подходить для контекста и цели настоящего проекта статей и предусматривать основные области сотрудничества, охватываемые международными договорами, касающимися реагирования на бедствия. Похожие формулировки содержатся в Декларации АСЕАН о взаимной помощи в случае стихийных бедствий от 26 июня 1976 года, предусматривающей, что "государства-члены в рамках своих возможностей сотрудничают в совершенствовании каналов связи для оповещения о бедствиях, обмена экспертами и стажерами, обмена информацией и документами, распределения материалов медицинского назначения, услуг и предметов чрезвычайной помощи"<sup>309</sup>. Аналогичным образом при описании областей, в которых Организации Объединенных Наций следовало бы брать на себя координирующую роль и поощрять сотрудничество, в резолюции 46/182 Генеральной Ассамблеи содержится призыв к координации, в том что касается "специалистов и групп технических специалистов, а также предметов снабжения, оборудования, и услуг..."<sup>310</sup>.

3) Проект статьи 5 bis начинается со слов о том, что формы сотрудничества определяются "для целей настоящего проекта статей". Из этого следует, что проект статьи 5 bis, который должен прочитываться в свете других проектов статей, ориентирован на цель всей темы в целом, как она постулирована в проекте статьи 2, а именно: "облегчить надлежащее и эффективное реагирование на бедствия, позволяющее удовлетворить основные потребности затрагиваемых лиц при полном уважении их прав". В контексте данной темы конечной целью обязанности сотрудничать, а следовательно и любых форм сотрудничества, о которых идет речь в проекте статьи 5 bis, является защита людей, пострадавших в результате бедствий.

4) В то время как в проекте статьи оговорены конкретные формы сотрудничества, данный перечень не является исчерпывающим, а, напротив, служит иллюстрацией основных областей, где такое сотрудничество может быть уместно в зависимости от обстоятельств. На открытость перечня указывают слова "включает в себя" и их аналоги на других официальных языках. Комиссия решила, что перечисленные формы являются основными областями, в которых сотрудничество может быть оправдано, и что эти формы достаточно обобщены, чтобы охватывать широкий спектр совместных действий. Таким образом, сотрудничество может включать в себя упомянутые виды деятельности, но не ограничивается только ими; тем самым не исключаются и другие формы сотрудничества, не перечисленные в настоящем проекте статьи, как, например, финансовая поддержка; передача технологий, охватывающая, среди прочего, спутниковые изображения; подготовка кадров; обмен информацией и проведение совместных учений и планирование.

5) Поскольку проект статьи 5 bis лишь иллюстрирует возможные формы сотрудничества, он не предназначен для создания каких-либо дополнительных правовых обязательств ни для пострадавших государств, ни для оказывающих им помощь субъектов в плане обязанности совершать некие действия. Возможные формы сотрудничества неизбежно будут зависеть от целого ряда факторов, включая, в частности, характер бедствия, потребности пострадавших лиц и потенциал пострадавших государств и оказывающих помощь субъектов. Как и в случае с самим принципом сотрудничества, формы сотрудничества в проекте статьи 5 bis призваны носить взаимный характер, ибо сотрудничество –

<sup>309</sup> ASEAN Documents Series 1976.

<sup>310</sup> Пункт 27.

это не односторонний акт, а совместная деятельность многих участников<sup>311</sup>. Поэтому проект статьи должен восприниматься не в качестве перечня действий, которые могут быть предприняты оказывающим помощь государством, а как те области, где может быть целесообразно согласование усилий как пострадавшего государства, так и оказывающих помощь субъектов посредством консультаций.

6) Кроме того, сотрудничество в упомянутых областях должно согласовываться с другими проектами статей. Например, как и в случае с проектом статьи 5, формы сотрудничества, о которых идет речь в проекте статьи 5 bis, должны соответствовать проекту статьи 9, которая предоставляет пострадавшему государству, "в силу своего суверенитета", главную роль в экстренной помощи в случае бедствий. Сотрудничество также должно соответствовать требованию о наличии согласия пострадавшего государства на внешнюю помощь (проект статьи 11), а также признанию того, что пострадавшее государство может оговорить предоставление внешней помощи надлежащими условиями, особенно в отношении выявленных потребностей лиц, пострадавших от бедствия, и качества помощи (проект статьи 13). Сотрудничество также связано с проектом статьи 14, в котором признается роль пострадавшего государства в облегчении оказания оперативной и эффективной помощи людям, пострадавшим в результате бедствия. Таким образом и поскольку проект статьи 5 bis не создает каких-либо дополнительных правовых обязательств, взаимосвязь между пострадавшим государством, оказывающим помощь государством и другими оказывающими помощь субъектами в реализации вышеупомянутых форм сотрудничества будет осуществляться в соответствии с другими положениями настоящего проекта статей.

7) Гуманитарная помощь не случайно упомянута первой среди форм сотрудничества, перечисленных в проекте статьи 5 bis, так как, по мнению Комиссии, именно этот вид сотрудничества имеет первостепенное значение в контексте экстренной помощи в случае бедствий. Вторая категория – координация международных мер и коммуникаций в области экстренной помощи – призвана быть достаточно широкой, охватывая большинство совместных действий на стадии оказания помощи в случае бедствий, и она может включать в себя координацию материально-технического обеспечения, контроль и поддержку действий и перемещений персонала и техники в чрезвычайных операциях, а также обмен и предоставление информации в связи с бедствием. Хотя в договорных документах обмен информацией часто упоминается как важная составляющая сотрудничества на этапе обеспечения готовности к бедствиям в качестве превентивной меры для снижения риска бедствий<sup>312</sup>, коммуникация и информация также важны и на этапе ликвидации последствий бедствия, чтобы следить за развитием ситуации и содействовать координации чрезвычайной помощи между различными участниками. Вопросам коммуникации и обмена информацией в контексте оказания чрезвычайной помощи в случае бедствий посвящен ряд договорных инструментов<sup>313</sup>. Под формулировкой "предоставление персонала для оказания

<sup>311</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10), пункт 331, комментарий к проекту статьи 5, пункт 6.*

<sup>312</sup> См., например, Соглашение АСЕАН о преодолении бедствий и ликвидации чрезвычайных ситуаций (26 июля 2005 года), ASEAN Documents Series 2005, p. 157 ("Соглашение АСЕАН"), статья 18, пункт 1.

<sup>313</sup> См., например, Конвенцию Тампере о предоставлении телекоммуникационных ресурсов для смягчения последствий бедствий и осуществления операций по оказанию помощи, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2296, p. 5 ("Конвенция Тампере"),

экстренной помощи, оборудования и предметов экстренной помощи и научных, медицинских и технических ресурсов" понимается предоставление всевозможных средств, необходимых для операций по ликвидации последствий катастроф. Под "персоналом" может пониматься предоставление услуг и сотрудничество между медицинскими бригадами, поисково-спасательными группами, инженерами и техническими специалистами, письменными и устными переводчиками или другими лицами, участвующими в деятельности по оказанию экстренной помощи от имени одного из соответствующих субъектов – пострадавшего государства, оказывающего помощь государству или других оказывающих помощь субъектов. Термин "ресурсы" охватывает научные, технические и медицинские экспертные навыки и знания, а также оборудование, технические средства, медикаменты или другие предметы, которые будут полезны для действий по оказанию экстренной помощи.

8) В проекте статьи 5 bis приведен перечень возможных форм сотрудничества на этапе оказания экстренной помощи, т.е. когда бедствие уже произошло. Как таковое, содержание этого проекта статьи не затрагивает любых применимых правил относительно сотрудничества на этапах, предшествующих бедствию, включая предупреждение бедствий, обеспечение готовности к ним и их митигацию.

#### **Статья 5 ter**

##### **Сотрудничество с целью уменьшения риска бедствий**

Сотрудничество распространяется на принятие мер, направленных на уменьшение риска бедствий.

#### **Комментарий**

1) Если в проекте статьи 5 bis затрагиваются различные формы, которые может принимать сотрудничество на этапе оказания экстренной помощи или этапе ликвидации последствий уже после того, как бедствие произошло, то в проекте статьи 5 ter предусматривается, что сфера применения *ratione temporis* обязанности сотрудничать, в общих словах изложенная в проекте статьи 5, охватывает также и этап действий, предшествующих бедствию. Таким образом, если в статье 5 bis говорится о реагировании на бедствия, то проект статьи 5 ter направлен на уменьшение опасности бедствия.

2) Данное положение квалифицирует упоминаемое в нем сотрудничество как связанное с "принятием мер, направленных на уменьшение риска бедствий". Данное выражение следует понимать в свете обоих пунктов проекта статьи 16, в частности пункта 2, в котором предусмотрен ряд мер, конкретно

---

статья 3 (предусматривающую "развертывание наземного и спутникового телекоммуникационного оборудования для прогнозирования, наблюдения и получения информации об опасных природных явлениях, опасностях для здоровья людей и бедствиях", а также "обмен информацией об опасных природных явлениях, опасностях для здоровья людей и бедствиях между государствами-участниками и с другими государствами, негосударственными образованиями и межправительственными организациями и распространение такой информации среди населения, особенно населения, подверженного риску"); Руководящие принципы использования военных ресурсов и средств гражданской обороны для оказания помощи в случае бедствий ("Руководящие принципы Осло") с поправками 2006 года, пункт 54. См. также соответствующие материалы в Меморандуме Секретариата, A/CN.4/590, пункты 159–72.

ты 16, в частности пункта 2, в котором предусмотрен ряд мер, конкретно нацеленных на уменьшение риска бедствия.

3) Проект статьи 5 *ter* был принят в предварительном порядке при том понимании, что его принятие не затрагивает его окончательного места в своде проектов статей, в том числе его включение вместе с проектом статьи 5 *bis* в текст нового пересмотренного проекта статьи 5. Эти вопросы были оставлены на будущее для окончательного решения на этапе завершения первого чтения проекта статей.

## **Статья 12**

### **Предложения помощи**

При реагировании на бедствия государства, Организация Объединенных Наций и другие компетентные межправительственные организации вправе предлагать помощь пострадавшему государству. Соответствующие неправительственные организации также могут предлагать помощь пострадавшему государству.

### **Комментарий**

1) В проекте статьи 12 подтверждается заинтересованность международного сообщества в защите людей в случае бедствий, которую надлежит рассматривать как дополнение к главной роли пострадавшего государства, предусмотренной в проекте статьи 9. Она является выражением принципа солидарности, который лежит в основе всего проекта статей по этой теме, и в частности принципа сотрудничества, закрепленного в статьях 5 и 5 *bis*.

2) Проект статьи 12 касается только "предложений" помощи, а не ее фактического "предоставления/оказания". Такие жесты, будь то односторонние или в ответ на просьбу о помощи, по существу носят добровольный характер и не могут рассматриваться как признание юридической обязанности оказать помощь. Равным образом, предложение помощи не создает у пострадавшего государства встречного обязательства принять эту помощь. В соответствии с основополагающим принципом суверенитета, пронизывающим весь комплекс проектов статей, пострадавшее государство вправе согласиться воспользоваться предлагаемой помощью государств или негосударственных субъектов полностью или частично либо не согласиться это сделать в соответствии со статьями 11<sup>314</sup>. Требование о том, чтобы предложения помощи делались "в соответствии с настоящими проектами статей", предполагает, среди прочего, что такие предложения не могут быть дискриминационными по своему характеру и не могут оговариваться условиями, которые являются неприемлемыми для пострадавшего государства.

3) Предложения помощи, которые соответствуют настоящим проектам статей, не могут рассматриваться как вмешательство во внутренние дела пострадавшего государства. Этот вывод согласуется с заявлением Института международного права в его резолюции 1989 года о защите прав человека и принципе невмешательства во внутренние дела государств:

"Предложение со стороны какого-либо государства, группы государств, какой-либо международной организации или беспристрастного

<sup>314</sup> См. мнения, высказанные по проекту статьи 12 в *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункты 278–283. Кроме того, см. там же, пункт 44, и A/CN.4/652, пункты 55–78.

гуманитарного органа, например Международного комитета Красного Креста, обеспечить поставки продовольствия или медикаментов другому государству, на территории которого существует серьезная угроза жизни или здоровью населения, не может рассматриваться в качестве незаконного вмешательства во внутренние дела этого государства [...]"<sup>315</sup>.

4) В проекте статьи 12 вопрос о поступающих в адрес пострадавших государств предложений помощи от третьих сторон рассмотрен путем перечисления в двух отдельных предложениях тех, от кого скорее всего будут исходить такие предложения в случае бедствия. В первом предложении перечислены государства, Организация Объединенных Наций и другие компетентные межправительственные организации, а второе касается неправительственных организаций. Комиссия приняла решение использовать в этих двух фразах разные формулировки. В первом предложении она остановила свой выбор на формулировке "вправе предлагать помощь", чтобы привлечь к этому внимание. Государства, Организация Объединенных Наций и межправительственные организации не просто правомочны предлагать помощь пострадавшему государству, но и всячески к этому побуждаются. Что касается неправительственных организаций во втором предложении, то Комиссия вместо этого остановила свой выбор на словах "также могут предлагать помощь", чтобы подчеркнуть различие с точки зрения как характера, так и юридического статуса, которое существует между этими организациями и государствами и межправительственными организациями.

5) Во втором предложении проекта статьи 12 признается важная роль таких неправительственных организаций, которые в силу своего характера, своего местонахождения и опыта хорошо подходят для оказания помощи при ликвидации последствий конкретного бедствия. Участие неправительственных и других субъектов в проведении операций по оказанию чрезвычайной помощи не является новеллой в международном праве. В Женевских конвенциях 1949 года уже предусматривалось, что в ситуациях вооруженного конфликта:

"[...] Беспристрастная гуманитарная организация, такая как Международный комитет Красного Креста, может предложить свои услуги сторонам, находящимся в конфликте"<sup>316</sup>.

Аналогичным образом Дополнительный протокол II к Женевским конвенциям предусматривает, что:

"Общества помощи, находящиеся на территории Высокой Договаривающейся Стороны, такие как организации Красного Креста (Красного Полумесяца, Красного Льва и Солнца), могут предлагать услуги с целью выполнения своих традиционных функций в отношении жертв вооруженного конфликта. Гражданское население может, даже по своей собственной инициативе, предлагать подбирать раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, и ухаживать за ними"<sup>317</sup>.

<sup>315</sup> Институт международного права, сессия, состоявшаяся в Сантьяго-де-Компостела, "Защита прав человека и принцип невмешательства во внутренние дела государств" (13 декабря 1989 года), статья 5.

<sup>316</sup> См., например, Женевскую конвенцию об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, 1949 год, United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, № 970, p. 31, статья 3 (2).

<sup>317</sup> Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера

Важный вклад неправительственных организаций, работающих исключительно с гуманитарными мотивами, в ликвидации последствий бедствий был особо отмечен Генеральной Ассамблеей в резолюции 43/131 от 8 декабря 1988 года, озаглавленной "Гуманитарная помощь жертвам стихийных бедствий и подобных чрезвычайных ситуаций", в которой Ассамблея, в частности, предложила всем пострадавшим государствам "содействовать деятельности этих организаций по оказанию гуманитарной помощи, в частности в виде продовольствия, медикаментов и медицинского обслуживания, для чего необходим доступ к жертвам" и призвала "все государства оказывать поддержку этим организациям в их деятельности по предоставлению гуманитарной помощи жертвам стихийных бедствий и подобных чрезвычайных ситуаций, где это необходимо"<sup>318</sup>.

### **Статья 13**

#### **Условия оказания внешней помощи**

Пострадавшее государство может оговаривать оказание внешней помощи условиями. Такие условия соответствуют настоящим проектам статей, применимым нормам международного права и национальному законодательству пострадавшего государства. Условия учитывают выявленные потребности лиц, пострадавших от бедствий, и качество помощи. При определении таких условий пострадавшее государство указывает объем и вид запрашиваемой помощи.

#### **Комментарий**

1) Проект статьи 13 касается установления пострадавшими государствами условий, касающихся оказания внешней помощи на их территории. Он подтверждает право пострадавших государств оговаривать такую помощь условиями в соответствии с настоящим проектом статей и применимыми нормами международного и национального права. В этой статье говорится о том, каким образом должны определяться подобные условия. Характер условий предопределяется выявленными потребностями лиц, пострадавших в результате бедствий, и качеством помощи. Статья также требует от пострадавшего государства при определении условий указывать объем и вид необходимой помощи.

2) Проект этой статьи развивает принцип, закрепленный в проекте статьи 9, где признана главная роль пострадавшего государства в руководстве, контроле, координации и надзоре за такой экстренной помощью и содействием на его территории. С помощью слов "может оговаривать условия", которые согласуются с добровольным характером оказания помощи, проект статьи 13 признает право пострадавшего государства оговаривать такую помощь условиями, желательно до того, как бедствие произошло, но также и в отношении конкретных форм помощи со стороны конкретных субъектов на этапе реагирования на бедствие. Комиссия говорит о "внешней" помощи, поскольку речь идет о помощи со стороны третьих государств или других субъектов, таких как международные организации, а не о помощи, поступающей из внутренних источников, например от национальных неправительственных организаций.

3) Проект статьи налагает ограничения на право пострадавшего государства оговаривать помощь условиями в том смысле, что это должно делаться в

(Дополнительный протокол II), 1977, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, № 17513, р. 609, статья 18 (1).

<sup>318</sup>

См. резолюцию 43/131 Генеральной Ассамблеи от 8 декабря 1988 года, пункты 4–5.

соответствии с применимыми нормами права. Во втором предложении излагается правовая основа возможного введения таких условий, а именно: "настоящий проект статей, применимые нормы международного права и национальное законодательство пострадавшего государства". Комиссия включила слова "настоящий проект статей", чтобы подчеркнуть, что все условия должны соответствовать принципам, отраженным в предыдущих и последующих статьях, дабы не повторять перечисление гуманитарных и юридических принципов, которые уже были постулированы в других местах, а именно: добрая воля, суверенитет и гуманитарные принципы, как это предусмотрено в проекте статьи 6, вкупе с гуманностью, нейтральностью, беспристрастностью и недискриминацией.

4) Ссылка на национальное законодательство подчеркивает, что внутреннее законодательство в конкретном пострадавшем районе сохраняет свою силу. Однако она не подразумевает, что должен заранее существовать какой-либо национальный закон, конкретно определяющий специфические условия, которые могут быть установлены пострадавшим государством в случае бедствия. Несмотря на отсутствие требования о наличии конкретного национального законодательства, прежде чем вводить такие условия, эти условия должны соответствовать тому внутреннему законодательству, которое уже действует в пострадавшем государстве.

5) Соблюдать применимые нормы национального права должны как пострадавшее государство, так и оказывающий помощь субъект. Пострадавшее государство может устанавливать лишь те условия, которые соответствуют законам, а оказывающий помощь субъект должен всегда соблюдать такие законы при ее оказании. Эта взаимность прямо не прописана в проекте статьи, поскольку она подразумевается более общим принципом уважения национального права. Обязанность оказывающих помощь субъектов соблюдать национальное право подтверждается действующими международными соглашениями. Например, в статье 13 (2) Соглашения АСЕАН сказано, что "участники операции по оказанию помощи уважают и выполняют все национальные законы и правила". В нескольких других международных соглашениях также содержится требование о том, чтобы оказывающие помощь субъекты уважали национальные законы<sup>319</sup> или действовали в соответствии с законодательством пострадавшего государства<sup>320</sup>.

6) Обязанность оказывающих помощь субъектов уважать национальное законодательство предполагает обязательство требовать: чтобы участники операции по оказанию экстренной помощи соблюдали национальные законы и правила пострадавшего государства<sup>321</sup>, чтобы руководитель операции по оказанию помощи обеспечивал соблюдение национальных законов и правил

<sup>319</sup> См., например, Межамериканскую конвенцию об облегчении оказания помощи в случае бедствий, 1991 год, статьи VIII и XI d); и Конвенцию о помощи в случае ядерной аварии или радиационной аварийной ситуации, 1986 год, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1457, № 24643, p. 133, статья 8 (7).

<sup>320</sup> Там же; Соглашение между правительствами государств – участников Черноморского экономического сотрудничества (ЧЭС) о взаимодействии при оказании чрезвычайной помощи и ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, 1998 год, статьи 5 и 9.

<sup>321</sup> См., например, Конвенцию о трансграничном воздействии промышленных аварий, 17 марта 1992 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2105, № 36605, p. 457, приложение X (1): "Персонал, участвующий в операциях по оказанию помощи, действует согласно соответствующим законам Стороны, обратившейся с просьбой".

пострадавшего государства<sup>322</sup> и чтобы занятый в оказании помощи персонал сотрудничал с национальными органами власти<sup>323</sup>. Обязанность уважать национальные законы и сотрудничать с властями пострадавшего государства согласуется с основополагающим принципом суверенитета государств и принципом сотрудничества.

7) Право оговаривать помощь условиями отражает признание права пострадавшего государства отказываться от нежелательной или ненужной помощи и определять, какая помощь ему требуется и когда. В третьем предложении проекта статьи поясняется, чему должны удовлетворять условия, поставленные пострадавшими государствами, а именно — они должны "учитывать" не только выявленные потребности людей, пострадавших в результате бедствий, но и качество помощи. Тем не менее глагол "учитывать" не означает того, что условия, связанные с выявленными потребностями и качеством помощи, — это единственное, чем государства могут оговаривать предоставление внешней помощи.

8) Комиссия включила прилагательное "выявленные" для указания на то, что потребности должны быть очевидны в момент постановки условий и что потребности могут меняться по мере изменения обстановки на месте и поступления дополнительной информации. Это означает, что условия не должны быть произвольными, а устанавливаются с целью защиты лиц, пострадавших от бедствия. Слово "выявленные" предполагает необходимость определенного процесса, посредством которого о таких потребностях становится известно и который может осуществляться в форме оценки потребностей, также желательно в консультации с оказывающими помощь субъектами. Вместе с тем процедура выявления потребностей не предопределена, и выбор наиболее подходящего варианта оставлен на усмотрение пострадавшего государства. Речь идет о гибком требовании, которое может быть выполнено с учетом обстоятельств бедствия и возможностей пострадавшего государства. Ни при каких обстоятельствах выявление потребностей не должно препятствовать оперативной и эффективной помощи или задерживать ее оказание. Положение, сформулированное в третьем предложении, направлено на "удовлетворение основных потребностей затрагиваемых лиц" в случае бедствия, как об этом сказано в проекте статьи 2, и должно рассматриваться в качестве дополнительной гарантии защиты прав и потребностей лиц, пострадавших от бедствия. Ссылка на "потребности" в проектах обеих статей является достаточно широкой, чтобы охватывать особые потребности женщин, детей, престарелых, инвалидов и наиболее уязвимых и находящихся в неблагоприятном положении людей и групп. Слово "качество" включено в текст для того, чтобы гарантировать пострадавшим государствам право отказываться от помощи, которая не является необходимой или может пойти во вред. Условия могут включать ограничения, продиктованные, в частности, соображениями защиты, безопасности, питания и культурной приемлемости.

10) Проект статьи 13 содержит положение о "объеме и виде запрашиваемой помощи". Это согласуется с предыдущими международными соглашениями,

<sup>322</sup> См., например, Соглашение АСЕАН, статья 13 (2): "Руководитель операции по оказанию помощи принимает все надлежащие меры к обеспечению соблюдения национальных законов и правил".

<sup>323</sup> См., например, Peter MacAlister-Smith, *Draft international guidelines for humanitarian assistance operations* (Heidelberg, Germany: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1991), para. 22 (b): "При проведении операций по оказанию гуманитарной помощи персонал, оказывающий помощь... постоянно сотрудничает с назначенным компетентным органом принимающего помощь государства".

которые содержат аналогичное положение<sup>324</sup>. Использование в настоящем времени глагола "указывает" в проекте этой статьи возлагает на пострадавшее государство ответственность за уточнение типа и объема запрашиваемой помощи, когда оно определяет условия для ее оказания. В то же время это подразумевает, что после определения условий об объеме и типе такой помощи будут поставлены в известность сторонние субъекты, которые в состоянии ее оказать, что упростит проведение консультаций. Это повысит эффективность процесса оказания помощи и обеспечит своевременное поступление соответствующей помощи тем, кто в ней нуждается.

11) Комиссия рассмотрела несколько вариантов выбора надлежащих глаголов для использования вместе с существительным "условия". Решение Комиссии использовать два разных глагола – "оговаривать" и "определять" – отражает стилистические предпочтения без какого-либо смыслового различия между ними.

## **Статья 14**

### **Облегчение оказания внешней помощи**

1. Пострадавшее государство в рамках своего национального законодательства принимает необходимые меры для облегчения оперативного и эффективного оказания внешней помощи, в частности, в отношении:

а) гражданского и военного персонала по оказанию экстренной помощи – в таких областях, как привилегии и иммунитеты, визовые и въездные требования, разрешения на работу и свобода передвижения; а также

б) товаров и оборудования – в таких областях, как таможенные требования и тарифы, налогообложение, транспорт, а также распоряжение ими.

2. Пострадавшее государство обеспечивает простой доступ к его соответствующим законам и правилам, чтобы облегчить соблюдение национального законодательства.

### **Комментарий**

1) Проект статьи 14 касается вопроса об облегчении оказания внешней помощи. Его цель заключается в обеспечении наличия в национальном законодательстве благоприятного режима для предоставления оперативной и эффективной помощи. С этой целью он дополнительно требует от пострадавшего государства обеспечения для оказывающих помощь субъектов простого доступа к его соответствующим законам и правилам.

2) Проект статьи предусматривает, что пострадавшие государства "принимают необходимые меры" для облегчения оперативного и эффективного оказания помощи. Слова "принимает необходимые меры в рамках своего национального законодательства" могут охватывать, в частности, законодательные, исполнительные и административные меры. Меры также могут включать в себя действия, принятые на основании чрезвычайного законодательства, и допустимое временное изменение или приостановку определенных национальных законов или правил, если это уместно.

<sup>324</sup> См., например, Конвенцию в Тампере, статья 4 (2): "Государство-участник, запрашивающее телекоммуникационную помощь, указывает размер и характер необходимой помощи".

Сформулировав таким образом данный проект статьи, Комиссия побуждает государства разрешать временные изъятия из применимости их национальных законов в случае бедствий и включать в свое национальное законодательство надлежащие положения, которые позволили бы избежать правовой неопределенности в критический период после бедствия, когда возникает необходимость в задействовании таких чрезвычайных положений.

3) Проект статьи содержит примеры областей, в которых национальное законодательство должно делать возможным принятие надлежащих мер. Слова "в частности" перед такими примерами указывают на то, что этот перечень не является исчерпывающим и служит иллюстрацией различных областей, где могут потребоваться положения национального законодательства, призванные содействовать оперативной и эффективной помощи.

4) В подпункте а) речь идет о персонале по оказанию экстренной помощи. Конкретное упоминание как гражданского, так и военного персонала по оказанию экстренной помощи говорит о признании Комиссией того, что военные часто играют ключевую роль при реагировании на бедствия. Под военным персоналом по оказанию экстренной помощи понимается тот персонал, который задействован в оказании гуманитарной помощи. Области, упомянутые в этом подпункте, служат ориентиром в отношении того, как можно наилучшим образом учесть потребности такого персонала. Предоставление привилегий и иммунитетов оказывающим помощь субъектам является важной мерой, которая предусмотрена во многих международных соглашениях для стимулирования помощи со стороны иностранных гуманитарных работников<sup>325</sup>. Отказ от применения или упрощение визовых и въездных требований и разрешений на работу необходимы для обеспечения оперативной помощи<sup>326</sup>. Отсутствие специального режима может приводить к ситуациям, когда работники окажутся блокированы на границе или не смогут на законных основаниях выполнять работу в критические дни после бедствия, или же будут вынуждены выезжать из страны, а затем вновь и вновь возвращаться в нее, чтобы не просрочить свои визы. Свобода передвижения означает способность работников свободно перемещаться в пределах зоны бедствия, чтобы надлежащим образом выполнять свои специально согласованные функции<sup>327</sup>. Пострадавшие государства могут ограничивать доступ к определенным чувствительным районам, не затрагивая при этом

<sup>325</sup> См., например, Рамочную конвенцию об оказании помощи в области гражданской обороны, от 22 мая 2000 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2172, № 38131, p. 213, статья 4 (5): "Принимающее государство обязуется обеспечить в рамках национального законодательства все привилегии, иммунитеты и средства, необходимые для оказания помощи".

<sup>326</sup> Лига обществ Красного Креста уже давно констатировала, что въездные требования и визы являются "процедурой, требующей значительного времени, которая часто задерживает отправку этого персонала и групп", тем самым задерживая жизненно важную помощь, которую пострадавшее государство обязано предоставить. Резолюция, принятая Советом управляющих Лиги обществ Красного Креста на его тридцать третьей сессии, Женева, 28 октября – 1 ноября 1975 года.

<sup>327</sup> См. Типовые правила для операций по оказанию помощи в случае бедствий Учебного и научно-исследовательского института Организации Объединенных Наций, *Policy and Efficacy Studies* № 8 (Sales № E.82.XV.PE/8), приложение A, правило 16, согласно которому пострадавшее государство должно предоставлять оказывающему помощь "персоналу свободу доступа к пострадавшим от бедствия районам и свободу передвижения в них, необходимые для выполнения их конкретно согласованных функций".

свободу в пределах соответствующей зоны. Неоправданное ограничение свободы передвижения персонала, занимающегося оказанием экстренной помощи, подрывает способность таких работников предоставлять помощь на гибкой основе.

5) В подпункте b) речь идет о товарах и оборудовании, под которыми понимаются всевозможные материалы, технические средства, машины, продукты питания, медикаменты и другие предметы, необходимые для операций по оказанию экстренной помощи. Комиссия считает, что эта категория также включает в себя поисковых собак, которые обычно включаются в категорию товаров и оборудования, чтобы не создавать отдельную категорию для животных. Товары и оборудование абсолютно необходимы для облегчения эффективной помощи, и национальные законы должны обладать необходимой гибкостью, чтобы учитывать потребности людей, пострадавших в результате бедствий, и гарантировать оперативную доставку таких товаров и оборудования. Должны быть предусмотрены положения об отмене или снижении таможенных требований и тарифов, а также налогов в целях сокращения расходов и предотвращения задержек с поставкой товаров<sup>328</sup>. Проволочки с доставкой могут привести к тому, что товары и оборудование быстро потеряют свою практическую полезность и обычные процедуры, призванные оградить экономические интересы государства, могут стать препятствием для доставки гуманитарного оборудования, которое способно спасти жизнь людей или обеспечить необходимую экстренную помощь.

6) Второй пункт проекта статьи требует, чтобы оказывающим помощь субъектам был предоставлен простой доступ ко всем соответствующим законам и правилам. Под словами "простой доступ" понимается удобство доступа к таким законам, так чтобы не налагать на пострадавшее государство бремя физически предоставлять эту информацию каждому из оказывающих помощь субъектов.

#### **Статья 15**

##### **Прекращение внешней помощи**

Пострадавшее государство и оказывающее помощь государство, а также в соответствующих случаях другие оказывающие помощь субъекты проводят консультации по вопросу прекращения внешней помощи и порядка ее прекращения. Пострадавшее государство, оказывающее помощь государство или другие оказывающие помощь субъекты, желающие прекратить помощь, направляют соответствующее уведомление.

##### **Комментарий**

1) Проект статьи 15 касается вопроса о прекращении внешней помощи. Положение состоит из двух предложений. В первом предложении сформулировано требование, согласно которому пострадавшее государство, оказывающее помощь государство, а также в соответствующих случаях другие оказывающие помощь субъекты должны проводить друг с другом консультации по вопросу прекращения внешней помощи, включая порядок ее прекращения. Во втором предложении установлено требование о том, чтобы стороны, желающие прекратить помощь, направляли соответствующее уведомление.

2) Когда пострадавшее государство принимает предложение о помощи, оно сохраняет за собой контроль над тем, в течение какого срока такая помощь

<sup>328</sup> Это подчеркивается в различных международных договорах. См., например, Конвенцию Тампере, статья 9 (4); см. также Соглашение АСЕАН, статья 14 b).

будет ему оказываться. В пункте 2 проекта статьи 9 прямо признано, что пострадавшее государство должно играть главную роль в руководстве, контроле, координации и надзоре за экстренной помощью и содействием на его территории. В свою очередь проект статьи 11 требует согласия пострадавшего государства на внешнюю помощь с той оговоркой, что в таком согласии нельзя отказывать произвольно. Общий смысл вышеуказанных положений заключается в том, что пострадавшее государство может отозвать свое согласие, тем самым прекратить внешнюю помощь и отменив правовой режим, в соответствии с которым эта помощь оказывается.

3) В проекте статьи 15 отражено стремление найти баланс между правом пострадавшего государства прекратить внешнюю помощь и позицией оказывающих такую помощь субъектов с целью обеспечения надлежащей защиты людей, пострадавших в результате бедствий. Таким образом, это положение не признает право лишь только пострадавшего государства прекращать помощь в одностороннем порядке. Напротив, Комиссия признает, что оказывающим помощь государствам и другим оказывающим помощь субъектам может понадобиться самим прекратить их деятельность по оказанию помощи. Поэтому проект статьи 15 сохраняет за любой стороной право прекратить помощь при том понимании, что это будет сделано в консультации, по мере необходимости, с другими государствами или субъектами.

4) Слова "оказывающие помощь субъекты" взяты из существующих договорных инструментов<sup>329</sup> для описания международных организаций и неправительственных организаций, которые обеспечивают оказание экстренной помощи и содействия в случае бедствий, при том понимании, что они будут определены в статье об использовании терминов. Проект статьи 15 разработан исходя из двустороннего сценария, но он не исключает сценарий оказания внешней помощи многими субъектами.

5) Требование о проведении консультаций отражает дух солидарности и сотрудничества, пронизывающий весь проект статей, и принцип сотрудничества, закрепленный в проектах статей 5 и 5 bis. Комиссия предполагает, что прекращение помощи может стать необходимым в силу различных причин и на различных этапах оказания помощи. Операции по оказанию экстренной помощи могут достигнуть такой стадии, когда будет вполне логично прекратить операции либо для пострадавшего государства, либо для одной или нескольких оказывающих помощь сторон. Обстоятельства, ведущие к прекращению, могут включать случаи, когда ресурсы оказывающих помощь субъектов иссякнут или когда какое-то новое бедствие потребует переключения ресурсов. Проект статьи 15 сформулирован гибко, позволяя корректировать длительность помощи в зависимости от обстоятельств, при том условии, что стороны будут проводить консультации в духе доброй воли. В любом случае проект статьи 15 следует рассматривать в свете цели проекта статей, сформулированной в проекте статьи 2; поэтому решения в отношении прекращения помощи должны приниматься с учетом потребностей лиц, пострадавших в результате бедствия, т.е. того, насколько эти потребности были удовлетворены.

<sup>329</sup> Статья 12 Руководства по внутригосударственному содействию и регулированию международной помощи при чрезвычайных ситуациях и помощи в проведении первичных восстановительных работ, принятого в ноябре 2007 года на тридцатой Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца, Женева, 26–30, 30IC/07/R4, приложение и аннотации.

6) Под словом "порядок" понимаются процедуры, которые должны соблюдаться при прекращении помощи. Хотя прекращение на взаимной основе не всегда может оказаться возможным, консультации о порядке прекращения позволят соответствующим сторонам содействовать дружественному и эффективному прекращению помощи.

7) Во втором предложении вводится требование об уведомлении от стороны, желающей прекратить внешнюю помощь. Соответствующее уведомление требуется для обеспечения известной стабильности ситуации, с тем чтобы ни одна сторона не пострадала от внезапного прекращения помощи. Это положение гибко составлено таким образом, чтобы допускать направление уведомления до процесса консультаций, во время этого процесса или после него. Процесс уведомления не оговорен никакими процедурными условиями. Тем не менее уведомление должно быть "соответствующим" в зависимости от обстоятельств уведомления, в том числе в отношении формы и сроков, и желательно заблаговременным.

## **Статья 16**

### **Обязанность уменьшать риск бедствий**

1. Каждое государство уменьшает риск бедствий, принимая необходимые и надлежащие меры, в том числе посредством законодательства и правил, в целях предотвращения бедствий, смягчения их последствий и обеспечения готовности к ним.

2. Меры по уменьшению риска бедствий включают проведение оценок риска, сбор и распространение информации о риске и прошлых потерях, а также создание и обеспечение функционирования систем раннего оповещения.

### **Комментарий**

1) В проекте статьи 16 рассматривается обязанность уменьшать риск бедствий. Проект статьи состоит из двух пунктов. В пункте 1 устанавливается основная обязанность уменьшать риск бедствий путем принятия определенных мер, а в пункте 2 содержится ориентировочный список таких мер.

2) Проект статьи 16 отражает признание необходимости охватить в проектах статей о защите людей в случае бедствий не только этап реагирования на бедствия, но также и предшествующие этапу бедствия обязанности государств. Концепция уменьшения опасности или риска бедствий берет свое начало в ряде резолюций Генеральной Ассамблеи и подвергалась дальнейшему развитию в рамках состоявшейся в Йокогаме в 1994 году Всемирной конференции по уменьшению опасности стихийных бедствий<sup>330</sup>, в принятой в 2005 году Хиогской рамочной программе действий на 2005–2015 годы<sup>331</sup> и в ходе четырех сессий Глобальной платформы по сокращению риска бедствий, последняя из которых состоялась в мае 2013 года.

<sup>330</sup> См. *Йокогамскую стратегию по обеспечению более безопасного мира: руководящие принципы предотвращения стихийных бедствий, обеспечения готовности к ним и смягчения их последствий*, A/CONF.172/9, глава I, резолюция I, приложение I.

<sup>331</sup> *Хиогская рамочная программа действий на 2005–2015 годы: Создание потенциала противодействия бедствиям на уровне государств и общин*, A/CONF.206/6 и Corr.1, глава I, резолюция 2.

3) Как было заявлено в Хиогской декларации 2005 года, "необходимо на всех уровнях, начиная с отдельной личности и кончая международным сообществом, содействовать деятельности по формированию культуры предотвращения бедствий и противодействия им, а также связанных с ними стратегий по обеспечению заблаговременной готовности к ним, инвестиции в которую являются разумными инвестициями... Сообщество людей вынуждено жить в условиях риска, опасностей, порождаемых природой. Вместе с тем мы вовсе не бессильны и способны обеспечить готовность к бедствиям и смягчить их воздействие". На четвертой сессии Глобальной платформы по уменьшению опасности бедствий, состоявшейся в 2013 году, Председатель в заключительном слове обратил внимание "на растущее признание того, что предотвращение и уменьшение опасности бедствий является юридическим обязательством, охватывающим оценку риска, создание систем раннего оповещения и право на доступ к информации о рисках".

4) Норма, закрепленная в проекте статьи 16, опирается на источники права, перечисленные в пункте 1 статьи 38 Статута Международного Суда. Комиссия исходит из основных принципов суверенитета государств и невмешательства и одновременно опирается на принципы международного права прав человека, включая обязательство государств уважать, защищать и осуществлять права человека, в частности право на жизнь. Защита не только касается действительных нарушений прав человека, но и налагает на государства позитивное обязательство принимать необходимые и надлежащие меры, призванные предотвращать такие нарушения независимо от источника угрозы. Это подтверждается решениями международных трибуналов, в частности решениями Европейского суда по правам человека по делам *Онерйылдыз против Турции*<sup>332</sup> и *Будаева и др. против России*<sup>333</sup>, которые закрепили обязанность принимать превентивные меры. Наряду с этим проект статьи 16 опирается на ряд принципов международного экологического права, включая принцип "должной заботливости".

5) Важным правовым основанием проекта статьи 16 является широко распространенная практика государств, отражающая их приверженность задаче уменьшения риска бедствий. Многие государства заключили многосторонние, региональные и двусторонние соглашения, касающиеся уменьшения опасности бедствий, включая Соглашение АСЕАН<sup>334</sup>, Пекинский план действий по уменьшению опасности бедствий в Азии (2005 год); Декларацию Дели по уменьшению опасности бедствий в Азии (2007 год); Декларацию Куала-Лумпур по уменьшению опасности бедствий в Азии (2008 год); четвертую Азиатскую конференцию министров по уменьшению опасности бедствий 2010 года, приведшую к принятию Инчхонской декларации 2010 года по снижению рисков бедствий в Азиатско-Тихоокеанском регионе, Инчхонской региональной дорожной карты по снижению рисков бедствий посредством адаптации к изменению климата в Азиатско-Тихоокеанском регионе, где подтверждается Рамочная программа действий и предлагаются азиатские инициативы в области адаптации к изменению климата и уменьшения риска бедствий с учетом

<sup>332</sup> Европейский суд по правам человека, *Онерйылдыз против Турции*, Большая палата, дело № 48939, постановление от 30 ноября 2004 года.

<sup>333</sup> Европейский суд по правам человека, *Будаева и др. против России*, Палата (первая секция), дела № 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 и 15343/02, постановление от 20 марта 2008 года.

<sup>334</sup> Это соглашение стало первым международным договором по вопросам уменьшения опасности бедствий после принятия Хиогской рамочной программы действий.

факторов уязвимости региона<sup>335</sup>; Африканскую региональную стратегию по уменьшению опасности бедствий 2004 года, принятую Африканским союзом, за которой последовала программа действий по ее осуществлению (первоначально на период 2005–2010 годов, но позднее она была продлена до 2015 года)<sup>336</sup>; четыре сессии Африканской региональной платформы по уменьшению опасности бедствий, последняя из которых состоялась в 2013 году<sup>337</sup>; Арабскую стратегию по уменьшению опасности бедствий на период до 2020 года, принятую Советом министров арабских стран по вопросам окружающей среды на его двадцать второй сессии в декабре 2010 года<sup>338</sup>; и, наконец, Найритское коммюнике по направлениям действий в целях укрепления потенциала уменьшения опасности бедствий в Северной и Южной Америке (2011 года)<sup>339</sup>.

6) Признание этого обязательства также подтверждается включением государствами мер по снижению риска бедствий в их национальную политику и нормативную базу. Как показывает подборка национальных докладов о ходе осуществления Хиогской программы<sup>340</sup>, о наличии специальной политики по вопросам уменьшения риска бедствий сообщили 64 государства или района, равномерно распределенных по всем континентам и регионам, включая зоны, наиболее подверженные бедствиям. Таковыми являются: Алжир, Ангилья, Аргентина, Армения, Бангладеш, Боливия (Многонациональное Государство), Бразилия, Британские Виргинские Острова, бывшая югославская Республика Македония, Вануату, Венесуэла (Боливарианская Республика), Гана, Гватемала, Германия, Гондурас, Грузия, Доминиканская Республика, Индия, Индонезия, Италия, Кабо-Верде, Канада, Кения, Колумбия, Коста-Рика, Кот д'Ивуар, Куба, Лаосская Народно-Демократическая Республика, Ливан, Маврикий, Мадагаскар, Малави, Малайзия, Мальдивские Острова, Марокко, Маршалловы Острова, Мексика, Мозамбик, Монголия, Непал, Нигерия, Никарагуа, Новая Зеландия, Норвегия, Объединенная Республика Танзания, Острова Кука, Панама, Парагвай, Перу, Польша, Самоа, Сенегал, Сент-Китс и Невис, Сент-Люсия, Сирийская Арабская Республика, Соединенные Штаты, Таиланд, Фиджи, Финляндия, Чили, Швейцария, Швеция, Шри-Ланка и Япония. Недавно секретариат Международной стратегии Организации Объединенных Наций по уменьшению опасности бедствий (МСУОБ) сообщил о том, что 76 государств приняли национальные платформы, определяемые в качестве "координационного механизма, обеспечивающего интеграцию мер по уменьшению опасности бедствий в политику, планирование и программы в области развития" с целью осуществления стратегий по уменьшению риска бедствий<sup>341</sup>. Несколько стран приняли законодательные акты, непосредственно касающиеся уменьшения опасности бедствий, либо в виде отдельных законов, либо как часть более обширного законодательства, охватывающего как

<sup>335</sup> Текст Декларации см. по ссылке [http://www.preventionweb.net/files/16327\\_finalincheondeclaration1028.pdf](http://www.preventionweb.net/files/16327_finalincheondeclaration1028.pdf).

<sup>336</sup> *Расширенная программа действий по осуществлению Африканской региональной стратегии по уменьшению опасности бедствий (2006–2015 годы)*, Введение.

<sup>337</sup> МСУОП, "Africa seeks united position on disaster risk reduction", 13 February 2013. Доступно по ссылке <http://www.unisdr.org/archive/31224>.

<sup>338</sup> Текст стратегии см. по ссылке [http://www.unisdr.org/files/18903\\_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf](http://www.unisdr.org/files/18903_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf).

<sup>339</sup> Текст коммюнике см. по ссылке [http://www.unisdr.org/files/18603\\_communiqueenayarit.pdf](http://www.unisdr.org/files/18603_communiqueenayarit.pdf).

<sup>340</sup> Хиогская рамочная программа действий на 2009–2011 годы, приоритет 1, основной показатель 1.1.

<sup>341</sup> Перечень государств, принявших национальные платформы, см. по ссылке <http://www.unisdr.org/partners/countries>.

управление рисками, так и реагирование на бедствия, в частности: Алжир<sup>342</sup>, Камерун<sup>343</sup>, Китай<sup>344</sup>, Доминиканская Республика<sup>345</sup>, Сальвадор<sup>346</sup>, Эстония<sup>347</sup>, Франция<sup>348</sup>, Гватемала<sup>349</sup>, Гаити<sup>350</sup>, Венгрия<sup>351</sup>, Индия<sup>352</sup>, Индонезия<sup>353</sup>, Италия<sup>354</sup>, Мадагаскар<sup>355</sup>, Намибия<sup>356</sup>, Новая Зеландия<sup>357</sup>, Пакистан<sup>358</sup>, Перу<sup>359</sup>, Филиппины<sup>360</sup>, Республика Корея<sup>361</sup>, Словения<sup>362</sup>, Южная Африка<sup>363</sup>, Таиланд<sup>364</sup> и Соединенные Штаты<sup>365</sup>.

7) Проект статьи 16 следует толковать вместе с общеприменимыми правилами, принятыми к настоящему времени, включая и те, которые главным образом связаны с реагированием на бедствие. Окончательное место для этого проекта статьи в принятом в первом чтении своде проектов статей будет определено на заключительном этапе этого первого чтения.

### Пункт 1

8) Пункт 1 начинается со слов "Каждое государство". Комиссия отдала предпочтение этой формулировке по сравнению со словом "Государства" в интересах обеспечения единообразия с ранее принятыми проектами статей, чтобы выделить государство или государства, которые несут обязанность

- <sup>342</sup> Algeria, Risk Prevention and Disaster Management Act of 25 December 2004.  
<sup>343</sup> Cameroon, Arrêté № 037/PM du 19 mars 2003 portant création, organisation et fonctionnement d'un Observatoire National des Risques.  
<sup>344</sup> China, Disaster Prevention and Response Act (2002).  
<sup>345</sup> Dominican Republic, Decree № 874-09 approving the Regulation for the application of Law № 147-02 on Risk Management and repealing Chapters 1, 2, 3, 4 and 5 of Decree № 932-03 (2009).  
<sup>346</sup> El Salvador, Law on Civil Protection, Disaster Prevention and Disaster Mitigation (2005).  
<sup>347</sup> Estonia, Emergency Preparedness Act (2000).  
<sup>348</sup> France, Law № 2003-699 regarding the prevention of technological and natural risks and reparation of damages (2003).  
<sup>349</sup> Guatemala, Decree № 109-96, Law on the National Coordinator for the Reduction of Natural or Man-made Disasters (1996).  
<sup>350</sup> Haiti, National Risk and Disaster Management Plan (1988).  
<sup>351</sup> Hungary, Act LXXIV on the management and organization for the prevention of disasters and the prevention of major accidents involving dangerous substances (1999).  
<sup>352</sup> India, Disaster Management Act, № 53 (2005).  
<sup>353</sup> Indonesia, Law № 24 of 2007 Concerning Disaster Management.  
<sup>354</sup> Italy, Decree of the Prime Minister to establish a national platform for disaster risk reduction (2008).  
<sup>355</sup> Madagascar, Decree № 2005-866 setting out the manner of application of Law № 2003-010 of 5 September 2003 on the national risk and disaster management policy (2005).  
<sup>356</sup> Namibia, Disaster Risk Management Act (2012).  
<sup>357</sup> New Zealand, National Civil Defence Emergency Management Plan Order 2005 (SR 2005/295), part 3.  
<sup>358</sup> Pakistan, National Disaster Management Act (2010). See also the official statement of the Government of Pakistan at the third session of the Global Platform for Disaster Risk Reduction, in 2011, available from <http://www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstatement.pdf>.  
<sup>359</sup> Peru, Law № 29664 creating the National System for Disaster Risk Management (2011).  
<sup>360</sup> The Philippines, Philippine Disaster Risk Management Act (2006).  
<sup>361</sup> Republic of Korea, National Disaster Countermeasures Act (1995); National Disaster Management Act (2010).  
<sup>362</sup> Slovenia, Act on the Protection against Natural and Other Disasters (2006).  
<sup>363</sup> South Africa, Disaster Management Act № 57 of 2002.  
<sup>364</sup> Thailand, Disaster Prevention and Mitigation Act (2007).  
<sup>365</sup> United States, Disaster Mitigation Act (2000).

принимать меры. В отличие от тех проектов статей, которые имеют прямое отношение к реагированию на бедствие, где проводится различие между затронутым государством или государствами и другими государствами, этап, предшествующий бедствию, применяется к каждому государству. Кроме того, из пункта 2 вытекает, что обязательство по уменьшению опасности подразумевает меры, принимаемые главным образом на внутригосударственном уровне. Любые такие меры, требующие взаимодействия между государствами или с другими международными субъектами будут охвачены статьей 5 ter. Иными словами, данное обязательство применяется отдельно к каждому государству. Поэтому Комиссия приняла решение не использовать слово "Государства", для того чтобы избежать отсылки к коллективному обязательству.

9) Слово "shall" означает существование международного юридического обязательства действовать так, как это описано в этом пункте, и это наиболее точное средство передать на английском языке модальность этого юридического обязательства. Это подтверждается названием проекта статьи, где речь идет об "обязанности" уменьшать риск бедствий. Хотя каждое государство имеет одно и то же обязательство, вопрос о разном уровне потенциала государств для осуществления этого обязательства решается с помощью слов "принимая необходимые и надлежащие меры".

10) Обязательство заключается в "уменьшении риска бедствий"<sup>366</sup>. В этой связи Комиссия отмечает существование языковой разницы, связанной с официальным переводом в Организации Объединенных Наций на французский язык термина "уменьшение риска бедствий" (УРБ). Комиссия приняла данную формулу в знак признания того факта, что современный подход международного сообщества, как он нашел свое выражение в некоторых важных документах и в самое последнее время – в опубликованной в 2005 году Хиогской декларации Всемирной конференции по уменьшению опасности бедствий, – указывает на то, что основное внимание должно быть сосредоточено на уменьшении опасности вреда, вызываемого опасным явлением, что отличается от предотвращения самих бедствий. Поэтому упор в пункте 1 сделан на уменьшении риска бедствий. Это достигается посредством принятия некоторых мер в целях предотвращения бедствий, смягчения их последствий и обеспечения готовности к ним.

11) Слова "принимая необходимые и надлежащие меры" указывают на то, что требуется конкретное поведение. Наряду с дальнейшим указанием относительно законодательства и правил, объясняемого в пункте 13) ниже, слово "меры" квалифицируется словами "необходимые" и "надлежащие", которые согласуются с общей практикой. То, что может быть необходимо и надлежаще в любом конкретном случае, должно пониматься с точки зрения объявленной цели мер, которые должны быть приняты, а именно "предотвращение бедствий, смягчение их последствий и обеспечение готовности к ним", с тем чтобы уменьшить риск. Это должно оцениваться в более широком контексте существующих возможностей и наличия ресурсов данного государства, как это было отмечено в пункте 8) выше. Фундаментальное требование должной заботливости связано с концепцией "необходимых" и "надлежащих". Следует также понимать, что в этой формулировке подразумевается вопрос об эффективности мер.

<sup>366</sup> Комиссия отмечает существование языковых отличий, связанных с официальным переводом в Организации Объединенных Наций термина "уменьшение риска бедствий" (УРБ) на французский язык.

12) С помощью слов "в том числе посредством законодательства и правил" в пункте указывается на конкретный контекст, в котором должны приниматься соответствующие меры. Планируемый результат состоит из ряда конкретных мер, которые обычно принимаются в контексте законодательного или нормативного регулирования. Соответственно, для тех государств, которые еще не создали такую основу, общее обязательство уменьшения риска бедствий должно также включать обязательство создания такой основы, с тем чтобы сделать возможным принятие "необходимых и надлежащих" мер. Слова "законодательство и правила" следует понимать в широком смысле, с тем чтобы охватить как можно больше проявлений закона при общем признании того, что такие основанные на законах меры представляют собой наиболее общий и эффективный способ облегчения (отсюда слово "посредством") принятия мер по уменьшению риска бедствий на национальном уровне.

13) Квалификатор "в том числе" указывает на то, что, хотя "законодательство и правила" могут быть основными методами, могут существовать и другие схемы (включая административное законодательство), в соответствии с которым могут приниматься такие меры. Слово "в том числе" было избрано, с тем чтобы избежать толкования, что принятие и осуществление конкретного законодательства и правил будет всегда требоваться. Это оставляет каждому государству свободу определения применимой юридической основы, при том понимании, что наличие юридической основы, которая предполагает принятие "необходимых и надлежащих мер", является *sine qua non* уменьшения риска бедствий. Использование в английском тексте определенного артикля "the" перед словом "необходимых" выполняет, таким образом, функцию конкретного указания на то, что речь идет не просто об общих мерах, а о конкретных мерах, нацеленных на предотвращение бедствий, смягчение их последствий и обеспечение готовности к ним.

14) С помощью слов "посредством законодательства и правил" делается ссылка на необходимость обеспечения того, чтобы механизмы осуществления и ответственности за неисполнение определялись во внутренней юридической системе. Поскольку эти вопросы, несмотря на их важность, не являются единственными вопросами, которые могут быть предметом законодательства и правил в области уменьшения риска бедствий, выделение их в тексте пункта 1 могло бы привести к отсутствию ясности.

15) Последняя клаузула, а именно "предотвращение бедствий, смягчение их последствий и обеспечение готовности к ним", служит для описания цели "необходимых и надлежащих" мер, которые государства должны принимать на этапе, предшествующем бедствию, с конечной целью уменьшить риск бедствий. Фраза повторяет широко признанную ныне формулу, используемую в важнейших инструментах, посвященных уменьшению опасности бедствий. Комиссия признала тот факт, что принятие другой формулировки могло в результате привести к ненамеренному толкованию *a contrario* в вопросе о том, какого рода виды деятельности предполагаются в этом проекте статьи.

16) В целях иллюстрации значения каждого из трех используемых терминов: предотвращения, смягчения последствий и обеспечения готовности Комиссия считает целесообразным использовать терминологию по снижению риска бедствий, подготовленную МСУОБ<sup>367</sup> в 2009 году, согласно которой:

<sup>367</sup> См. <http://www.unisdr.org/we/inform/terminology>.

- i) "*Предотвращение* – это "полное предупреждение отрицательного воздействия угроз и взаимосвязанных бедствий..."

Термином предотвращение (т.е. предотвращение бедствий) обозначаются концепция и намерение, позволяющие полностью избежать потенциально отрицательного воздействия посредством принятия заблаговременных мер... Очень часто полностью избежать потерь бывает невозможно, в этом случае предотвращение превращается в митигацию. Отчасти по этой причине термины предотвращение и митигация неспециалисты иногда используют как взаимозаменяемые".

- ii) "*Митигация* (смягчение последствий) – это "уменьшение или ограничение отрицательного воздействия угроз и связанных с ними бедствий..."

Порой невозможно полностью предотвратить отрицательное воздействие угроз, однако с помощью различных стратегий и мер мы можем существенно уменьшить их масштаб и интенсивность... Следует отметить, что в стратегии в отношении окружающей среды дается другое определение понятию "митигации". В данном контексте этот термин означает сокращение выбросов парникового газа, которые служат причиной изменения климата"<sup>368</sup>.

- iii) "*Готовность* – это "знания и потенциал государственных структур, профессиональных организаций, занимающихся реагированием и восстановлением, сообществ и отдельных лиц, которые помогают предвосхищать, реагировать и ликвидировать последствия вероятных, неизбежных или уже имеющих место опасных событий или условий..."

Мероприятия по обеспечению готовности осуществляются в контексте управления риском бедствий и направлены на укрепление потенциала, необходимого для эффективного управления при любых чрезвычайных ситуациях и для обеспечения организованного перехода от реагирования к работе по устойчивому восстановлению. Готовность основывается на тщательном анализе риска бедствий и эффективном сочетании с системами раннего оповещения... [Эти мероприятия] должны официально поддерживаться за счет институционального, правового и бюджетного потенциала".

## Пункт 2

17) В пункте 2 перечислены три категории мер по уменьшению опасности бедствий, а именно: проведение оценок риска, сбор и распространение информации о риске и прошлых потерях, а также создание и обеспечение функционирования систем раннего оповещения. Как было отмечено в пункте 3), эти три меры были подчеркнуты в резюме председательствующего на сессии Глобальной платформы по уменьшению опасности бедствий, состоявшейся в мае 2013 года. Комиссия приняла решение непосредственно перечислить три примера, отражающих наиболее явные виды современных усилий по уменьшению риска бедствий. Слово "включают" служит указанием на то, что

<sup>368</sup> Комиссия осознает несогласованность официального использования Организацией Объединенных Наций термина "митигация/смягчение последствий" на английском и французском языках.

этот список не является исчерпывающим. Перечисление этих трех мер не наносит ущерба другим видам деятельности по уменьшению риска бедствий, которые осуществляются в настоящее время или могут быть предприняты в будущем.

18) Практические меры, которые могут быть приняты, бесчисленны и зависят от социальных, экологических, финансовых, культурных и других соответствующих обстоятельств. Практика в государственном и частном секторах содержит множество примеров. Среди них можно назвать: готовность и просвещение на уровне общин; создание институциональных рамок; планирование на случай чрезвычайных обстоятельств; создание механизмов мониторинга; контроль землепользования; строительные стандарты; управление экосистемами; дренажные системы; финансирование и страхование.

19) Три последовательные меры, отобранные в пункте 2, отличаются одной особенностью; они способствуют развитию и применению многих, если не всех других мер, например в принятии решений, определении приоритетов или инвестиционного планирования как в государственном, так и в частном секторе.

20) Первая мера – *оценки риска* – связана с накоплением знаний в отношении вредных последствий и уязвимости. Как таковая, она является первым шагом в направлении принятия разумных мер по уменьшению риска бедствий. Без достаточно глубокого понимания обстоятельств, окружающих бедствия и их характеристики, никакие эффективные меры не могут быть осуществлены. Оценка риска приводит к необходимости более внимательного ознакомления с местными условиями и участия местных общин.

21) Вторая мера – *сбор и распространение информации о риске и прошлых потерях* – является следующим шагом. Уменьшение риска бедствий требует действий всех субъектов в государственном и частном секторах и в гражданском обществе. Сбор и распространение информации должны приводить к свободному доступу к информации о риске и прошлых потерях, что позволяет предпринимать эффективные действия. Это позволяет всем заинтересованным сторонам принимать ответственность за свои действия и лучше выстраивать приоритеты для целей планирования; это усиливает также транспарентность в транзакциях и в публичной проверке и контроле. Комиссия хотела бы подчеркнуть желательность распространения и свободного доступа к информации о риске и прошлых потерях, поскольку она является отражением преобладающих тенденций в пользу важности публичного доступа к такой информации. Хотя и признавая важность этой тенденции, Комиссия считала, что она найдет более выгодное место в комментарии, а не в корпусе пункта 2, поскольку превращение ее в единообразное юридическое требование может оказаться трудным делом для государств.

22) Третья мера касается *систем раннего оповещения*, необходимых для задействования и осуществления планов чрезвычайных действий, ограничивая тем самым подверженность опасным и вредным факторам; как таковые они являются предпосылкой обеспечения эффективной готовности и реагирования.

23) Как было уже объяснено в пункте 11), пункт 2 касается принятия планируемых мер внутри государства. Любой межгосударственный компонент покрывается обязанностью сотрудничать в статье 5, трактуемой одновременно со статьей 5 ter. Соответственно, объем любой международно-правовой обязанности, имеющей отношение к любой из перечисленных или не перечисленных мер, которые могут быть приняты в целях уменьшения риска бедствий, должен определяться соответствующими конкретными соглашениями или договоренностями, в которые вступает каждое государство с другими

ностями, в которые вступает каждое государство с другими субъектами, с которыми оно обязано сотрудничать.

## Глава VII

### Формирование и доказательство существования международного обычного права

#### A. Введение

63. На своей шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) Комиссия постановила включить тему "Формирование и доказательство существования международного обычного права" в свою программу работы и назначила г-на Майкла Вуда Специальным докладчиком<sup>369</sup>. На той же сессии Комиссии была представлена записка Специального докладчика (A/CN.4/653)<sup>370</sup>. На той же сессии Комиссия также обратилась к Секретариату с просьбой подготовить меморандум, в котором указывались бы элементы результатов предыдущей работы Комиссии, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме<sup>371</sup>.

#### B. Рассмотрение темы на данной сессии

64. На данной сессии на рассмотрение Комиссии был внесен первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/663), а также меморандум Секретариата по данной теме (A/CN.4/659). Комиссия рассмотрела доклад на своих 3181–3186-м заседаниях 17–25 июля 2013 года.

65. На своем 3186-м заседании 25 июля 2013 года Комиссия решила поменять название темы на "Идентификация международного обычного права".

##### 1. Представление Специальным докладчиком первого доклада

66. Первый доклад, имеющий вводный характер, был призван заложить основу для будущей работы и обсуждений по данной теме и в общих чертах описывал предлагаемый Специальным докладчиком подход к ней. В докладе, среди прочего, был представлен краткий обзор предыдущей работы Комиссии, имеющей отношение к данной теме, и приводились некоторые мнения, высказанные делегатами в Шестом комитете во время шестьдесят седьмой сессии Генеральной Ассамблеи. В нем также обсуждались сфера охвата и возможные результаты рассмотрения данной темы и освещались некоторые вопросы, касающиеся международного обычного права как источника права. Далее в нем описывались различные категории материалов для дальнейшего изучения, а также предлагаемая программа будущей работы Комиссии по этой теме.

<sup>369</sup> На своем 3132-м заседании 22 мая 2012 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10* (A/67/10), пункт 157). Генеральная Ассамблея в пункте 7 своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года с признательностью приняла к сведению решение Комиссии включить данную тему в свою программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии во время ее шестьдесят третьей сессии (в 2011 году) на основании предложения, которое содержится в приложении А к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10* (A/66/10), стр. 365–375).

<sup>370</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10* (A/67/10), пункты 157–202.

<sup>371</sup> Там же, пункт 159.

67. Представляя свой доклад, Специальный докладчик отметил, что при рассмотрении данной темы важно учитывать практику государств, представляющих все правовые системы и регионы мира, и назвал полезным обмен мнениями между Комиссией и другими органами, а также более широкими научными кругами. Специальный докладчик также выразил уверенность в том, что подготовленный Секретариатом меморандум с описанием элементов предыдущей работы Комиссии, которые могут иметь особое значение для рассматриваемой темы, послужит в дальнейшем существенным подспорьем в работе. Так, важными ориентирами для будущей работы Комиссии станут включенные в меморандум замечания и пояснительные примечания.

68. Специальный докладчик отметил, что прекрасно осознает свойственные данной теме сложности и необходимость подходить к ней с осторожностью, в частности для того, чтобы обеспечить сохранение гибкости обычно-правового процесса. Он напомнил, что ни рассмотрение международного обычного права по существу, ни разрешение чисто теоретических споров об основах обычного права не входят в поставленную задачу. Вместо этого Специальный докладчик предложил Комиссии сосредоточиться на выработке выводов о выявлении норм международного обычного права с комментариями к ним. Представляется, что такой результат будет иметь практическую ценность для судей и юристов, в частности тех, которые, возможно, не обладают глубокими знаниями в области международного публичного права.

69. В свете предложения уделить основное внимание методу выявления обычных норм, а также учитывая, что упоминаемое в нынешнем названии темы слово "формирование" вызвало некоторую путаницу по поводу сферы охвата темы, Специальный докладчик предложил изменить название на "Идентификацию международного обычного права". Даже если название будет изменено, в круг задач Комиссии, тем не менее, предлагается включить рассмотрение условий для формирования норм международного обычного права, а также материальных свидетельств существования таких норм, поскольку и те, и другие необходимы для установления факта существования нормы международного обычного права. Специальный докладчик еще раз подчеркнул, что предпочел бы не рассматривать *jus cogens* применительно к сфере охвата настоящей темы.

70. Говоря о международном обычном праве как источнике международного права, Специальный докладчик сначала обратился к пункту 1 статьи 38 Статута Международного Суда, поскольку он содержит авторитетный перечень источников международного права. Затем Специальный докладчик коснулся взаимосвязи между международным обычным правом и другими источниками международного права. Констатируя, что взаимосвязь международного обычного права с договорами представляет большую практическую важность, он также отметил, что она сравнительно хорошо изучена. Не столь очевидной, по его мнению, является взаимосвязь между международным обычным правом и общими принципами права, и она требует тщательного рассмотрения Комиссией. Затем, обратив внимание на важность единообразия в терминологии, он предложил посвятить один из выводов употреблению терминов.

71. В докладе был также представлен иллюстративный перечень материалов, имеющих значение для рассмотрения темы. Отобранные материалы, не претендуя на полноту, предположительно отражают общий подход к вопросу о формировании и доказательстве существования международного обычного права. Вкратце ознакомившись с некоторыми материалами по практике государств, а также прецедентным правом Международного Суда и других судов и трибуналов, Специальный докладчик предварительно отметил, что, несмотря на некоторые разночтения, практически во всех изученных

которые разночтения, практически во всех изученных материалах подчеркивается, что условиями для формирования нормы международного обычного права является как практика государств, так и *opinio juris*. Он также отметил, что интерес может представлять работа по данной теме других органов, таких как Ассоциация международного права, Институт международного права и Международный комитет Красного Креста, а также последующие обсуждения и специальная литература.

72. Специальный докладчик отметил, что, хотя приведенные в докладе проекты двух выводов отражают его видение результатов работы Комиссии, он считает преждевременным передавать их в Редакционный комитет. Вместо этого он хотел бы провести неофициальные консультации в целях достижения консенсуса по поводу названия темы и целесообразности рассмотрения *jus cogens*.

## **2. Краткое изложение прений**

### **а) Общие замечания**

73. По общему мнению, работа Комиссии может внести столь необходимую ясность в процесс выявления норм международного обычного права. Широкую поддержку получило предложение разработать свод выводов с комментариями, ибо такой практический результат послужит ориентиром для юристов и судей, не являющихся экспертами в области международного публичного права. Члены Комиссии подчеркнули, что международное обычное право остается крайне актуальной областью, несмотря на широкое распространение договоров и кодификацию целого ряда отраслей международного права. В то же время, по общему мнению Комиссии, работа по данной теме не должна иметь чрезмерно предписывающий характер, поскольку важнейшим принципом остается гибкость обычно-правового процесса. Было подчеркнуто, что формирование международного обычного права представляет собой непрерывный процесс, который не прекращается с возникновением определенной нормы.

74. Некоторые члены Комиссии указали на необходимость определить, какой дополнительный вклад может внести Комиссия в изучение данной темы, и провести различие между работой по данной теме и предыдущей работой Комиссии и других структур. В этой связи было отмечено, что важно отграничить работу Комиссии от аналогичной работы, предпринятой Ассоциацией международного права, и пояснить, какие пробелы в рассмотрении темы намерена устранить Комиссия.

75. Ряд членов Комиссии отметили трудности и сложности, характерные для данной темы. Было высказано мнение, что неопределенности, связанные с выявлением международного обычного права, повлекли за собой правовую неясность и нестабильность, а также конъюнктурную и заведомо некорректную аргументацию по поводу существования нормы обычного международного права. В этой связи предложенные усилия по прояснению процесса идентификации нормы международного обычного права были встречены с общим одобрением.

### **б) Сфера охвата темы**

76. Проблемным вопросом, который предшествовал обсуждению сферы охвата темы, было ее название. Несколько членов Комиссии согласились с предложением Специального докладчика изменить название с "Формирование и доказательство существования международного обычного права" на "Идентификация международного обычного права", хотя при этом несколько членов высказались за сохранение существующего названия. Ряд членов Комиссии предложили альтернативные названия, в том числе "Доказательство

ложили альтернативные названия, в том числе "Доказательство существования международного обычного права", "Определение международного обычного права" и т.д. Было также высказано мнение о том, что Комиссии нецелесообразно обращаться к теоретическим аспектам, связанным с "формированием", и поэтому данное слово следует исключить из названия. В итоге возобладало мнение о том, что даже в случае изменения названия сфера охвата темы все равно должна включать как аспекты формирования, так и доказательства существования обычного международного права.

77. По общему мнению, основная направленность работы Комиссии должна заключаться в разъяснении общего подхода к выявлению формирования и доказательства международного обычного права. Разногласия, однако, вызвал вопрос о том, какую относительную значимость при рассмотрении следует придавать "формированию" и "доказательству существования". Некоторые члены Комиссии усомнились в том, что по большей части академические или теоретические вопросы, касающиеся формирования международного обычного права, являются необходимыми или значимыми для работы Комиссии по данной теме. Было высказано мнение, что формирование и доказательство существования являются диаметрально противоположными понятиями, поскольку первое имеет отношение к протекающим во времени динамическим процессам, а последнее — к состоянию права в определенный момент. По мнению нескольких членов Комиссии, процесс формирования невозможно отделить от доказательств, необходимых для установления существования нормы.

78. Несколько членов Комиссии согласились с предложением не заниматься изучением *jus cogens* в рамках темы. По замечанию ряда членов Комиссии, императивные нормы имеют свои особенности в плане формирования и доказательства. Установление факта существования нормы международного обычного права представляет собой существенно иной вопрос, чем определение того, обладает ли такая норма дополнительной характерной чертой, заключающейся в недопустимости отступления от нее посредством договора. Было также указано, что было представлено предложение о возможном включении в программу работы новой темы, посвященной *jus cogens*. Другие члены Комиссии предложили рассматривать *jus cogens* в составе настоящей темы, поскольку взаимосвязь между двумя понятиями является весьма существенной и требует изучения. Некоторые члены Комиссии отметили, что было бы полезно рассмотреть вопрос об иерархии источников международного права, включая договорное право и *jus cogens*.

79. Несколько членов Комиссии согласились с предложением Специального докладчика изучить взаимосвязь между международным обычным правом и общими принципами международного права, а также общими принципами права вообще. Было высказано мнение о том, что Комиссии следует стремиться разъяснить многоплановую и не вполне ясную взаимосвязь между этими понятиями. В этой связи некоторые члены Комиссии отметили, что провести различие между общими принципами международного права и международного обычного права не всегда является возможным. Сходное мнение было высказано по поводу общих принципов права и обычного международного права. В то же время, по мнению некоторых членов Комиссии, из рассмотрения следует исключить широкие вопросы, имеющие отношение к общим принципам и общим принципам международного права и никак не связанные с обычным международным правом, поскольку любое углубление в подобные вопросы недопустимо расширит границы темы.

80. Общую поддержку получила идея рассмотреть взаимосвязь между обычным международным правом и договорным правом. В этой связи было отмечено широкое признание того, что договоры могут кодифицировать, закреплять или порождать обычное международное право. Кроме того, было указано, что норма обычного международного права может действовать параллельно идентичному ей положению договора. Также была поддержана идея об изучении воздействия на международное обычное право многосторонних договоров, имеющих крайне ограниченное число государств-участников. Было предложено отложить какое-либо рассмотрение взаимосвязи с договорным правом на более поздний этап работы по теме, поскольку в первую очередь необходимо провести доскональный анализ составляющих элементов обычного международного права.

81. Кроме того, было рекомендовано рассмотреть взаимосвязь между обычным международным правом и другими источниками международного права, включая односторонние заявления. Некоторые члены Комиссии предложили проанализировать взаимодействие между договорами или нормами, не обладающими обязательной силой, и формированием и доказательством существования обычного международного права.

82. Некоторые члены Комиссии высказались в поддержку изучения регионального обычного права с особым акцентом на взаимосвязь между региональным и обычным международным правом. Комиссии было предложено при рассмотрении этой взаимосвязи обратиться к региональной практике, включая соответствующие судебные решения, соглашения и нормативные акты. При этом было отмечено, что разграничить практику региональных организаций и отдельных государств бывает затруднительно.

#### с) Методология

83. Широкую поддержку получило предложение Специального докладчика рассмотреть как элементы формирования международного обычного права, а именно элементы, обуславливающие существование нормы международного обычного права, так и критерии, которые являются обязательными для доказывания существования таких элементов. Была также выражена общая поддержка предложения о том, чтобы сосредоточить внимание на практическом процессе выявления норм международного обычного права, а не на содержании соответствующих норм. При этом, однако, было высказано предположение, что полностью отграничить существо первичных норм от анализа применимых вторичных норм будет невозможно. Согласно другому мнению, если во главу угла будет поставлен подход к идентификации норм, его будет необходимо проиллюстрировать показательными примерами первичных норм.

84. Кроме того, было широко поддержано предложение Специального докладчика внимательно изучить практику государств и *opinio juris sive necessitates* – два широко признанных составляющих элемента обычного международного права. Как отметили несколько членов Комиссии, идентификация норм обычного права должна основываться на практике государств, при этом следует должным образом учитывать общность, преемственность и представительность такой практики. Члены Комиссии согласились с тем, что не все международные акты являются юридически значимыми в этом отношении, особенно акты вежливости или любезности. Следуя той же логике, некоторые члены Комиссии предположили, что в определенных случаях позиции государств могут не отражать *opinio juris*, особенно когда на это указывает само государство. Несколько членов Комиссии отметили, что выявление существования необходимой практики государств

тики государств и/или *opinio juris* является сложным процессом. Было также отмечено, что *opinio juris* может проявляться как в действиях, так и в бездействии.

85. Было обращено внимание на необходимость тщательного изучения временных аспектов "двухэлементного" подхода, особенно вопроса о том, может ли *opinio juris* предшествовать практике государств и может ли норма международного обычного права возникать в короткий период времени. Кроме того, была упомянута полезность определения относительной значимости, придаваемой государственной практике и *opinio juris*. В этой связи было высказано предположение, что работа Комиссии по теме может сыграть важнейшую роль в сокращении разрыва между "традиционным" и "современным" подходами к обычному международному праву. По мнению других членов Комиссии, несмотря на важность анализа различных подходов к обычному международному праву, классификация этих подходов при помощи таких терминов, как "традиционный" и "современный", является либо нецелесообразной, либо вводящей в заблуждение.

86. Ряд членов Комиссии согласился с тем, что Комиссии следует стремиться разработать общий и единый подход к идентификации норм обычного международного права, поскольку такие нормы возникают в единой, взаимосвязанной международной правовой системе. По мнению ряда других членов Комиссии, общесистемный или единообразный подход не следует брать на вооружение, поскольку подход к выявлению норм может различаться в зависимости от материальной отрасли международного права. Было высказано мнение о том, что относительная значимость, которую следует придавать доказательствам государственной практики или *opinio juris*, может различаться в зависимости от сферы. В этой связи было предложено придавать различную значимость определенным материалам в различных сферах международного права. В частности, было высказано предположение о том, что в некоторых областях более важную роль в формировании обычного международного права может играть "мягкое право".

87. Было высказано мнение, что предложенный Специальным докладчиком подход недостаточно учитывает разницу между формальными и материальными источниками международного обычного права. Было также высказано предположение о том, что предложение Специального докладчика об использовании определения международного обычая, которое содержится в Статуте Международного Суда, может быть продиктовано неверными предпосылками. Ряд членов Комиссии отметили, что определение обычного международного права должно учитывать пункт 1 b) статьи 38 Статута Международного Суда, в частности потому, что указанные в нем составляющие элементы широко упоминаются и признаются, однако в каком бы то ни было определении, выработанном Комиссией, на первом месте должны стоять те ключевые элементы, которые придают обычному международному праву его обязательный характер.

88. Некоторые члены Комиссии также подчеркнули важность рассмотрения процесса устаревания нормы обычного международного права.

89. Ряд членов Комиссии рекомендовали ей изучить роль других субъектов в формировании обычного международного права. В частности, было предложено обратить внимание на потенциальную юридическую ценность решений субъектов *sui generis* международного права, таких как Международный комитет Красного Креста. Была высказана мысль о том, что такие субъекты и группы интересов играют важную роль в развитии обычного международного права в определенных областях и влияют на темпы его развития. Согласно другой точке зрения, решения определенных

точке зрения, решениям определенных неправительственных организаций следует придавать меньшее значение, чем практике или заявлениям государств.

**d) Виды справочных материалов для работы по теме**

90. Категории справочных материалов, предложенные для изучения Специальным докладчиком, получили общее одобрение. При этом, однако, было предложено дифференцированно подходить к относительной значимости, придаваемой различным материалам.

91. Была выражена широкая поддержка идеи тщательного изучения практики государств. Было высказано мнение о том, что изучению следует подвергнуть материалы о практике государств из всех регионов мира, хотя, как было отмечено, к сожалению, не все государства публикуют обследования государственной практики. Было высказано предположение о том, что в некоторых областях практика государств, вероятно, является ограниченной, поскольку не все государства участвовали в формировании определенных норм обычного международного права. Ряд членов Комиссии предложили ей исследовать решения национальных судов, заявления должностных лиц стран, а также поведение государств. Было высказано мнение о том, что Комиссии следует тщательно рассмотреть фактическое поведение государств, особенно в случаях, когда оно противоречит национальным заявлениям. Кроме того, было обращено внимание на важность аргументов государств в международных судах и трибуналах, поскольку они могут информативно свидетельствовать о позициях в отношении формирования и доказательства существования обычного международного права. По мере возможности Комиссии было также предложено рассмотреть мнения юридических советников правительств, а также проанализировать актуальность конфиденциального обмена мнениями между государствами.

92. Касаясь практики национальных судов, несколько членов Комиссии согласились с тем, что к таким делам следует подходить с осторожностью и тщательно рассматривать их на предмет отсутствия противоречий. Было высказано предположение, что характер применения обычного международного права национальными судами отражает внутреннее право, а судьи внутренних судов не всегда хорошо знакомы с международным публичным правом.

93. Общую поддержку получило предложение изучить практику международных, региональных и субрегиональных судов. Несколько членов Комиссии поддержали, в частности, идею проанализировать практику Международного Суда. Некоторые члены Комиссии выразили мнение о том, что практику Международного Суда можно рассматривать в качестве первичного источника материала о формировании и доказательстве существования норм обычного международного права, поскольку он является главным судебным органом Объединенных Наций, чей авторитет в таких вопросах пользуется широким признанием. Была высказана мысль о том, что консультативные заключения, хотя и не имеют обязательной силы, могут также заслуживать рассмотрения. Несколько членов Комиссии также подчеркнули важность анализа практики других международных судов и трибуналов, особенно ввиду того, что определенные суды и трибуналы, судя по всему, руководствуются различными подходами к оценке обычного международного права.

94. Было высказано мнение о том, что Комиссии следует проявлять осторожность и стараться не придавать слишком большое значение судебной практике, поскольку в задачи судов и трибуналов входит разрешение конкретных споров, а не разработка единообразных международных правовых критериев или процедур. Некоторые члены Комиссии также отметили, что кажущиеся расхождения в подходах судов или трибуналов могут на самом деле

ния в подходах судов или трибуналов могут на самом деле объясняться различиями в формулировках.

95. По общему мнению, рассмотрения заслуживает роль практики международных и региональных организаций. Было обращено внимание на ценность резолюций, заявлений, рекомендаций и решений таких организаций, поскольку они могут служить свидетельством как практики государств, так и *opinio juris*. Вместе с тем было предложено придавать больший вес практике межправительственных органов международных организаций.

96. По мнению некоторых членов Комиссии, ей не следует руководствоваться чрезмерно ограничительным пониманием "права" в целях ее работы по данной теме. В частности, было отмечено, что определенную роль в возникновении международного обычного права сыграли нормы "мягкого права".

97. Было также отмечено, что прояснению данной темы могли бы значительно способствовать труды специалистов по публичному праву. Было обращено внимание на широкую поддержку, которой пользуется среди авторов "двухэлементный" подход к обычному международному праву, а также на наличие критиков, исповедующих другие подходы.

#### е) Дальнейшая работа по теме

98. По общему мнению, Комиссии следует придти к практическим результатам, которые будут полезны практикам и судьям. Вместе с тем было отмечено, что результаты работы Комиссии в любом случае не должны ограничивать гибкость обычно-правового процесса или будущих тенденций, связанных с формированием и доказательством существования обычного международного права.

99. Широкую поддержку также получил предложенный Специальным докладчиком план работы на пятилетний период. Вместе с тем, по мнению нескольких членов Комиссии, данный план работы является чересчур оптимистичным и может оказаться неосуществимым ввиду свойственных данной теме сложностей, хотя при этом также отмечалось, что выполнимость плана работы может быть обеспечена за счет предложенной ориентации на практические вопросы. Кроме того, в целом положительную оценку получило предложение о том, чтобы Комиссия просила государства откликнуться на призыв представить информацию об их практике в отношении данной темы не позднее 31 января 2014 года. Было отмечено, что недостаток информации о практике, которую представили государства к настоящему моменту, заслуживает сожаления.

100. Ряд членов Комиссии выразили поддержку предложению составить глоссарий терминов на всех языках в целях содействия единообразному пониманию и использованию терминологии. Было подчеркнуто, что такая работа потенциально имеет практическую ценность. По мнению некоторых других членов Комиссии, жестко закрепленный словарь терминов нежелателен, поскольку такие общие формулировки, как, например, "rules of international law" ("правила международного права"), могут не отражать в полной мере спектр международного обычного права, к которому относятся не только правила, но и принципы и нормы. Согласно другой точке зрения, наличие словаря или глоссария терминов может не привести к желаемой ясности, поскольку невозможно утверждать, что некоторые термины употребляются последовательно, а другие нет. Было также обращено внимание на отсутствие единообразия в употреблении терминов и стандартных выражений самой Комиссией при идентификации ею норм обычного международного права.

### 3. Заключительные замечания Специального докладчика

101. Специальный докладчик отметил, что, по общему мнению, результат работы по этой теме должен носить сугубо практический характер. В этой связи была широко поддержана идея разработки комплекса "заключений" и комментариев к ним. Специальный докладчик также констатировал общую поддержку членами Комиссии подхода, состоящего из двух элементов, а именно оценки как практики государств, так и *opinio juris* в процессе выявления международного обычного права при том понимании, что эти элементы подчас могут быть "тесно переплетены" и относительная значимость каждого в зависимости от контекста может варьироваться.

102. Представляется также, что, по мнению членов Комиссии, задача идентификации международного обычного права требует применения единого или общего подхода.

103. Говоря о сфере охвата темы, он отметил, что широкой поддержкой, похоже, пользуется идея изучения взаимосвязи международного обычного права с другими источниками международного права, в том числе договорным правом и общими принципами права. Большой интерес был также проявлен к исследованию региональных норм международного обычного права. В отношении *jus cogens* Специальный докладчик отметил, что, по общему мнению, при рассмотрении данной темы не следует углубляться в детальное рассмотрение императивных норм.

104. Отвечая на обеспокоенность, которая была выражена по поводу его настойчивого стремления к терминологической ясности, Специальный докладчик указал, что главным образом он хотел бы добиться известной ясности при изложении аргументации. В этой связи он подчеркнул, что за свою многолетнюю работу Комиссия смогла прояснить терминологию и обеспечить единообразное понимание многих областей международного права. В то же время потребуется найти золотую середину между ясностью и гибкостью.

105. Специальный докладчик понимает, что его предложение закончить работу к 2016 году может оказаться чересчур оптимистичным; потребуется достаточное время для научной работы, исследований и обсуждений в Комиссии, в Шестом комитете и на уровне всего международного сообщества. Поэтому данную дату, по его мнению, следует рассматривать лишь в качестве желаемого ориентира без стремления двигаться вперед с неоправданной поспешностью.

106. В ответ на предложение изменить название темы Специальный докладчик отметил, что этот вопрос также обсуждался на неофициальных консультациях. Было выработано консенсусное название темы на всех официальных языках, в том числе "The identification of customary international law" на английском языке, "La détermination du droit international coutumier" на французском и "Идентификация международного обычного права" на русском языке. Специальный докладчик рекомендовал изменить название соответствующим образом.

107. Специальный докладчик приветствовал важную дискуссию по вопросу о публикации обзора практики государств и указал, что хорошим первым шагом в этом направлении было бы составление исчерпывающего перечня существующих обзоров и публикаций. Общую поддержку получила и идея обращения с новым призывом к государствам с просьбой представить информацию об их подходе к идентификации международного обычного права.



## Глава VIII

### Временное применение договоров

#### А. Введение

108. На своей шестидесяти четвертой сессии (в 2012 году) Комиссия решила включить тему "Временное применение договоров" в свою программу работы и назначила г-на Хуана Мануэля Гомес-Робледо Специальным докладчиком по этой теме<sup>372</sup>. На этой же сессии Комиссия приняла к сведению устный доклад о результатах неофициальных консультаций по этой теме под председательством Специального докладчика, представленный им на 3151-м заседании 27 июля 2012 года. Комиссия также решила просить Секретариат представить ей меморандум о предыдущей работе Комиссии по этому вопросу в контексте ее работы по праву международных договоров и о подготовительных материалах разработки соответствующих положений Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года ("Венская конвенция"). Впоследствии Генеральная Ассамблея в своей резолюции 67/92 от 14 декабря 2012 года с признательностью приняла к сведению решение Комиссии включить данную тему в свою программу работы.

#### В. Рассмотрение темы на данной сессии

109. На данной сессии на рассмотрение Комиссии был внесен первый доклад Специального докладчика (A/CN.4/664), в котором ставилась задача путем обобщения применимых к этой теме доктрин и краткого анализа существующей практики государств определить в общих чертах основные правовые вопросы, возникающие в связи с временным применением договоров. На рассмотрении Комиссии также находился меморандум Секретариата (A/CN.4/658), в котором прослеживалась история обсуждения статьи 25 Венской конвенции как в Комиссии, так и на Венской конференции 1968–1969 года и содержался краткий анализ некоторых вопросов существа, поднятых в ходе ее обсуждения.

110. Комиссия рассмотрела первый доклад на своих 3185–3188-м заседаниях с 24 по 30 июля 2013 года.

##### 1. Представление Специальным докладчиком первого доклада

111. Специальный докладчик пояснил, что цель его предварительного доклада заключалась в установлении основных параметров временного применения, с тем чтобы побудить государства чаще прибегать к нему. Логической отправной точкой послужила Венская конвенция. Он указал, что на данном этапе он предпочел не рассматривать вопрос временного применения договоров международными организациями, предусмотренного Венской конвенцией 1986 года о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями.

<sup>372</sup> На своем 3132-м заседании 22 мая 2012 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10) пункт 267*). Эта тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее шестидесяти третьей сессии (в 2011 году) на основе предложения, которое воспроизводится в приложении С к докладу Комиссии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*).

112. Представляя обзор своего доклада, Специальный докладчик обратил внимание на терминологическое несоответствие между проектом статьи, который был принят Комиссией в 1966 году и в котором использовалось выражение "временное вступление в силу", и статьей 25, в которой в ходе Венской конференции формулировка была изменена на "временное применение". Хотя по опыту известно, что оба выражения использовались в определенной степени на взаимозаменяемой основе, он отметил, что при ближайшем рассмотрении это разные правовые понятия. Специальный докладчик затем привел возможные причины, побуждающие государства прибегнуть к временному применению, как это указывается в его докладе.

113. Что касается правовых последствий временного применения, то Специальный докладчик отметил, что, как правило, такие последствия зависят от содержания материальной нормы международного права, применяемой на временной основе. Вторичные последствия нарушения обязательства, вытекающего из нормы, применяемой на временной основе, не обусловлены тем обстоятельством, что применение носит временный характер, а вызваны обычным применением вторичных норм международного права, касающихся нарушений обязательств. Было также рекомендовано рассматривать временное применение договоров в общем контексте пункта 2 статьи 31 Венской конвенции.

114. Хотя Специальный докладчик и намеревается в дальнейшем более подробно рассмотреть вопрос о правовых последствиях, он напомнил, что как Специальный докладчик Фитцморис, так и Специальный докладчик Уолдок придерживались мнения о том, что в случае временного применения договора возникают те же обязательства, что и в случае вступления договора в силу. Он обратил внимание на релевантность принципа *pacta sunt servanda*, изложенного в статье 26 Венской конвенции. Кроме того, он напомнил, что согласно мнению, сложившемуся в ходе состоявшихся в 2012 году неформальных консультаций, временное применение договора влечет за собой обязательства, выходящие за рамки обязанности не лишать договор его объекта и цели до его вступления в силу (статья 18 Венской конвенции).

115. Он указал на ключевые особенности правового режима, применимого к временному применению договоров, а именно: то обстоятельство, что оно может быть прямо предусмотрено в договоре или на основании отдельного соглашения между сторонами; то обстоятельство, что государства могут как эксплицитно, так и имплицитно выражать свое намерение временно применять договор; и то обстоятельство, что временное применение может быть прекращено как в одностороннем порядке, так и по соглашению сторон.

116. Специальный докладчик поделился предварительным мнением о том, что данная тема лучше всего подходит для разработки руководящих принципов или типовых положений, призванных послужить ориентиром для правительств.

## 2. Краткое изложение прений

117. Комиссия присоединилась к Специальному докладчику в выражении Секретариату признательности за подготовку меморандума.

118. Было высказано мнение о том, что как вопрос правовой политики стремление Комиссии поощрять временное применение договоров представляется неуместным. Были приведены примеры случаев, когда в результате временного применения договоров утрачивался интерес к их ратификации. Другие члены Комиссии отметили, что в задачи Комиссии не входит поощрение или сдерживание практики временного применения, поскольку такое решение является сугубо политическим делом самих

губо политическим делом самих государств. С точки зрения международного права государства свободны решать, применять ли им тот или иной договор на временной основе или нет. Также было отмечено, что важность возможности временного применения подтверждается тем, как часто к нему прибегают государства. Статья 25 задумывалась отнюдь не как способ подорвать договоры, и авторы усматривали в ней практическую возможность обеспечения правовой безопасности, например в случае последовательно заключенных договоров, при которой устраняются препятствия на пути к началу сотрудничества государств по договору.

119. Была также высказана обеспокоенность по поводу того, что при временном применении договоров возникают непростые вопросы относительно обхода установленных внутренних процедур, включая конституционные требования, связанные с участием в договорах. Другие члены Комиссии не разделяли обеспокоенности по этому поводу. Было отмечено, что в рамках своих внутренних правовых систем государства вправе самостоятельно определять порядок взаимодействия на международном уровне. Комиссия должна исходить из того, что временное применение договоров осуществляется в соответствии с внутренним законодательством того или иного государства (при условии применимости статьи 46 Венской конвенции). Задача Комиссии сводится лишь к рассмотрению вопроса о том, в какой степени в современном международном праве должны учитываться ограничения, устанавливаемые национальным законодательством, а не к рассмотрению самих ограничений. С точки зрения международного права, решающее значение имеет согласие договаривающегося государства. Как только согласие на временное применение договора получено, будь то в самом договоре или на основании отдельного соглашения, государство не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им своих международных обязательств (статья 27 Венской конвенции). Была также высказана мысль о том, что обеспокоенность по поводу обхода внутренних норм может быть снята с помощью уточнения, согласно которому в результате "временного применения" договора государство связывает себя вытекающими из договора обязательствами. Благодаря этому государства смогут решить, обладают ли они конституционными полномочиями применять тот или иной договор на временной основе.

120. Как отмечалось, задача Комиссии состоит в разработке практического руководства, на которое государства будут опираться в случае переговоров по новым положениям о временном применении или толкованию и применению существующих положений, в особенности ввиду того, что комментарий 1996 года к праву международных договоров не затрагивает важные аспекты текста статьи 25 в том виде, в котором она была принята в Вене.

121. Было высказано мнение о том, что основная задача заключается в определении правовых последствий временного применения. Некоторые члены Комиссии придерживались мнения о том, что, если стороны не договорятся об ином, заключение соглашения о временном применении договора предполагает, что затрагиваемые стороны имеют те же права и обязательства по договору, как и в случае его вступления в силу. Было высказано мнение, что Комиссии не следует придавать юридическое значение переходу от термина "временное вступление в силу" к термину "временное применение". Согласно другому предложению, можно провести различие между договорами, применяемыми на временной основе, и "временными" или "промежуточными" соглашениями. Специальному докладчику было также предложено рассмотреть связь с другими положениями Венской конвенции, включая статьи 18, 26, 27 и 46. Мнения по поводу целесообразности рассмотрения вопросов ответственности

поводу целесообразности рассмотрения вопросов ответственности государств в рамках этой темы разошлись.

122. Было высказано мнение, что Специальный докладчик мог бы попытаться определить, применимы ли положения статьи 25, будь то в качестве норм международного обычного права или иначе, в случаях, когда Венская конвенция не применяется. Кроме того, было предложено рассмотреть вопрос о том, в какой степени договор, применяемый на временной основе, может способствовать формированию норм международного обычного права.

123. В число других возможных тем, предложенных для обсуждения, вошли вопрос о том, существуют ли процедурные требования в отношении временного применения договоров; рассмотрение отношений между сторонами, применяющими тот или иной договор на временной основе, и третьими сторонами; анализ требования о том, чтобы намерение применить договор на временной основе было четким и недвусмысленным; рассмотрение применимости правил об оговорках к договорам; анализ различия между временным применением и необходимым применением некоторых положений договора с момента принятия его текста (пункт 4) статьи 24 Венской конвенции); рассмотрение применимости норм толкования договоров; изучение вопроса о прекращении временного применения (включая последствия для правового положения третьих сторон); рассмотрение вопроса о положении не подписавших или присоединившихся государств, желающих на временной основе применить многосторонний договор; рассмотрение вопроса о том, предполагает ли временное применение по определению исключение некоторых положений договора, например о создании механизмов мониторинга; уточнение сроков действия временного применения, включая возможность бессрочного временного применения; и рассмотрение вопроса об обратной силе обязательств при вступлении в силу договора, ранее применявшегося на временной основе. Кроме того, было предложено провести общее различие между временным применением в контексте двусторонних и многосторонних договоров.

124. Было высказано пожелание включить статью 25 Венской конвенции в сферу охвата данной темы, поскольку международные организации также могут прибегать к временному применению договоров.

125. Некоторые члены Комиссии придерживались мнения о том, что занимать какую-либо позицию по вопросу об окончательном результате работы над этой темой преждевременно, ряд других членов Комиссии отметили, что выводы с комментариями могут послужить уточнению различных аспектов, связанных с временным применением договоров.

### **3. Заключительные замечания Специального докладчика**

126. Специальный докладчик указал, что Комиссии следует руководствоваться практикой государств в ходе переговоров и при осуществлении и толковании договоров, применяемых на временной основе. Он поддержал мнение о том, что в действиях Комиссии не следует усматривать поощрение или сдерживание практики временного применения. Задача состоит в том, чтобы внести большую ясность в эти вопросы в интересах государств, ведущих переговоры в отношении положений о временном применении или осуществляющих их. Переходя к вопросу о терминологии, он отметил, что, несмотря на то, что в своих ранних работах Комиссия ссылалась на "временное вступление в силу", за основу следует взять термин, используемый в статье 25, а именно "временное применение". Он также считал, что вопрос о том, носит ли временное применение договоров характер международного обычного права, заслуживает рассмотрения в случае, когда два или более государств,

смотрения в случае, когда два или более государств, намеревающихся применять договор на временной основе, не являются участниками Венской конвенции и отдельного соглашения между ними не существует. Он также высказался в поддержку той точки зрения, что в задачу Комиссии не входит анализ внутренних норм государств. В связи с этим ссылки на внутреннее законодательство следует рассматривать исключительно как пример позиции, занимаемой государствами, и только сами государства могут определять, какие последствия для их внутренней правовой системы имеет обращение к временному применению.

127. Он подтвердил свое намерение рассмотреть связь между статьей 25 и другими положениями Венской конвенции, включая положения, касающиеся выражения согласия, формулирования оговорок, последствий для третьих государств, применимости положений о толковании, применения и денонсации договоров, а также их недействительности. Он также отметил необходимость рассмотреть временной компонент временного применения, в том числе вопрос о бессрочном действии такого режима. Кроме того, он предложил предпринять анализ правовых последствий обращения к временному применению в контексте договорных норм, предусматривающих права физических лиц. Изучения также заслуживает вопрос о различии между многосторонними и двусторонними договорами.

128. Специальный докладчик согласился с теми членами Комиссии, которые высказываются против проведения анализа применимых норм, касающихся ответственности государств, в контексте временного применения договоров. С его точки зрения, можно обойтись указанием, что нарушение обязательства, вытекающего из договора, применяемого на временной основе, влечет за собой правовые последствия, предусматриваемые закрепленными нормами в области ответственности государств за международно-противоправные деяния. Он также принял к сведению продемонстрированную некоторыми членами Комиссии заинтересованность во включении Венской конвенции 1986 года в сферу охвата темы.

129. Специальный докладчик указал, что, по его мнению, надлежащим итогом работы над этой темой должна быть разработка руководящих принципов с комментариями к ним.



## **Глава IX**

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

#### **A. Введение**

130. На своей шестьдесят третьей сессии (в 2011 году) Комиссия постановила включить тему "Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами" в свою долгосрочную программу работы<sup>373</sup> на основе предложения, которое было воспроизведено в приложении E к докладу Комиссии о работе указанной сессии<sup>374</sup>. В пункте 7 своей резолюции 66/98 от 9 декабря 2011 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению включение этой темы в долгосрочную программу работы Комиссии.

131. На своем 3171-м заседании 28 мая 2013 года Комиссия постановила включить в свою программу работы тему "Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами" и назначить г-жу Мари Г. Якобссон Специальным докладчиком по ней.

#### **B. Рассмотрение данной темы на данной сессии**

132. На своем 3188-м заседании 30 июля 2013 года Специальный докладчик представила на рассмотрение Комиссии следующий устный доклад о результатах неофициальных консультаций, проведенных по этой теме под ее председательством 6 июня и 9 июля 2013 года. На этом же заседании Комиссия приняла данный доклад к сведению.

##### **Доклад Специального докладчика о неофициальных консультациях по этой теме**

133. Цель проведения неофициальных консультаций заключалась в начале неофициального диалога с членами Комиссии по ряду вопросов, которые могут быть важными при рассмотрении данной темы в ходе нынешнего пятилетия. Для более плодотворного проведения консультаций Специальный докладчик подготовила два неофициальных документа с изложением некоторых предварительных элементов предстоящей работы для их рассмотрения вместе с первоначальным предложением по теме, изложенным в приложении E к докладу Комиссии 2011 года (A/66/10).

134. Проведение первоначальных консультаций позволило членам Комиссии выразить свои соображения и замечания по поводу предстоящей работы. В ходе консультаций обсуждались такие элементы будущей работы, как ее сфера охвата и методы, общее направление, а также сроки.

<sup>373</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10), пункты 365–367.*

<sup>374</sup> Там же, пункты 347–364.

135. В отношении сферы охвата и методов работы Специальный докладчик предложила рассматривать данную тему во временном ракурсе, а не через призму различных отраслей международного права, в частности международного экологического права, права вооруженных конфликтов и международного права прав человека, для того чтобы можно было более конкретно обозначить круг рассматриваемых вопросов и четче разграничить этапы работы. "Временные" фазы предполагали бы рассмотрение правовых мер, применяемых для защиты окружающей среды до, во время и после вооруженного конфликта (соответственно фазы I, II и III). Такой подход получил одобрение, поскольку он позволит Комиссии более конкретно обозначить круг правовых вопросов, которые имеют отношение к данной теме и возникают на разных стадиях, связанных с вооруженным конфликтом. Идентификация таких вопросов в свою очередь упростит разработку конкретных выводов или руководящих указаний.

136. Кроме того, Специальный докладчик предложила в рамках предстоящей работы уделить более пристальное внимание фазе I, т.е. обязательствам, возникающим в связи с потенциальным вооруженным конфликтом, и фазе III, т.е. мерам на постконфликтном этапе. Фазе II, на которой действуют законы и обычаи войны, будет уделено менее пристальное внимание, поскольку, как было отмечено, в задачи Комиссии не входит изменение этих существующих правовых режимов. В рамках фазы II было предложено более внимательно рассмотреть также вооруженные конфликты немеждународного характера.

137. Такой подход к рассмотрению данной темы в привязке к "временным" фазам в целом был одобрен членами Комиссии. Некоторые из членов считали фазу II наиболее важной. По мнению других членов, наиболее важными являются фаза I либо фаза III, или обе эти фазы. В конечном итоге все согласилось с мнением Специального докладчика о том, что, хотя работа и будет разделяться по фазам, провести четкие границы между разными фазами невозможно. Такое деление будет искусственным и не будет согласовываться с тем, как на практике действуют соответствующие правовые нормы. Право вооруженных конфликтов, например, включает в себя нормы, применимые до, во время и после вооруженного конфликта.

138. В ходе неофициальных консультаций обсуждался также вопрос о том, следует ли Комиссии рассматривать последствия применения определенных видов оружия для окружающей среды. По мнению Специального докладчика, экологические последствия применения определенных видов оружия не должны быть ключевым вопросом при рассмотрении данной темы. Некоторые из членов согласились с подобной точкой зрения, выступив против рассмотрения вопроса о вооружениях, другие, напротив, высказались за его рассмотрение.

139. Для более плодотворного обсуждения хода предстоящей работы Специальный докладчик представила предварительный набросок будущей работы по теме, в том числе ключевых вопросов, которые будут рассматриваться в первом докладе. Был предложен трехлетний план работы, предполагающий ежегодное представление Комиссии одного доклада.

140. Специальный докладчик отметила, что она планирует представить свой первый доклад для рассмотрения Комиссией на ее шестьдесят шестой сессии (в 2014 году). Первый доклад будет посвящен фазе I, а именно обязательствам, возникающим в связи с потенциальным вооруженным конфликтом. В нем не будут рассматриваться постконфликтные меры, хотя готовиться к их осуществлению необходимо еще до начала вооруженного конфликта. Специальный докладчик отметила также, что в своем докладе она планировала определить круг вопросов, которые рассматривались Комиссией ранее и могут

вопросов, которые рассматривались Комиссией ранее и могут иметь отношение к настоящей теме.

141. Было предложено посвятить второй доклад, который будет представлен в 2015 году, праву вооруженных конфликтов, в частности вооруженных конфликтов немеждународного характера, и представить в нем анализ существующих норм. Третий доклад будет посвящен постконфликтным мерам, включая возмещение причиненного ущерба, восстановление, материальную и правовую ответственность, а также компенсацию, при этом особое внимание будет уделено прецедентному праву. Во всех трех докладах будут содержаться выводы или проекты практических рекомендаций, которые в дальнейшем будут представлены для обсуждения в Комиссию и, возможно, направлены в Редакционный комитет.

142. Специальный докладчик подчеркнула важность сбора информации из широкого круга источников. В этой связи Специальный докладчик считала полезным, чтобы Комиссия обратилась к странам с просьбой представить примеры того, когда международное экологическое право, включая региональные и двусторонние договоры, продолжало применяться во время вооруженных конфликтов международного и немеждународного характера. Члены Комиссии высказались также за проведение консультаций с другими органами Организации Объединенных Наций или международными организациями, занимающимися вопросами охраны окружающей среды, такими как ЮНЕП, ЮНЕСКО, УВКБ и МККК. Они также высказались за проведение консультаций с региональными организациями, такими как Африканский союз, Европейский союз, Лига арабских государств и Организация американских государств.

143. Что касается результата работы Комиссии по данной теме, то, по мнению Специального докладчика, эта тема лучше подходит для принятия необязательного проекта практических рекомендаций, нежели проекта конвенции. По мнению некоторых членов, принимать какое-либо решение в отношении формы итогового документа преждевременно.

144. Особое внимание было уделено также вопросу о расхождениях в переводах названия темы на разные официальные языки, что привело к определенной путанице. Название темы должно звучать следующим образом: "Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами". Предлог "в связи" должен присутствовать в переводах на все языки, поскольку он означает, что тема охватывает три фазы, а не ограничивается только фазой самого вооруженного конфликта.



## Глава X

### Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)

#### A. Введение

145. На своей пятьдесят седьмой сессии (в 2005 году) Комиссия постановила включить в программу своей работы тему "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)" и назначила Специальным докладчиком г-на Здислава Галицкого<sup>375</sup>.

146. Специальный докладчик представил четыре доклада. Комиссия получила и рассмотрела предварительный доклад на своей пятьдесят восьмой сессии (в 2006 году), второй доклад – на своей пятьдесят девятой сессии (в 2007 году), третий доклад – на своей шестидесятой сессии (в 2008 году) и четвертый доклад – на своей шестидесяти третьей сессии (в 2011 году)<sup>376</sup>.

147. На шестидесяти первой сессии (в 2009 году) была учреждена Рабочая группа открытого состава под председательством г-на Алена Пелле<sup>377</sup>, и по итогам ее обсуждений были разработаны предлагаемые общие рамки для рассмотрения данной темы, конкретизирующие вопросы, которыми должен заниматься Специальный докладчик<sup>378</sup>. На шестидесяти второй сессии (в 2010 году) Рабочая группа была учреждена вновь и в отсутствие ее Председателя возглавлена

г-ном Энрике Кандиоти<sup>379</sup>. На рассмотрении Рабочей группы находился подготовленный Секретариатом обзор многосторонних конвенций, которые могут иметь значение для работы над данной темой (A/CN.4/630). На шестидесяти четвертой сессии (в 2012 году) Комиссия учредила Рабочую группу открытого состава по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare) под председательством г-на Криангсака Китичайсари для оценки прогресса в работе Комиссии по данной теме и изучения возможных направлений работы Комиссии на будущее<sup>380</sup>.

<sup>375</sup> На своем 2865-м заседании 4 августа 2005 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесяти вторая сессия, Дополнение № 10* (A/60/10), пункт 500). В пункте 5 резолюции 60/22 от 23 ноября 2005 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению решение Комиссии о включении данной темы в ее программу работы. Тема была включена в долгосрочную программу работы Комиссии на ее пятьдесят шестой сессии (2004 год) на основе предложения, содержащегося в приложении к ежегодному докладу за тот год (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10* (A/59/10), пункты 362–363).

<sup>376</sup> A/CN.4/571 (предварительный доклад); A/CN.4/585 и Согг.1 (второй доклад); A/CN.4/603 (третий доклад); и A/CN.4/648 (четвертый доклад).

<sup>377</sup> На своем 2988-м заседании 31 июля во время своей шестидесятой сессии (2008 год) Комиссия постановила учредить рабочую группу по данной теме под председательством г-на Алана Пелле. Мандат и членский состав этой рабочей группы предстояло определить на шестидесяти первой сессии (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесяти третья сессия, Дополнение № 10* (A/63/10), пункт 315).

<sup>378</sup> Предложенные общие рамки, подготовленные Рабочей группой, см. там же, *шестидесяти четвертая сессия, Дополнение № 10* (A/64/10), пункт 204.

<sup>379</sup> На своем 3071-м заседании 30 июля 2010 года Комиссия приняла к сведению устный доклад временного председателя Рабочей группы (там же, *шестидесяти пятая сессия, Дополнение № 10* (A/65/10), пункты 337–340).

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

148. На данной сессии Комиссия вновь учредила Рабочую группу открытого состава по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*) под председательством г-на Криангсака Киттичайсари. Рабочая группа продолжила оценку прогресса в работе по данной теме, в частности в свете принятия Международным Судом 20 июля 2012 года решения по делу *Вопросы, связанные с обязательством выдавать или осуществлять судебное преследование (Бельгия против Сенегала)*. Рабочая группа провела семь заседаний – 8, 14, 16 и 28 мая, 5 июня и 18 и 24 июля 2013 года.

149. На своем 3189-м заседании 31 июля 2013 года Комиссия приняла к сведению доклад Рабочей группы, который содержится в приложении А к настоящему докладу.

---

<sup>380</sup> На своем 3152-м заседании 30 июля 2012 года Комиссия приняла к сведению устный доклад Председателя Рабочей группы (там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10* (A/67/10), пункты 208–221).

## Глава XI

### Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации

#### А. Введение

150. На своей шестидесятой сессии (в 2008 году) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации" и учредить на своей шестьдесят первой сессии Исследовательскую группу по данной теме<sup>381</sup>.

151. Исследовательская группа под сопредседательством г-на Дональда М. Макрея и г-на А. Рохана Переры была учреждена на шестьдесят первой сессии (в 2009 году)<sup>382</sup>, а затем вновь учреждена на шестьдесят второй (в 2010 году) и шестьдесят третьей (в 2011 году) сессиях под руководством тех же сопредседателей<sup>383</sup>. На шестьдесят четвертой сессии Комиссия вновь учредила Исследовательскую группу по теме "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации" под председательством г-на Дональда М. Макрея<sup>384</sup>.

#### В. Рассмотрение темы на данной сессии

152. На данной сессии Комиссия вновь учредила Исследовательскую группу по теме "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации" под председательством г-на Дональда М. Макрея. В его отсутствие функции Председателя выполнял г-н Матьяс Форто. Исследовательская группа провела четыре заседания – 23 мая и 10, 15 и 30 июля 2013 года.

<sup>381</sup> На своем 2997-м заседании 8 августа 2008 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10)*, пункт 354). Общий набросок темы см. там же, приложение В. Генеральная Ассамблея приняла это решение к сведению в пункте 6 своей резолюции 63/123 от 11 декабря 2008 года.

<sup>382</sup> На своем 3029-м заседании 31 июля 2009 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей Исследовательской группы по теме "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации" (там же, *шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункты 211–216). В частности, Исследовательская группа рассмотрела рамки, которые будут служить общими направлениями будущей работы, и достигла договоренности о программе работы, включающей подготовку документов, которые должны были пролить дополнительный свет на вопросы, касающиеся, в частности, сферы охвата клаузул о НБН, их толкования и применения.

<sup>383</sup> На своем 3071-м заседании 30 июля 2010 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей Исследовательской группы (там же, *шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункты 359–373). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала различные документы, подготовленные на основе установленных в 2009 году рамок, определяющих общие направления будущей работы, и согласовала программу работы на 2010 год. На своем 3119-м заседании 8 августа 2011 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателя Исследовательской группы (там же, *шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункты 349–363). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала дополнительные документы, подготовленные на основе установленных в 2009 году рамок.

<sup>384</sup> На своем 3151-м заседании 27 июля 2012 года Комиссия приняла к сведению устный доклад Председателя Исследовательской группы (там же, *шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, пункты 245–265). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала дополнительные документы, подготовленные на основе установленных в 2009 году рамок.

153. На своем 3189-м заседании 31 июля 2013 года Комиссия приняла к сведению доклад Исследовательской группы.

#### 1. Работа Исследовательской группы

154. Следует напомнить, что общая задача Исследовательской группы заключается в том, чтобы содействовать защите международного права от фрагментации, а также большей согласованности подходов к принятию арбитражных решений в области инвестиций, особенно в отношении положений о НБН. Исследовательская группа продолжает работать над тем, чтобы внести вклад в обеспечение большей определенности и стабильности в сфере инвестиционного права. Она намеревается разработать документ, представляющий практическую ценность для участников инвестиционной деятельности и директивных органов. В намерения Исследовательской группы не входит подготовка проектов каких-либо статей или пересмотр проектов статей в отношении клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, принятых Комиссией в 1978 году.

155. Пытаясь пролить дополнительный свет на современные проблемы, возникающие в связи с клаузулой о НБН в инвестиционном праве, Исследовательская группа с 2010 года подготовила и рассмотрела несколько справочных рабочих документов. В частности, она проанализировала: а) типологию существующих положений о НБН, которая является предметом продолжающегося изучения; б) принятые Комиссией проекты статей 1978 года и области, в которых они сохраняют актуальность; с) различные аспекты того, как клаузула о НБН развивалась и продолжает развиваться в контексте ГАТТ и ВТО; d) другие изменения в контексте ОЭСР и ЮНКТАД; e) современные вопросы, касающиеся сферы применения клаузулы о НБН, в частности возникающие в связи с решением по делу *Маффесини*; f) каким образом клаузула о НБН толкуется арбитражными судами по инвестиционным спорам в период принятия решения по делу *Маффесини* и в последующий период; и g) влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о НБН к процессуальным нормам<sup>385</sup>.

156. Исследовательская группа провела также работу по определению фамилий арбитражных судей и адвокатов, участвовавших в инвестиционных делах, в которых фигурировали клаузулы о НБН, а также типов положений о НБН, являвшихся предметом толкования. Кроме того, в целях дальнейшего выяснения нормативного содержания клаузул о НБН в области инвестиций был рассмотрен неофициальный доклад о типовых клаузулах о НБН после решения по делу *Маффесини*, содержащий анализ различных видов реагирования государств на решение по делу *Маффесини*, включая заявления о том, что клаузула о НБН неприменима к положениям об урегулировании споров, или заявления о том, что эта клаузула, наоборот, применима к положениям об урегулировании споров, или перечисление конкретных областей, на которые распространяется клаузула о НБН. Она также рассмотрела неофициальный

<sup>385</sup> "Каталог положений о НБН" (г-н Д.М. Макрей и г-н А.Р. Перера); "Проекты статей Комиссии международного права 1978 года" (г-н С. Мурасэ) (этот документ подвергся дальнейшему пересмотру в 2013 году); "НБН в условиях ГАТТ и ВТО" (г-н Д.М. Макрей); "Деятельность ОЭСР по НБН" (г-н М. Хмуд); "Деятельность ЮНКТАД по НБН" (г-н С.К. Васьянни); "Проблема Маффесини в инвестиционных договорах" (г-н А.Р. Перера); "Толкование и применение клаузул в инвестиционных договорах" (Д.М. Макрей); "Толкование клаузул о НБН арбитражными судами по инвестиционным спорам" (Д.М. Макрей); "Влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о НБН к процессуальным положениям" (г-н М. Форто).

рабочий документ, содержащий обзор сходных с НБН формулировок в соглашениях о штаб-квартирах, согласно которым представители государств при организации наделяются теми же привилегиями, что и дипломаты в принимающем государстве. Эти неофициальные рабочие документы, а также неофициальный рабочий документ по теме "Двусторонние соглашения о налогообложении и клаузула о наиболее благоприятствуемой нации" все еще находятся на стадии разработки.

157. Ранее Исследовательская группа сделала вывод о необходимости дальнейшего изучения вопроса о НБН применительно к торговле услугами в рамках ГАТС и инвестиционных договоров; соотношении между НБН, справедливым и равноправным режимом и режимами, установленными национальными нормами, а также региональными экономическими интеграционными соглашениями (РЭИС) и соглашениями о свободной торговле (ССТ), чтобы оценить, может ли применение клаузул о НБН в этих областях открыть определенные перспективы для работы Исследовательской группы. Внимание было обращено также на необходимость рассмотрения взаимосвязи между двусторонними и многосторонними договорами и на вопрос о том, как клаузула о НБН действует в более многообразном и сложном контексте с момента принятия Комиссией в 1978 году проектов статей о клаузуле о НБН, а также вопрос о взаимности в применении НБН, особенно в соглашениях между развитыми и развивающимися странами.

158. По общему пониманию конечной целью должна быть подготовка полного доклада, в котором систематически анализируются различные вопросы, признанные имеющими отношение к делу. Предусматривалось, что окончательный доклад будет содержать общую информацию о работе в более широких рамках общего международного права с учетом последующих изменений, включая период после принятия проектов статей в 1978 году. Соответственно, в докладе также будет предпринята попытка затронуть современные проблемы, касающиеся клаузул о НБН, и в этой связи будут проанализированы такие аспекты, как актуальность положений о НБН, работа о положениях о НБН, сделанная другими органами, и различные подходы к толкованию положений о НБН. Было выражено мнение о том, что в окончательном докладе Исследовательской группы мог бы быть затронут в общем плане вопрос о толковании положений о НБН в инвестиционных соглашениях в отношении урегулирования споров с анализом различных факторов, имеющих отношение к данному процессу, и представлением при необходимости руководящих принципов и примеров типовых клаузул для ведения переговоров о положениях о НБН на основе практики государств.

## 2. Обсуждения в Исследовательской группе на данной сессии

159. Исследовательской группе был представлен рабочий документ под названием "ДИД о смешанных арбитражах: юридический характер урегулирования инвестиционных споров", подготовленный г-ном С. Мурасэ, а также рабочий документ под названием "Обзор формулировок клаузулы о НБН и дела *Маффесини*", подготовленный г-ном М.Д. Хмудом. Исследовательская группа продолжала также анализ современной практики и судебных решений применительно к толкованию клаузул о НБН. В этой связи Исследовательской группе были представлены тексты последних решений и несогласных и особых мнений арбитров<sup>386</sup>.

<sup>386</sup> "Daimler Financial Services AG" против Аргентинской Республики, решение МЦУИС по делу ARB/05/1, направленное сторонам 22 августа 2012 года, и несогласное мнение

160. В подготовленном г-ном Мурасэ документе был затронут один из ранее обсуждавшихся в Исследовательской группе в 2012 году аспектов, касающихся рабочего документа г-на М. Форто по теме "Влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о НБН к процессуальным положениям", в котором анализировался феномен смешанных судов посредством объяснения смешанной природы арбитража в связи с инвестициями; оценки особенностей применения клаузулы о НБН в смешанном арбитраже; изучения воздействия такого арбитража на применение клаузулы о НБН к процессуальным положениям; рассмотрения смешанной природы арбитража по инвестиционным вопросам, проявляющегося на двух уровнях в силу того, что две стороны разбирательства, в качестве которых выступает частный истец и государство-ответчик, имеют разную природу; а также констатации того, что арбитражный суд при этом служит функциональной заменой компетентному в иных обстоятельствах суду принимающего государства. Смешанный арбитраж, таким образом, располагается между национальным уровнем и международным уровнем, имея сходство, применительно к инвестиционным спорам, и с международным торговым арбитражем, и с публичным международным арбитражем; в нем сочетаются как частный, так и публичный элементы. В рабочем документе г-на Мурасэ была предпринята попытка поместить в историческую перспективу развитие права в этой сфере. Документ напомнил, что процесс "интернационализации" "концессионных соглашений", заключаемых между компаниями-инвестором и принимающим государством, начался в XIX веке — начале XX века. Те соглашения считались "договорами по частному праву" или "договорами по публичному (или административному) праву", регулируемые внутренним правом государства инвестора или принимающего государства. После второй мировой войны исключение возможности использования внутреннего права и внутренней юрисдикции стало явной тенденцией в таких соглашениях, заложив в доктрине основу для мнения о том, что такие соглашения регулируются скорее "общими принципами, признанными цивилизованными нациями", нежели внутренним правом одного из двух из государств, и что такие соглашения являются "соглашениями в области экономического развития", регулируемые не внутренним правом, как и не международным правом, а *lex contractus*, даже если суды отказывались признавать такие определения<sup>387</sup>. Утверждалось, что эти концессионные соглашения или соглашения об экономическом развитии были предшественниками заключенных впоследствии многочисленных двусторонних инвестиционных договоров (ДИД), которые представляют собой межгосударственные соглашения, материально-правовые нормы которых регулируются международным правом. Однако с процессуальной точки зрения утверждалось, что, независимо от того, в какой степени смешанные суды могут походить на межгосударственные суды, Исследовательской группе следует относиться к ним с осторожностью и иначе, чем, например, делам о спорах ВТО.

Судья Чарльза Н. Броуэра и особое мнение профессора Доминго Белло Жанейро; делу *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi против Туркменистана*, МЦУИС, решение № ARB/10/1, направленное сторонам 2 июля 2013 года, и особое мнение профессора Уильяма В. Парка. См. также решение МЦУИС о возражении против юрисдикции из-за отсутствия согласия в деле *Garanti Koza LLP против Туркменистана* от 3 июля 2013 года.

<sup>387</sup> Ср. Международный Суд, дело *Об англо-иранской нефтяной компании (юрисдикция)*, решение от 22 июля 1952 года; *I.C.J. Reports 1952*, р. 93 at 112, где сказано: "Суд не может согласиться с мнением о том, что соглашение, подписанное между иранским правительством и англо-персидской нефтяной компанией, носит двойной характер. Это — не что иное, как концессионный договор между правительством и иностранной корпорацией".

161. Рабочий документ, подготовленный г-ном Хмудом, представляет собой подборку договорных положений, которые были предметом рассмотрения в решениях и затрагивали вопросы, связанные с возникшим при рассмотрении дела *Маффесини* вопросом о том, распространяются ли клаузулы о НБН на положения об урегулировании споров, наряду с соответствующими выдержками из решений.

162. В том что касается решений по делам *Даймлер* и *Килич*, рассматривавшихся Исследовательской группой, было отмечено, что они касались сходных спорных вопросов, как и в деле *Маффесини*, и что затрагиваемые в указанных решениях различные элементы могли представлять интерес для работы Исследовательской группы, поскольку в 2012 году она рассматривала вопрос о различных факторах, которые суды учитывают при толковании клаузул о НБН. В частности, Исследовательская группа признала, что интерпретативные подходы арбитражных судов к клаузуле о НБН и релевантность Венской конвенции о праве международных договоров для этой цели представляют особый интерес. В решениях были высвечены некоторые важные аспекты толкования договоров, такие как текстуальная и контекстуальная основа договора, включая договорную практику соответствующих государств, объект и цель договора, а также согласие и современность. Исследовательская группа приняла также к сведению тот факт, что арбитражный суд в деле *Даймлер* рассмотрел значение концепции режима большего/меньшего благоприятствования, имеющего отношение к различным процедурам урегулирования споров, имеющихся в распоряжении участников договора. Она также сочла, что обзор соответствующей судебной практики в решении по делу *Килич* мог бы представлять интерес при разработке окончательного доклада.

163. Ожидалось, что в ходе данной сессии Исследовательская группа начнет рассматривать проект окончательного доклада, который должен быть подготовлен Председателем с учетом представленных Исследовательской группе различных рабочих документов. В отсутствие Председателя Исследовательская группа, тем не менее, провела дальнейший обмен мнениями по широким наброскам своего окончательного доклада, вновь признав, что, хотя основной упор в ее работе приходится на сферу инвестиций, было бы лучше поставить обсуждение вопросов в более широкую плоскость, в частности с учетом общего международного права и предшествующей работы Комиссии. В докладе должны быть затронуты такие вопросы, как истоки и цель работы Исследовательской группы; проекты статей 1978 года и их актуальность; события после 1978 года; современное значение положений о НБН, включая проекты статей 1978 года; рассмотрение положений о НБН в других органах, таких как ЮНКТАД и ОЭСР; контекстуальные соображения, такие как феномен смешанных арбитражных судов, как о нем говорится, например, в документе г-на Мурасэ; и конфликтующие подходы к толкованию положений о НБН в судебных решениях.

164. Вновь обращаясь к толкованию положений о НБН в инвестиционных договорах с привлечением Венской конвенции о праве международных договоров в качестве отправной точки, Исследовательская группа отметила возможность разработки для окончательного доклада руководящих принципов и типовых условий. Тем не менее она признала опасность того, что любой результат может быть слишком прескриптивным. Вместо этого было отмечено, что могло бы быть полезно каталогизировать примеры из практики, касающейся договоров, и привлечь внимание государств к тому толкованию, которое различными судебными решениями придается различным положениям. Было выражено мнение, что обзор, начатый г-ном Хмудом, будет полезным, когда Исследовательская группа в конечном итоге обратится к проблеме

группа в конечном итоге обратится к проблеме руководящих принципов и типовых положений по вопросам, возникшим в решении по делу *Маффесини*. Исследовательская группа еще раз напомнила, что ранее ею была выявлена необходимость дальнейшего изучения вопроса о НБН применительно к торговле услугами в соответствии с ГАТС и инвестиционными договорами, а также взаимосвязи между стандартами НБН, справедливого и равного режима и национального режима. Все эти аспекты будут по-прежнему находиться под наблюдением Исследовательской группы по мере продвижения ее работы. Исследовательская группа в то же время помнила, что ей не следует слишком расширять сферу охвата своей работы.

## **Глава XII**

### **Другие решения и выводы Комиссии**

#### **A. Программа, процедуры и методы работы Комиссии и ее документация**

165. На своем 3160-м заседании 7 мая 2013 года Комиссия учредила Группу по планированию для текущей сессии.

166. Группа по планированию провела три заседания. Ей были представлены раздел I Тематического резюме обсуждений, состоявшихся в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят седьмой сессии, под названием "Другие решения и выводы Комиссии"; резолюция 67/92 Генеральной Ассамблеи по докладу Комиссии международного права о работе ее шестьдесят третьей и шестьдесят четвертой сессий, в частности пункты 23–28; резолюция 67/1 Генеральной Ассамблеи от 24 сентября 2012 года, содержащая Декларацию совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях; и резолюция 67/97 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 2012 года о верховенстве права на национальном и международном уровнях.

##### **1. Включение новых тем в программу работы Комиссии**

167. На своем 3171-м заседании 28 мая 2013 года Комиссия постановила включить в свою программу работы тему "Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами" и назначить г-жу Мари Г. Якобссон Специальным докладчиком по ней.

168. На своем 3197-м заседании 9 августа 2013 года Комиссия постановила включить в свою программу работы тему "Охрана атмосферы" и назначить г-на Синью Мурасэ Специальным докладчиком по ней. Комиссия включила данную тему в свою программу при том понимании, что:

a) работа по теме будет вестись таким образом, чтобы не мешать соответствующим политическим переговорам, в том числе по вопросам изменения климата, разрушения озонового слоя и трансграничного загрязнения воздуха на большие расстояния. Тема не будет касаться таких вопросов, как материальная ответственность государств и их граждан, принцип "загрязнитель платит", принцип предосторожности, общая, но дифференцированная ответственность и передача средств и технологий развивающимся странам, включая права интеллектуальной собственности, но также не имеет для этих вопросов преюдициального значения;

b) тема также не будет касаться конкретных веществ, таких как сажистый углерод, тропосферный озон и других веществ двойного воздействия, являющихся предметом переговоров между государствами. "Латание" пробелов в договорных режимах не будет целью данного проекта;

c) вопросы космического пространства, включая его делимитацию, останутся за рамками данной темы;

d) результатом работы по данной теме будет проект руководящих положений, который не будет налагать на действующие договорные режимы какие-либо правовые нормы и принципы помимо тех, которые в них уже заложены.

Исходя из этого понимания Специальный докладчик будет готовить свои доклады.

## 2. Рабочая группа по долгосрочной программе работы

169. На своем 1-м заседании 7 мая 2013 года Группа по планированию решила вновь учредить для текущей сессии Рабочую группу по долгосрочной программе работы. В отсутствие ее Председателя г-на Дональда М. Макрея функции Председателя Рабочей группы выполнял г-н Махмуд Д. Хмуд. Г-н Хмуд выступил с устным промежуточным докладом на 2-м заседании Группы по планированию 6 июня и с еще одним докладом на ее 3-м заседании 25 июля 2013 года. Рабочая группа рекомендовала включить в долгосрочную программу работы Комиссии тему "Преступления против человечности" исходя из предложения, внесенного г-ном Шоном Д. Мерфи. Рабочая группа руководствовалась принятой Комиссией на ее пятидесятой сессии (в 1998 году) рекомендацией в отношении критериев при выборе тем, а именно:

- а) тема должна отражать потребности государств в отношении прогрессивного развития и кодификации международного права;
- б) тема должна быть достаточно созревшей с точки зрения практики государств для прогрессивного развития и кодификации;
- с) тема должна быть конкретной и подходить для прогрессивного развития.

Комиссия также договорилась, что она не будет ограничиваться традиционными темами и может также рассматривать темы, которые отражают новые изменения в области международного права и насущные интересы международного сообщества в целом<sup>388</sup>.

170. Комиссия поддержала рекомендацию о включении в долгосрочную программу работы темы "Преступления против человечности". Было выражено мнение, что рассматривать эту тему, охарактеризованную в схематическом описании, следует исходя из более широкой перспективы, включая охват всех основных преступлений. Схематическое описание темы, включенной Комиссией в ее долгосрочную программу работы на ее нынешней сессии, приводится в приложении В к настоящему докладу.

## 3. Рассмотрение резолюции 67/97 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 2012 года о верховенстве права на национальном и международном уровнях

171. В своей резолюции 67/97 от 14 декабря 2012 года по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях Генеральная Ассамблея, в частности, вновь предложила Комиссии представить в своем докладе Генеральной Ассамблее комментарии относительно своей нынешней роли в поощрении верховенства права. Начиная со своей шестидесятой сессии (в 2008 году) Комиссия ежегодно представляла комментарии относительно своей роли в поощрении верховенства права. Комиссия отмечает, что комментарии, содержащиеся в пунктах 341–346 ее доклада за 2008 год (A/63/10), по существу сохраняют свою актуальность, и вновь подтверждает свои комментарии, изложенные в пункте 231 ее доклада за 2009 год (A/64/10), а также комментарии в пунктах 390–393 ее доклада за 2010 год (A/65/10), в

<sup>388</sup> Ежегодник... 1998 год, том II (Часть вторая), стр. 10 англ. текста, пункт 553.

пунктах 392–398 ее доклада за 2011 год (A/66/10) и в пунктах 274–279 ее доклада за 2012 год (A/67/10).

172. Комиссия приветствует Декларацию совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях, содержащуюся в резолюции 67/1 Генеральной Ассамблеи, и разделяет выраженную в Декларации приверженность международному порядку на основе верховенства права, а также признание того, что верховенство права относится в равной степени ко всем государствам и международным организациям. Комиссия также отмечает выраженное в ней удовлетворение работой Комиссии международного права по поощрению верховенства права на международном уровне на основе прогрессивного развития международного права и его кодификации.

173. Комиссия напоминает, что верховенство права составляет основное содержание работы Комиссии, поскольку ее миссия состоит в прогрессивном развитии международного права и его кодификации с учетом его применения на международном уровне.

174. Комиссия хотела бы подтвердить, что работа Комиссии привела к принятию государствами значительного числа конвенций. Чтобы эти конвенции полностью отвечали своим целям, их необходимо ратифицировать и применять. Помимо проектов статей, результаты работы Комиссии также принимают и другие формы, которые также способствуют прогрессивному развитию международного права и его кодификации. Учитывая принцип верховенства права во всей своей работе, Комиссия полностью осознает важность применения международного права на национальном уровне и преследует цель содействия установлению верховенства права как принципа управления на международном уровне.

175. Комиссия также приветствует позитивный вклад Генеральной Ассамблеи как главного совещательного и представительного органа Организации Объединенных Наций в обеспечение верховенства права во всех его аспектах на основе разработки политики и установления стандартов, а также прогрессивного развития международного права и его кодификации.

176. Комиссия как орган, учрежденный Генеральной Ассамблеей и действующий в соответствии с мандатом, который изложен в статье 13 (1) а) Устава Организации Объединенных Наций и в Положении о Комиссии, а также в соответствии с мнениями, выраженными государствами в Декларации совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права, продолжит добиваться прогресса в обеспечении верховенства права на основе прогрессивного развития международного права и его кодификации.

177. Комиссия приветствует решение Генеральной Ассамблеи выбрать тему "Верховенство права и мирное урегулирование международных споров" в качестве специальной темы обсуждения в ходе прений в Шестом комитете в этом году.

178. Учитывая тесную взаимосвязь между верховенством права на национальном и международном уровнях, Комиссия, выполняя свой мандат, касающийся прогрессивного развития международного права и его кодификации, считает, что ее работа должна учитывать в соответствующих случаях принципы прав человека, которые имеют основной характер для международного верховенства права, как они отражены в преамбуле и в статье 13 Устава Организации Объединенных Наций и в Декларации совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на

ной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях.

179. Соответственно, Комиссия поощряет учет принципов верховенства права на национальном и международном уровнях, в том числе, в частности, посредством своей работы над такими темами, как "Высылка иностранцев", "Защита людей в случае бедствий", "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)" и "Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции".

180. Комитет вновь заявляет о своей приверженности верховенству права во всей своей деятельности.

#### 4. Вознаграждение

181. Комиссия вновь подтверждает свои уже изложенные в предыдущих докладах Комиссии мнения по вопросу о вознаграждении, который возник в результате принятия Генеральной Ассамблеей резолюции 56/272 от 27 марта 2002 года<sup>389</sup>. Комиссия подчеркивает, что вышеуказанная резолюция особенно затрагивает Специальных докладчиков, поскольку она ставит под угрозу поддержку их исследовательской работы.

#### 5. Документация и публикации

182. Комиссия вновь подтвердила свое признание особой актуальности и важности для ее работы публикаций по правовым вопросам, подготавливаемых секретариатом<sup>390</sup>. Она с удовлетворением отметила, что Отдел кодификации смог значительно ускорить выпуск публикаций за счет продолжения и расширения своей инициативы по их подготовке с использованием настольных издательских средств, что позволило значительно повысить своевременность и актуальность этих публикаций для работы Комиссии.

183. Комиссия с удовлетворением отметила, что краткие отчеты Комиссии, представляющие собой важную часть подготовительной работы по прогрессивному развитию и кодификации международного права, не должны подлежать произвольным ограничениям в отношении их объема. Однако с учетом того, что нехватка персонала в подразделениях, несущих ответственность за составление кратких отчетов, может повлиять на точность и качество отчетов, после обмена мнениями между Секретариатом Комиссии и занимающимися составлением отчетов подразделениями был принят ряд экспериментальных мер для упорядочения обработки кратких отчетов Комиссии. Новый порядок предусматривает более оперативную передачу отчетов членам Комиссии для своевременной правки и скорый выпуск

<sup>389</sup> См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/57/10)*, пункты 525–531; там же, *пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/58/10)*, пункт 447; там же, *пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10)*, пункт 369; там же, *шестидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/60/10)*, пункт 501; там же, *шестидесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10)*, пункт 269; там же, *шестидесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункт 379; там же, *шестидесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10)*, пункт 358; там же, *шестидесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункт 240; там же, *шестидесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункт 396; и там же, *шестидесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункт 399; а также там же, *шестидесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункт 280.

<sup>390</sup> См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, пункты 387–395.

окончательных документов. Выражается надежда на то, что это приведет к более рациональному использованию ресурсов и облегчит подготовку окончательных отчетов на всех языках без ущерба для их точности.

184. Комиссия осознает, что в нынешней финансовой ситуации продолжение выпуска нескольких публикаций Отдела кодификации может оказаться под угрозой.

185. В свете чрезвычайной полезности следующих публикаций для ее работы Комиссия решила рекомендовать Генеральной Ассамблее просить Генерального секретаря продолжить издание следующих публикаций:

- a) "Работа Комиссии международного права" на всех шести официальных языках в начале каждого пятилетнего периода;
- b) *Reports of International Arbitral Awards* на английском или французском языках;
- c) "Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда" на всех шести официальных языках через каждые пять лет.

186. Комиссия выражает всем службам, занимающимся обработкой документации как в Женеве, так и в Нью-Йорке, свою признательность за своевременную и эффективную обработку документов Комиссии, зачастую несмотря на очень жесткие ограничения по времени, что позволило Комиссии планомерно выстроить свою работу.

187. Комиссия хотела бы выразить свою признательность Библиотеке Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве, которая эффективно и компетентно помогает ее членам в их работе.

#### **6. Целевой фонд для ликвидации отставания в публикации "Ежегодника Комиссии международного права"**

188. Комиссия вновь указала, что выпуски "Ежегодника" имеют важнейшее значение для понимания работы Комиссии в области прогрессивного развития и кодификации международного права, а также в плане укрепления верховенства права в международных отношениях. Комиссия приняла к сведению, что Генеральная Ассамблея в своей резолюции 67/92 выразила признательность правительствам, которые внесли добровольные взносы в Целевой фонд для устранения отставания в публикации "Ежегодника Комиссии международного права", и рекомендовала делать новые взносы в этот фонд.

#### **7. "Ежегодник Комиссии международного права"**

189. Комиссия постановила рекомендовать Генеральной Ассамблее выразить удовлетворение в связи с достигнутым в последние несколько лет заметным прогрессом в ликвидации отставания в публикации "Ежегодника Комиссии международного права" на всех шести языках и приветствовать усилия Управления конференционного менеджмента Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве, и особенно его Секции редактирования, в деле эффективного осуществления соответствующих резолюций Генеральной Ассамблеи; призвать Управление конференционного менеджмента и далее оказывать на постоянной основе необходимую поддержку Секции редактирования в публикации "Ежегодника"; и просить регулярно предоставлять Комиссии обновленную информацию о ходе этой работы.

## 8. Помощь Отдела кодификации

190. Комиссия выразила признательность Отделу кодификации Секретариата за его неоценимую помощь в обеспечении основного обслуживания Комиссии и его участие в научно-исследовательских проектах, посвященных работе Комиссии. Так, Комиссия выразила свою признательность секретариату за подготовку двух меморандумов по темам "Временное применение договоров" (A/CN.4/658) и "Формирование и доказательство существования обычного права" (A/CN.4/659). Комиссия вновь отметила особое значение и существенную важность для ее работы публикаций по правовым вопросам, подготавливаемых Отделом кодификации, и вновь повторила свою просьбу о том, чтобы Отдел кодификации и далее предоставлял Комиссии эти публикации.

## 9. Веб-сайты

191. Комиссия вновь выразила признательность Секретариату за продуктивную работу по постоянному обновлению и расширению веб-сайта, посвященного Комиссии международного права<sup>391</sup>. Комиссия вновь отметила, что этот веб-сайт и другие веб-сайты, обслуживаемые Отделом кодификации<sup>392</sup>, представляют собой бесценный ресурс как для самой Комиссии в процессе ее работы, так и для более широкого круга лиц, изучающих деятельность Комиссии, и содействуют тем самым общему совершенствованию преподавания, изучения, распространения и более широкого признания международного права. Комиссия приветствовала тот факт, что на веб-сайте Комиссии была размещена информация о ходе рассмотрения тем, фигурирующих в повестке дня Комиссии, а также предварительные краткие отчеты Комиссии.

## В. Сроки и место проведения шестьдесят шестой сессии Комиссии

192. Комиссия постановила провести свою шестьдесят шестую сессию в Женеве 5 мая – 6 июня и 7 июля – 8 августа 2014 года.

## С. Сотрудничество с другими органами

193. На 3182-м заседании 18 июля 2013 года в Комиссии выступил Председатель Международного Суда Петер Томка, который проинформировал ее о деятельности, осуществлявшейся Судом в последнее время<sup>393</sup>, особо отметив также недавние усилия по содействию признанию обязательной юрисдикции Суда в соответствии с его Статутом. После этого состоялся обмен мнениями.

194. На сессии Комиссии была представлена Афро-азиатская консультативно-правовая организация (ААКПО) в лице ее Генерального секретаря г-на Рахмата Мохамеда, который выступил перед членами Комиссии на 3176-м заседании 9 июля 2013 года<sup>394</sup>. Он сосредоточил свое внимание на мнениях государств – членов ААКПО на основании их заявлений на других международных форумах, на трех темах программы работы Комиссии, а именно: "Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции", "Защита лиц в случае стихийных бедствий"; и "Формирование и доказательство

<sup>391</sup> Расположен на <http://www.un.org/law/ilc/>.

<sup>392</sup> Общую информацию см. по адресу <http://www.un.org/law/index.htm>.

<sup>393</sup> Это выступление отражено в кратком отчете об этом заседании.

<sup>394</sup> Там же.

существования международного обычного права". После этого состоялся обмен мнениями.

195. Европейский комитет по правовому сотрудничеству и Комитет юрисконсультов по международному публичному праву (КЮМПП) на этой сессии Комиссии были представлены Председателем КЮМПП г-жой Лизбет Лижнзаад и Директором по юридическим вопросам и и.о. Отдела международного публичного права Совета Европы г-жой Кристиной Олсен, обе выступили перед членами Комиссии на 3177-м заседании 10 июля 2013 года<sup>395</sup>. Они остановились на текущей деятельности КЮМПП по широкому кругу правовых вопросов, а также на деятельности Совета Европы. После этого состоялся обмен мнениями.

196. Межамериканский юридический комитет на этой сессии Комиссии был представлен г-ном Мигелем Пичардо Оливье, который выступил в Комиссии на 3180-м заседании 16 июля 2013 года<sup>396</sup>. Он рассказал о работе Комитета на основе его ежегодного доклада, а также сообщил о деятельности, запланированной на 2013 год. После этого состоялся обмен мнениями.

197. Комиссию Африканского союза по международному праву на этой сессии Комиссии представлял ее Председатель г-н Аделардус Киланги, который выступил в Комиссии на 3189-м заседании 31 июля 2013 года<sup>397</sup>. Он сообщил о деятельности Комиссии Африканского союза по международному праву. После этого состоялся обмен мнениями.

198. 16 июля 2013 года состоялся неофициальный обмен мнениями между членами Комиссии и Международного комитета Красного Креста (МККК) по вопросам, представляющим взаимный интерес. Была представлена информация о деятельности Юридического отдела МККК и Договоре о торговле оружием и его гуманитарных целях, а также по темам, входящим в программу работы Комиссии, в том числе по теме "Формирование и доказательство существования международного обычного права"<sup>398</sup>.

#### **D. Представительство на шестьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи**

199. Комиссия постановила, что на шестьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи она будет представлена своим Председателем г-ном Берндом Х. Нихаусом.

200. В связи с тем, что прения в Шестом комитете по теме "Оговорки к международным договорам" были отложены до шестьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи, Комиссия вновь подтвердила свое высказанное на ее последней сессии (в 2012 году) пожелание относительно того, чтобы Ассамблея пригласила бывшего Специального докладчика по данной теме г-на Алена

<sup>395</sup> Там же.

<sup>396</sup> Там же.

<sup>397</sup> Там же.

<sup>398</sup> Г-н Лоран Колассис, заместитель начальника Юридического отдела МККК, представил обзор работы Юридического отдела МККК, а г-жа Натали Вайсман, юридический советник Группы по проблемам торговли оружием МККК, выступила с презентацией, посвященной Договору о торговле оружием и его гуманитарным целям. Г-н Ш.Д. Мерфи представил общий обзор тем, входящих в программу работы Комиссии, а г-н М. Вуд выступил с презентацией по вопросу "Формирование и доказательство существования международного обычного права".

Пелле присутствовать на прениях в Шестом комитете при обсуждении соответствующей главы доклада Комиссии за 2011 год<sup>399</sup>.

## **Е. Лекция памяти Жилберту Амаду**

201. 17 июля 2013 года члены Комиссии, участники Семинара по международному праву и другие эксперты по международному праву присутствовали на лекции памяти Жилберту Амаду под названием "Современные тенденции в *opinio juris* и материальные доказательства международного обычного права", с которой выступил профессор Сан-Паульского университета Паулу Борба Каселья. После этого состоялось обсуждение.

## **Ф. Семинар по международному праву**

202. В соответствии с резолюцией 67/92 Генеральной Ассамблеи в ходе данной сессии Комиссии во Дворце Наций с 8 по 26 июля 2013 года состоялась сорок девятая сессия Семинара по международному праву. Семинар предназначен для студентов, специализирующихся в области международного права, и для молодых преподавателей или государственных должностных лиц, занимающихся преподавательской деятельностью или работающих на дипломатическом поприще либо состоящих на гражданской службе в их стране.

203. В Семинаре принял участие 21 представитель из различных стран, представляющих все региональные группы<sup>400</sup>. Участники присутствовали на пленарных заседаниях Комиссии, посещали специально организованные для них лекции и участвовали в обсуждениях в рабочих группах по конкретным темам.

204. Семинар открыл Председатель Комиссии г-н Бернд Нихаус. За административные вопросы, организацию и проведение Семинара отвечал старший советник по правовым вопросам Отделения Организации Объединенных Наций в Женеве (ЮНОГ) г-н Маркус Шмидта. Практическую координацию работы Семинара обеспечивал Женевский университет. Эксперт Женевского университета по международному праву г-н Витторио Майнетти выполнял функции координатора при содействии помощника по правовым вопросам г-на Мартина Дениса.

<sup>399</sup> См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10*, (A/66/10), глава IV и Add.1.

<sup>400</sup> Список участников Семинара (в английском алфавитном порядке) был следующим: г-н Хатем Алабд (Египет), г-жа Макико Асами (Япония), г-н Ионас Аттенхофер (Швейцария), г-жа Данаи Азария (Греция), г-н Эдуардо Кагони (Аргентина), г-н Хорхе Луис Сеперо Агилар (Куба), г-н Расамине Конго (Буркина-Фасо), г-жа Фиона Девлин (Ирландия), г-жа Атикарн Дилогватана (Таиланд), г-жа Алисия Гауто Васкес (Парагвай), г-жа Хен Юна Ким (Южная Корея), г-жа Памела Лопес-Руис Монтес (Перу), г-н Брайан Макгерри (Соединенные Штаты Америки), г-жа На Тхи Нгок Нгуен (Вьетнам), г-жа Сихам Себбар (Марокко), г-н Эдгардо Собенес Обрегон (Никарагуа), г-жа Сарала Субраманьям (Сингапур), г-н Алексей Николаевич Трофименков (Российская Федерация), г-н Сойло Веласко (Филиппины), г-н Мавусе Вормавор (Гана) и г-жа Ольга Воронович (Беларусь). Отборочный комитет под председательством г-на Марко Сассоли (профессора и директора Факультета международного публичного права в Женевском университете) провел заседание во Дворце Наций 22 апреля 2013 года и отобрал 24 кандидата из 86 человек, подавших заявки на участие в Семинаре. В последний момент перед началом Семинара трое из отобранных участников сообщили о том, что не смогут прибыть на него.

205. Членами Комиссии были прочитаны следующие лекции: Г-н Эрнест Петрич: "Работа Комиссии международного права"; г-н Георг Нольте: "Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров"; г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес: "Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции"; г-н Дире Тлади: "Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву и толкование договоров: использование последующей практики и последующих соглашений для урегулирования споров относительно устойчивого использования биологического разнообразия морской среды"; г-н Майкл Вуд: "Формирование и доказательство существования международного обычного права"; г-н Шон Д. Мерфи: "Отбор новых тем для Комиссии международного права: процедура и содержание"; г-н Маттьяс Форто: "Справедливое и равное обращение в сфере международного инвестиционного права"; и г-н Синья Мурасэ: "Международное правотворчество в целях охраны глобальной окружающей среды". Лекция была также прочитана Советником по правовым вопросам Международного комитета Красного Креста г-жой Ирис Мюллер по теме "Международное обычное гуманитарное право".

207. Участники Семинара приняли участие в специальном выездном занятии в формате "мозговой атаки", организованном Женевским университетом по теме: "Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами". В ходе этого занятия г-жа Мари Якобссон, член Комиссии и Специальный докладчик по данной теме, представила данную тему. После нее с речами и комментариями выступили профессор Женевского университета Марко Сассоли; профессор Женевского университета Роберт Колб; профессор Женевского университета Макане Мбенге; старший научный сотрудник Женевского университета д-р Мара Тигнино; представитель Международного комитета Красного Креста г-жа Мари-Луиз Туга; старший преподаватель Эссекского университета г-жа Карен Ульме; научный сотрудник Лундского университета г-жа Бритта Сьостедт; и Руководитель Отдела экологического сотрудничества в целях миростроительства ЮНЕП г-н Дэвид Дженсен.

208. Участники Семинара также присутствовали на лекции памяти Жилберту Амаду 17 июля 2013 года, после которой состоялся прием, организованный Бразилией.

209. Участники Семинара имели возможность познакомиться с работой других международных организаций, расположенных в Женеве. Для них были организованы посещение Международного союза электросвязи (МСЭ), а также лекция г-на Александра Бека, Старшего советника по правовым вопросам Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (УВКБ).

210. В рамках Семинара были созданы три рабочих группы по темам "Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров", "Защита людей в случае бедствий" и "Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции". Каждый участник Семинара был приписан к одной из этих групп. Три члена Комиссии, г-жа Консепсьон Эскобар Эрнандес, г-н Георг Нольте и г-н Эдуардо Валенсия Ospina, наблюдали за деятельностью рабочих групп и консультировали их в качестве экспертов. Каждая группа подготовила доклад и представила свои выводы участникам Семинара в ходе специального заседания. Эти доклады были сведены воедино и распространены среди всех участников, а также среди членов Комиссии.

211. Республикой и Кантоном Женевы для участников была организована экскурсия по городской ратуше и залу "Алабама".

212. На церемонии закрытия Семинара перед членами Комиссии и его участниками выступили: Председатель Комиссии г-н Бернд Нихаус, Директор Семинара г-н Маркус Шмидт и от имени участников Семинара – г-жа Памела Лопес-Руис Монте (Перу). Каждому участнику был вручен диплом, подтверждающий его участие в работе сорок девятой сессии Семинара.

213. Комиссия с особым удовлетворением отметила, что с 2010 года правительства Австрии, Аргентины, Индии, Ирландии, Китая, Мексики, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Швейцарии, Швеции и Финляндии вносят добровольные взносы в Целевой фонд Организации Объединенных Наций для Семинара по международному праву. Финансовое положение Фонда позволило выделить стипендии достаточному количеству достойных кандидатов, прежде всего из развивающихся стран, и тем самым обеспечить адекватную географическую представленность участников. В этом году стипендии (покрывающие как путевые расходы, так и расходы на проживание) были предоставлены 15 кандидатам.

214. За период с 1965 года в работе Семинара приняли участие 1 115 человек, представлявших 170 стран. Из них 684 человека получили стипендии.

215. Комиссия подчеркивает то значение, которое она придает Семинару, позволяющему молодым юристам, особенно из развивающихся стран, ознакомиться с работой Комиссии и деятельностью многих международных организаций, базирующихся в Женеве. Комиссия рекомендует Генеральной Ассамблее вновь обратиться к государствам с призывом выделить добровольные взносы для обеспечения проведения Семинара с возможно более широким кругом участников в 2014 году, особенно в свете предстоящей 50-й годовщины Семинара.

## **G. Празднование 50-й годовщины Семинара по международному праву**

216. Комиссия выразила удовлетворение тем, что в 2014 году Семинар по международному праву проведет свою пятидесятую сессию, и признала важный вклад, который внес Семинар, позволивший нескольким поколениям молодых юристов-международников следить за дискуссиями и лучше уяснить функционирование Комиссии.

217. Было принято решение о том, что Комиссия в сотрудничестве с Группой взаимодействия по правовым вопросам Организации Объединенных Наций в Женеве организует соответствующее празднование 50-летней годовщины, пригласив, по возможности, бывших участников Семинара, включая тех из них, которые позднее стали членами Комиссии и Международного Суда.

218. Проведение торжественных мероприятий можно было бы приурочить к посещению Комиссии Председателем Международного Суда.

## Приложения

- Приложение А. Доклад Рабочей группы по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)
- Приложение В. Преступления против человечности

## Приложение А

### Доклад Рабочей группы по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)

#### 1. Введение

1. *Цель.* Настоящий доклад призван подытожить и высветить определенные аспекты работы Комиссии по теме "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)", чтобы оказать содействие государствам и облегчить обсуждение данной темы в Шестом комитете.

2. *Обязательство бороться с безнаказанностью в соответствии с принципом верховенства права.* Государства выразили желание сотрудничать между собой, а также с компетентными международными трибуналами в борьбе с безнаказанностью за преступления, и в частности безнаказанностью за правонарушения, вызывающие озабоченность международного сообщества<sup>1</sup>, и в соответствии с принципом верховенства права<sup>2</sup>. В Декларации совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях главы государств и правительств, присутствовавшие на совещании 24 сентября 2012 года, взяли на себя обязательство "обеспечить непримиримое отношение к безнаказанности за геноцид, военные преступления, преступления против человечности, нарушения норм международного гуманитарного права и грубые нарушения норм в области прав человека", а также обязались "обеспечить надлежащее расследование таких нарушений и соответствующее наказание за них, в том числе путем привлечения к суду ответственных за любые совершенные преступления, используя для этого национальные механизмы или, когда это необходимо, региональные или международные механизмы в соответствии с нормами международного права..."<sup>3</sup>. Обязательство сотрудничать в борьбе против безнаказанности предусмотрено в многочисленных конвенциях, в частности посредством обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование<sup>4</sup>. Государства широко разделяют мнение о том, что

<sup>1</sup> См., например, резолюцию 2840 (XXVI) Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1971 года, озаглавленную "Вопрос о наказании военных преступников и лиц, совершивших преступления против человечества"; резолюцию 3074 (XXVIII) Генеральной Ассамблеи от 3 декабря 1973 года о "Принципах международного сотрудничества в отношении обнаружения, ареста, выдачи и наказания лиц, виновных в военных преступлениях и преступлениях против человечества"; и принцип 18 резолюции 1989/65 Экономического и Социального Совета от 24 мая 1989 года, озаглавленной "Эффективное предупреждение и расследование незаконных, произвольных и суммарных казней".

<sup>2</sup> Резолюция 67/1 Генеральной Ассамблеи от 24 сентября 2012 года.

<sup>3</sup> Там же, пункт 22.

<sup>4</sup> См. Часть 3 ниже. В деле *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)*, Международный Суд заявляет: "...Выдача и судебное преследование являются альтернативными способами борьбы с безнаказанностью в соответствии с пунктом 1 статьи 7 [Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года]..." (Judgment of 20 July 2012, пункт 50). Суд добавляет, что у государств – участников Конвенции против пыток есть

обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование играет ключевую роль в борьбе против безнаказанности<sup>5</sup>; это обязательство применимо в отношении широкого круга преступлений, вызывающих серьезную озабоченность международного сообщества, и включено во все секторальные конвенции по борьбе с международным терроризмом, заключенные с 1970 года.

3. Роль, которую обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование играет в международном сотрудничестве в деле борьбы против безнаказанности, признается, по меньшей мере, со времен Гуго Гроция, который постулировал принцип *aut dedere aut punire* (либо выдать, либо наказать): "Государство, в котором находится тот, кто уличен в преступлении, должно или само, по требованию другого государства, наказать по заслугам преступника, или же предоставить это усмотрению соответствующего государства"<sup>6</sup>. В современной лексике слово "кара" в качестве альтернативы выдачи заменено на "преследование", с тем чтобы лучше отразить возможность признания предполагаемого правонарушителя невиновным.

4. *Важность обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в работе Комиссии международного права.* Можно считать, что этот вопрос был включен в тему "Юрисдикция в отношении преступлений, совершенных вне национальной территории", которая значилась в предварительном перечне из 14 тем для обсуждения на первой сессии Комиссии в 1949 году<sup>7</sup>. Она также затрагивалась в статье 8 ("Установление юрисдикции") и статье 9 ("Обязательство в отношении выдачи или судебного преследования") Проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года. В статье 9 Проект кодекса предусматривает обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование за геноцид, преступления против

---

"общая заинтересованность в том, чтобы обеспечить, ввиду разделяемых ими ценностей, предотвращение актов пыток, а в случае их совершения – не допустить безнаказанности совершивших их лиц" (там же, пункт 68). Суд напоминает, что объект и цель Конвенции заключаются в "повышении эффективности борьбы против пыток, не допуская безнаказанности виновных в подобных деяниях" (там же, пункт 74, и ср. также пункт 75).

В своем четвертом докладе Специальный докладчик Здислав Галицкий подробно рассмотрел вопрос об обязанности сотрудничать в борьбе против безнаказанности. Он привел следующие примеры международных договоров, закладывающих правовую основу обязанности сотрудничать: Статья 1 (3) Устава Организации Объединенных Наций, Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, преамбула к Римскому статуту Международного уголовного суда 1998 года и принцип XII Руководящих принципов Комитета министров Совета Европы, касающихся искоренения безнаказанности за серьезные нарушения прав человека, принятых Комитетом министров 30 марта 2011 года, A/CN.4/648, пункты 26–33.

<sup>5</sup> Например, Бельгия (A/CN.4/612, пункт 33); Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция (A/C.6/66/SR.26, пункт 10); Швейцария (там же, пункт 18); Сальвадор (там же, пункт 24); Италия (там же, пункт 42); Перу (там же, пункт 64); Беларусь (A/C.6/66/SR.27, пункт 41); Российская Федерация (там же, пункт 64); и Индия (там же, пункт 81).

<sup>6</sup> Гуго Гроций, *О праве войны и мира*. Книга II, глава XXI, пункт IV (на русском языке: Саккетти А.Л. Репринт с издания 1956 года – М.: Ладомир, 1994. – 868 с., С. 508).

<sup>7</sup> United Nations, *The Work of the International Law Commission, Eighth edition* (New York: United Nations, 2012), vol.1, p.37. Последнее издание на русском языке: Организация Объединенных Наций, *Работа Комиссии международного права, седьмое издание*, Организация Объединенных Наций, Нью-Йорк, 2009 год, том 1, стр. 43.

человечности, преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала и военные преступления<sup>8</sup>. Считается, что принцип *aut dedere aut judicare* проистекает из "ряда многосторонних конвенций"<sup>9</sup>, которые содержат это обязательство. Анализ истории Проекта кодекса наводит на мысль о том, что проект статьи 9 обусловлен потребностью в эффективной системе криминализации и судебного преследования за указанные основные преступления, а не фактической практикой государств и *opinio juris*<sup>10</sup>. Статья обосновывается тяжестью соответствующих преступлений и желанием бороться с безнаказанностью лиц, совершающих эти преступления<sup>11</sup>. Хотя в Проекте кодекса речь идет об основных преступлениях<sup>12</sup>, материальная сфера действия обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование охватывает все серьезные преступления, вызывающие озабоченность международного сообщества, как указано в пункте 2) выше.

<sup>8</sup> "Без ущерба для юрисдикции международного уголовного суда государство-участник, на территории которого обнаружено лицо, подозреваемое в совершении одного из преступлений, предусмотренного в статье 17 [геноцид], 18 [преступления против человечности], 19 [преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала] или 20 [военные преступления], выдает это лицо или возбуждает против него судебное преследование". См. также Комментарии Комиссии к этой статье (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/51/10)*, глава II).

<sup>9</sup> *Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества с комментариями*, статья 8, пункт 3 (там же).

<sup>10</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 10 (A/49/10)*, стр. 133, пункт 142.

<sup>11</sup> *Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества с комментариями*, статья 8, пункты 3, 4 и 8, и статья 9, пункт 2 (там же, *пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/51/10)*).

<sup>12</sup> В первом чтении в 1991 году Проект кодекса охватывал следующие 12 преступлений: агрессия; угроза агрессии; вмешательство; колониальное господство и другие формы иностранного господства; геноцид; апартеид; систематические и массовые нарушения прав человека; исключительно серьезные военные преступления; вербовка, финансирование и обучение наемников; международный терроризм; незаконный оборот наркотических средств; и преднамеренный и серьезный ущерб окружающей среде. На сессиях в 1995 и 1996 годах Комиссия сократила количество преступлений в итоговом Проекте кодекса до четырех: агрессии; геноцида; военных преступлений; и преступлений против человечности, придерживаясь наследия Нюрнбергского трибунала в качестве критерия отбора преступлений для Проекта кодекса. Главной причиной такого подхода, по-видимому, оказались неблагоприятные комментарии 24 государств по поводу списка из 12 преступлений, предложенных в 1991 году. Пятое преступление – преступления против персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала – было добавлено в последний момент в силу его масштабности, остроты проблемы нападений на такой персонал и "ее основополагающего значения для поддержания мира и безопасности" (A/CN.4/448 и Add.1).

Преступление агрессии не входило в положение статьи 9 Проекта кодекса. По мнению Комиссии: "[в]ынесение национальным судом одного государства решений по вопросу о том, имела ли место в данном случае агрессия со стороны другого государства, противоречило бы основополагающему принципу международного права *par in parem impetium non habet* ... [и] осуществление национальным судом государства юрисдикции, сопряженной с рассмотрением вопроса о совершении агрессии другим государством, имело бы серьезные последствия для международных отношений и международного мира и безопасности" (*Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества с комментариями, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/51/10)*, стр. 59, пункт 14).

5. *Использование латинской терминологии "aut dedere aut judicare".* В прошлом некоторые члены Комиссии, включая Специального докладчика Здислава Галицкого, ставили под сомнение использование латинской формулы "aut dedere aut judicare", особенно в отношении термина "judicare", который, по их мнению, не вполне соответствовал объему термина "судебное преследование". Вместе с тем Специальный докладчик на тот момент считал, что было бы преждевременно углубляться в точное определение терминов и было бы лучше оставить это для будущего проекта статьи "Использование терминов"<sup>13</sup>. В этом докладе Рабочая группа исходит из того, что приоритетность обязательной "выдачи" по сравнению с "судебным преследованием" или наоборот зависит от контекста и применимого правового режима в конкретных ситуациях.

## 2. Резюме работы Комиссии с 2006 года

6. Комиссия включила тему "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)" в свою программу работы на пятьдесят седьмой сессии (в 2005 году) и назначила г-на Здислава Галицкого Специальным докладчиком<sup>14</sup>. Это решение было одобрено Шестым комитетом Генеральной Ассамблеи<sup>15</sup>. С пятьдесят восьмой сессии (в 2006 году) по шестьдесят третью сессию (в 2011 году) Комиссия получила и рассмотрела четыре доклада и четыре проекта статей, представленных Специальным докладчиком<sup>16</sup>. В 2009 году по данной теме была создана рабочая группа под председательством г-на Алена Пелле для определения общих рамок рассмотрения темы с целью указания вопросов, подлежащих решению и установлению очередности<sup>17</sup>. Комиссия приняла к сведению устный доклад Председателя Рабочей группы и воспроизвела предлагаемые общие рамки рассмотрения темы, подготовленные Рабочей группой, в своем ежегодном докладе о работе шестьдесят первой сессии (в 2009 году)<sup>18</sup>.

7. В соответствии с частью а) ii) о предлагаемых общих рамках, которая касается "Обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в существующих договорах", секретариат Комиссии провел "Обзор многосторонних конвенций, которые могут иметь значение для работы Комиссии над темой "Обязательство выдавать или осуществлять судебное

<sup>13</sup> A/CN.4/603, пункты 36–37. В своем предварительном докладе Специальный докладчик представил на обсуждение различные латинские формулы, относящиеся к данной теме, а именно: aut dedere aut punire; judicare aut dedere; aut dedere aut prosequi; aut dedere, aut judicare, aut tergiversari и aut dedere aut poenam persequi (A/CN.4/571, пункты 5–8). См. также: Raphaël van Steenberghe, "The Obligation to Extradite or Prosecute: Clarifying its Nature" (*Journal of International Criminal Justice*, vol.9 (2011), p. 1089 at pp. 1107-8, относительно формул aut dedere aut punier, aut dedere aut prosequi, и aut dedere aut judicare.

<sup>14</sup> На ее 2865-м заседании 4 августа 2005 года (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесятая сессия, Дополнение № 10* (A/60/10), пункт 500).

<sup>15</sup> Резолюция 60/22 Генеральной Ассамблеи от 23 ноября 2005 года.

<sup>16</sup> Специальный докладчик представил предварительный доклад (A/CN.4/571) в 2006 году, свой второй доклад (A/CN.4/585 и Согг.1) в 2007 году, свой третий доклад (A/CN.4/603) в 2008 году и свой четвертый доклад (A/CN.4/648) в 2011 году. Специальный докладчик г-н Галицкий предложил проекты статей в своем втором докладе (A/CN.4/585, пункт 76), третьем докладе (A/CN.4/603, пункты 110–129) и спустя три года в своем четвертом докладе (A/CN.4/648, пункты 40, 70–71 и 95).

<sup>17</sup> На 2988-м заседании 31 июля 2008 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10* (A/63/10), пункт 315.

<sup>18</sup> Там же, *шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10* (A/64/10), пункт 204.

преследование (aut dedere aut judicare)"<sup>19</sup> (далее "Обзор секретариата (2010)"). Исследование позволило выявить многосторонние договоры универсального и регионального охвата, которые содержат положения, объединяющие выдачу и судебное преследование в качестве альтернативы для наказания правонарушителей.

8. В июне 2010 года Специальный докладчик представил рабочий документ, озаглавленный "Основы для обсуждения в Рабочей группе темы "Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (aut dedere aut judicare)"<sup>20</sup>, в котором он высказал замечания и предложения по поводу предлагаемых общих рамок 2009 года, отталкиваясь от Обзора секретариата (2010). В частности, Специальный докладчик привлек внимание к вопросам, касающимся: а) правовых основ обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, б) материальной сферы охвата обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, с) содержания обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, и d) условий для задействия обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование.

9. В 2010 году Рабочая группа под временным председательством г-на Энрике Х.А. Кандиоти признала, что Обзор секретариата (2010 года) помог прояснить положения предложенных общих рамок 2009 года. Было отмечено, что в стремлении пролить свет на вопросы, согласованные в предложенных общих рамках, многостороннюю договорную практику, которая была объектом Обзора секретариата (2010 года), следует дополнить детальным рассмотрением других аспектов практики государств (включая, но не ограничиваясь только этим, национальное законодательство, прецедентное право и официальные заявления представителей правительств). Кроме того, было отмечено, что, поскольку обязанность сотрудничать в борьбе против безнаказанности, по-видимому, лежит в основе обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, необходимо провести систематическую оценку практики государств в этой области. Это позволит уточнить, в какой степени данная обязанность влияет как общее правило или в связи с конкретными преступлениями на работу Комиссии по этой теме, включая работу по определению материальной сферы охвата, содержания обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, а также условия задействия обязательства.

10. На шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) Комиссия учредила рабочую группу открытого состава под председательством г-на Криангсака Киттичайсари для оценки хода работы Комиссии по этой теме и изучения будущих возможных вариантов действий Комиссии<sup>21</sup>. На этом этапе никто не был назначен Специальным докладчиком вместо г-на Галицкого, который уже вышел из состава Комиссии. На шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) Председатель рабочей группы представил четыре неофициальных рабочих документа и на шестьдесят пятой сессии (в 2013 году) – еще четыре неофициальных рабочих документа. Обсуждение Рабочей группой этих неофициальных рабочих документов составляет основу данного доклада.

<sup>19</sup> A/CN.4/630.

<sup>20</sup> A/CN.4/L.774.

<sup>21</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10), пункт 206.*

### 3. Рассмотрение темы Рабочей группы в 2012 и 2013 годах

11. Рабочая группа посчитала Обзор секретариата (2010 года) и постановление Международного Суда от 20 июля 2012 года по делу *Вопросы, связанные с обязательством судебного преследования или выдачи (Бельгия против Сенегала)*, полезными для своей деятельности.

12. *Типология положений многосторонних договоров.* Обзор секретариата (2010 года) предлагал описание и типологию соответствующих договоров в свете этих положений и содержал анализ работы по разработке текстов некоторых ключевых конвенций, которые стали моделями в этой области. По некоторым положениям в нем также анализировались любые сделанные оговорки. В нем отмечались сходства и различия между рассматриваемыми положениями разных конвенций и их эволюция, а также представлялись общие выводы в отношении: а) взаимосвязи между выдачей и судебным преследованием в соответствующих положениях; б) условий, применимых к выдаче в соответствии с различными конвенциями; и с) условий, применимых к судебному преследованию в соответствии с различными конвенциями. Конвенции, которые включают в себя такие положения, разбиваются в обзоре на четыре следующие категории: а) Конвенцию по борьбе с подделкой денежных знаков 1929 года и другие конвенции, которые следуют той же модели; б) региональные конвенции о выдаче; с) Женевские конвенции 1949 года и Дополнительный протокол I 1977 года; и d) Гаагскую конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года и другие конвенции, которые следуют той же модели.

13. Конвенция по борьбе с подделкой денежных знаков 1929 года и другие конвенции, которые следуют той же модели<sup>22</sup>, обычно: а) криминализуют соответствующее правонарушение, которое государства-участники обязуются сделать наказуемым в соответствии с национальным законодательством; б) предусматривают положение о судебном преследовании и экстрадиции, которое учитывает различные точки зрения государств в отношении выдачи своих граждан и осуществления экстерриториальной юрисдикции, причем за последней признается разрешительный, а не обязательный характер; с) содержат положения, которые налагают обязательство выдачи, с использованием судебного преследования в случае отказа в выдаче; d) устанавливают такой режим выдачи, при котором государства обязуются в определенных обстоятельствах считать правонарушение влекущим выдачу; е) содержат положение, согласно которому подход государства к общему вопросу уголовной юрисдикции в качестве вопроса международного права не затрагивается участием этого государства в конвенции; и f) содержат клаузулу о ненадании ущерба уголовному законодательству и системе уголовного правосудия каждого государства. Если одни из договоров, построенных по этой модели, содержат терминологические различия лишь только редакционного характера, то другие существенным образом меняют обязательства, принятые государствами-участниками.

<sup>22</sup> Например, а) Конвенция по борьбе с нелегальной торговлей сильнодействующими средствами 1936 года; б) Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него 1937 года; с) Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами 1950 года; d) Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года; и е) Конвенция о психотропных веществах 1971 года.

14. Хотя многочисленные региональные конвенции и соглашения по вопросам выдачи также содержат положения, предусматривающие как выдачу, так и осуществление судебного преследования<sup>23</sup>, как правило, в этих документах основной упор ставится на обязательство по выдаче (которое подробно регламентируется), а судебное преследование рассматривается лишь в качестве альтернативы, призванной не допустить безнаказанности в контексте правового сотрудничества. В соответствии с данной моделью выдача является одной из гарантий эффективности уголовной юрисдикции. Государства-участники несут общую обязанность выдавать, если только просьба о выдаче не подпадает под особое условие или исключение, включая императивные и дискреционные основания для отказа. Например, выдача граждан может быть запрещена или для ее осуществления могут быть затребованы особые гарантии. Положения заключенных впоследствии соглашений и договоренностей с течением времени претерпевали изменения, в частности в отношении таких условий и исключений<sup>24</sup>.

15. Четыре Женевские конвенции 1949 года содержат одинаковое положение, согласно которому каждая из Высоких Договаривающихся Сторон обязуется разыскивать лиц, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить то или иное из серьезных нарушений и, каково бы ни было их гражданство, предать их своему суду. Она сможет также, если она этого пожелает, передавать их в соответствии с положениями своего законодательства для суда другой заинтересованной Высокой Договаривающейся Стороне в том случае, если эта Договаривающаяся Сторона имеет доказательства, дающие основание для обвинения этих лиц<sup>25</sup>. Следовательно, согласно данной модели, обязательство разыскивать предполагаемого правонарушителя и осуществлять судебное преследование не обуславливается какими-либо юрисдикционными соображениями и существует независимо от того, поступает ли от другой стороны просьба о выдаче<sup>26</sup>. Тем не менее выдача является одним из возможных вариантов при том условии, что государство, осуществляющее преследование, имеет доказательства, дающие основания для обвинения. Этот механизм делается применимым к Протоколу I 1977 года путем отсылки<sup>27</sup>.

16. В статье 7 Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года предусматривается, что "Договаривающееся Государство, на территории которого оказывается предполагаемый преступник, если оно не

<sup>23</sup> К этим документам относятся: а) Раздел III ("О выдаче") книги IV ("Международный процесс") Конвенции о международном частном праве 1928 года, также известной как "Кодекс Бустаманте"; б) Конвенция о выдаче 1933 года; в) Межамериканская конвенция о выдаче 1981 года; г) Европейская конвенция о выдаче 1957 года; д) Генеральная конвенция о сотрудничестве в судебной области 1961 года (*Convention générale de coopération en matière de justice*); е) Конвенция о выдаче Экономического сообщества западноафриканских государств (ЭКОВАС) 1994 года; и г) Лондонская схема экстрадиции в рамках Содружества.

<sup>24</sup> Следует также напомнить, что Генеральная Ассамблея приняла Типовой договор об экстрадиции (резолюция 45/116, приложение) и Типовой договор о взаимной помощи в области уголовного правосудия (резолюция 45/117).

<sup>25</sup> Статьи 49, 50, 129 и 146, соответственно, первой, второй, третьей и четвертой Женевских конвенций. В статье 54 Обзора секретариата (2010) объясняется, почему в этих Женевских конвенциях употребляется термин "передавать" вместо "выдавать". Как считает Клаус Кресс ("Reflection on the *Iudicare* Limb of the Grave Breaches Regime" *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), p. 789, ветвь *iudicare* режима грубых нарушений фактически влечет за собой обязанность расследования и, при необходимости, привлечения к ответственности и осуждения).

<sup>26</sup> См. Жан Пикте (ред.), *Женевская конвенция от 12 августа 1949 года; Комментарий*, том IV (Международный комитет Красного Креста, 1958 год) 593.

<sup>27</sup> Статья 85 (1), (3) и статья 88 (2) Дополнительного протокола I 1977 года.

выдает его, обязано... передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования". Данная "Гагская формула" является разновидностью формулы Женевских конвенций и послужила моделью для последующих конвенций, направленных на пресечение конкретных правонарушений, прежде всего в области борьбы с терроризмом, но также и во многих других сферах (включая пытки, наемничество, преступления против Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, транснациональную преступность, коррупцию, насильственные исчезновения и т.д.)<sup>28</sup>. Однако во многих последующих документах первоначальная

<sup>28</sup> К ним относятся, в частности: а) Конвенция о предупреждении и наказании за совершение актов терроризма, принимающих форму преступлений против лиц и связанного с этим вымогательства, когда эти акты носят международный характер, принятая Организацией американских государств (ОАГ) в 1971 году; б) Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации 1971 года; в) Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов 1973 года; г) Европейская конвенция о пресечении терроризма 1977 года; д) Конвенция Организации африканского единства о ликвидации наемничества в Африке 1977 года; е) Международная конвенция о борьбе с захватом заложников 1979 года; ж) Конвенция о физической защите ядерного материала 1979 года; з) Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года; и) Межамериканская конвенция о предупреждении пыток и наказании за них 1985 года; к) Региональная конвенция Ассоциации регионального сотрудничества стран Южной Азии (СААРК) о пресечении терроризма 1987 года и Дополнительный протокол к ней 2004 года; л) Протокол 1988 года о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации; м) Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства 1988 года; н) Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года; о) Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников 1989 года; п) Межамериканская конвенция о насильственном исчезновении лиц 1994 года; р) Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала 1994 года и ее Факультативный протокол 2005 года; с) Межамериканская конвенция против коррупции 1996 года; т) Межамериканская конвенция о борьбе с незаконным производством и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, средств взрывания и других связанных с ними элементов 1997 года; у) Конвенция Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) о борьбе с дачей взяток иностранным государственным должностным лицам при осуществлении международных деловых операций 1997 года; ф) Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом 1997 года; г) Конвенция о защите окружающей среды посредством уголовного законодательства 1998 года; в) Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию 1999 года; з) Второй протокол к Гагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1999 года; д) Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма 1999 года; е) Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии 2000 года; ж) Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности 2000 года и Протоколы к ней; з) Конвенция Совета Европы о киберпреступности 2001 года; и) Конвенция Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней 2003 года; к) Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции 2003 года; л) Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма 2005 года; м) Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма 2005 года; н) Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года; о) Конвенция Ассоциации государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН) о противодействии терроризму 2007 года; п) Протокол, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконным захватом воздушных судов

терминология была изменена, что иногда сказывается на сути обязательств, содержащихся в Гагской формуле.

17. В своем особом мнении к постановлению Международного Суда по делу *Вопросы, связанные с обязательством осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)* от 20 июля 2012 года судья Юсуф также рассмотрел вопрос о типологии "договоров, содержащих формулу *aut dedere aut judicare*" и разбивает их на две обширные категории<sup>29</sup>. Первая категория включает клаузулы, которые налагают обязательство выдавать какое-либо лицо, при этом судебное преследование становится обязательством лишь после получения отказа в выдаче. Эти конвенции оформлены таким образом, что приоритет на выдачу имеет то государство, на территории которого совершено преступление. Большинство из этих конвенций не налагают каких-либо общих обязательств на государства-участники разыскивать предполагаемого правонарушителя, а преследование государством, на территории которого находится предполагаемый правонарушитель, становится обязательством лишь в том случае, если в выдаче было отказано или если существуют какие-либо факторы, такие как гражданство предполагаемого правонарушителя. Примерами этой первой категории являются пункт 22 статьи 9 Международной конвенции по борьбе с подделкой денежных знаков 1929 года, статья 15 Конвенции Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней и статья 5 Факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка, касающегося торговли детьми, детской проституции и детской порнографии.

Международные конвенции второй категории содержат клаузулы, налагающие обязательство осуществлять судебное преследование, при которых выдача является одним из возможных вариантов, а также клаузулы, налагающие обязательство осуществлять преследование, при которых выдача становится обязательством лишь в том случае, если государство оказывается неспособным передать дело в суд. Такие клаузулы данной категории можно найти, например, в соответствующих положениях четырех Женевских конвенций 1949 года, в пункте 1 статьи 7 Гагской Конвенции о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года и пункте 1 статьи 7 Конвенции против пыток.

18. В свете вышеизложенного Рабочая группа считает, что государства при разработке договоров могут сами решать, какая из договорных формул касательно обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование наилучшим образом соответствует их цели в данном конкретном случае. По причине того, что в договорной практике отсутствует единообразие в формулировке, содержании и сфере охвата обязательства выдавать или

2010 года; и ii) Конвенция о борьбе с незаконными актами в отношении международной гражданской авиации 2010 года.

<sup>29</sup> Особое мнение судьи Юсуфа по делу *Бельгия против Сенегала*, пункты 19–22. См. также Обзор секретариата (2010), пункт 126. См. также комментарий Бельгии, представленный Комиссии международного права в 2009 году, в котором Бельгия выделила два типа договоров: а) договоры, содержащие оговорку *aut dedere aut judicare* и обуславливающие обязательство осуществлять судебное преследование отказом в удовлетворении просьбы о выдаче предполагаемого преступника; и б) договоры, содержащие оговорку *judicare vel dedere* и обязывающие государство осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении исполнителей тяжких преступлений, предусмотренных конвенциями, которые не обуславливают это обязательство наличием отказа в удовлетворении предшествующей просьбы о выдаче (A/CN.4/612, пункт 15), процитировано Специальным докладчиком г-ном Галицким в его четвертом докладе (A/CN.4/648, пункт 85 и сноска 56).

осуществлять судебное преследование, участие Комиссии в процессе согласования разных договорных клаузул, касающихся обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, было бы бесполезным<sup>30</sup>.

19. Хотя Рабочая группа установила, что сфера охвата обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование в рамках соответствующих конвенций должна быть проанализирована для каждого конкретного случая, она признает, что в более поздних конвенциях, содержащих обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, могут просматриваться некоторые общие тенденции и общие характеристики. Одной из наиболее значимых тенденций, по-видимому, является "Гагская формула", которая служит "моделью для большинства современных конвенций о пресечении конкретных преступлений"<sup>31</sup>. Среди всех конвенций, которые были подготовлены в 1970 году или впоследствии, примерно три четверти конвенций придерживаются "Гагской формулы". В конвенциях, подготовленных после 1970 года, прослеживается общая тенденция, согласно которой государство местонахождения в случае невыдачи предполагаемого правонарушителя, без исключения, передает его дело компетентному органу. Это обязательство дополняется положениями, которые требуют от государств-участников: а) квалифицировать соответствующее правонарушение в качестве уголовного преступления по своему внутреннему законодательству; б) установить юрисдикцию в отношении правонарушений, когда прослежена связь с преступлением или когда предполагаемый правонарушитель находится на территории этого государства и не подлежит выдаче; в) разработать положения относительно мер по заключению предполагаемого правонарушителя под стражу и проведению предварительного расследования; и d) рассматривать правонарушение в качестве юридического основания для выдачи<sup>32</sup>. Так, в части обязательства, касающейся осуществления судебного преследования, в конвенциях подчеркивается только то, что дело должно быть передано на рассмотрение компетентного органа с целью судебного преследования. В меньшей степени оговаривается, что если государство, в котором содержится предполагаемый правонарушитель, не предпринимает в его отношении никакого судебного преследования, то он должен быть выдан *без каких-либо исключений*.

<sup>30</sup> Как говорится в Обзоре секретариата (2010) (A/CN.4/630, пункт 153): "...Изучение договорной практики в этой области показывает, что в разных конвенциях, регулирующих эти вопросы, степень конкретности весьма разная и что существует лишь весьма узкий круг конвенций, в которых установлены идентичные механизмы наказания преступников (в том числе в вопросе связи между выдачей и преследованием). Вариации в изложении положений, касающихся преследования и выдачи, по всей видимости, определяются рядом факторов, включая географический, институциональный и тематический контекст, в котором принималась каждая конвенция, в частности существование других конвенций в том же регионе или области, которые могли оказать влияние на разработку; специфические проблемы, заявленные делегациями в ходе переговоров; конкретные вопросы, обусловленные характером преступления, для борьбы с которым создается конвенция; определенная общая эволюция в разработке таких клаузул, учитывающая новые проблемы, возникшие на практике; развитие смежных областей международного права, таких как права человека и международная уголовная юстиция. Отсюда следует, что, хотя и можно выявить общие тенденции и общие характеристики в соответствующих положениях, окончательные выводы в отношении точного объема каждого положения можно делать только для каждого случая в отдельности с учетом формулировки положения, общей структуры договора, в котором оно содержится, и соответствующих подготовительных трудов".

<sup>31</sup> Там же, пункт 91.

<sup>32</sup> Там же, пункт 109.

20. Рабочая группа отмечает, что в настоящее время в договорном режиме, регламентирующем обязательство выдавать или осуществлять судебное решение, существуют значительные лакуны, которые, возможно, потребуются заполнить. В частности, существует недостаточно международных конвенций касательно данного обязательства в отношении большинства преступлений против человечности<sup>33</sup>, военных преступлений, отличных от серьезных нарушений, и военных преступлений при вооруженных конфликтах, не имеющих международного характера<sup>34</sup>. В отношении геноцида можно было бы укрепить режим международного сотрудничества сверх базового режима, предусмотренного в соответствии с Конвенцией о пресечении преступления геноцида и наказании за него 1948 года. Как пояснил Международный Суд по

<sup>33</sup> Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года следует Гаагской формуле и ссылается на "чрезвычайную серьезность" данного правонарушения, которое квалифицируется, в случае широкого или систематического распространения, в качестве преступления против человечности. Тем не менее, если не брать в учет данную Конвенцию, существует мало международных конвенций, содержащих обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, когда дело касается преступлений против человечности.

<sup>34</sup> В основе четырех Женевских конвенций 1949 года лежит принцип установления универсальной юрисдикции в отношении серьезных нарушений Конвенций. Каждая из этих Конвенций содержит статью, описывающую, какие деяния составляют серьезные нарушения, за которой следуют положения о выдаче и судебном преследовании.

В первой и второй Женевских конвенциях эти статьи совпадают (статьи 50 и 51 соответственно). "К серьезным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с одним из следующих действий, в том случае, если эти действия направлены против лиц или имущества, пользующихся покровительством настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки и бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью, незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемые военной необходимостью".

Статья 130 третьей Женевской конвенции предусматривает: "К серьезным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с тем или иным из указанных ниже действий, в тех случаях, когда эти действия направлены против лиц или имущества, на которые распространяется покровительство настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки или бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью, принуждение военнопленного служить в вооруженных силах неприятельской державы или лишение его прав на беспристрастное и нормальное судопроизводство, предусмотренное данной Конвенцией".

Статья 147 четвертой Женевской конвенции гласит: "К серьезным нарушениям, упомянутым в предыдущей статье, относятся нарушения, связанные с тем или иным из указанных ниже действий, в тех случаях, когда эти действия направлены против лиц или имущества, на которые распространяется покровительство настоящей Конвенции: преднамеренное убийство, пытки и бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, преднамеренное причинение тяжелых страданий или серьезного увечья, нанесение ущерба здоровью, незаконное депортирование, перемещение и арест покровительствуемого лица, принуждение покровительствуемого лица служить в вооруженных силах неприятельской державы или лишение его права на беспристрастное и нормальное судопроизводство, предусмотренное настоящей Конвенцией, взятие заложников, незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемые военной необходимостью".

Четыре Конвенции и Дополнительный протокол I 1977 года не устанавливают обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, за исключением случаев серьезных нарушений. Другие международные договоры, связанные с военными преступлениями, также не содержат этого обязательства.

делу "Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (*Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории*)", обязательство в соответствии со статьей VI Конвенции о геноциде применяется в том смысле, что данная статья всего лишь обязывает Договаривающиеся стороны устанавливать и осуществлять территориальную уголовную юрисдикцию, а также сотрудничать с международным уголовным судом в определенных обстоятельствах<sup>35</sup>.

#### 4. Осуществление обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование

21. *Гагская формула*. Рабочая группа считает решение Международного Суда по делу *Вопросы, связанные с обязательством осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)*, полезным в раскрытии некоторых аспектов, имеющих отношение к осуществлению обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование. Постановление ограничивается анализом механизма по борьбе с безнаказанностью в рамках Конвенции против пыток. В частности, в постановлении изучается взаимосвязь между различными статьями об установлении юрисдикции (статья 5), обязательстве участвовать в предварительном расследовании (статья 6) и обязательстве выдавать или осуществлять судебное преследование (статья 7)<sup>36</sup>. В то время как обоснование Суда относится к конкретной реализации и применению вопросов, связанных с Конвенцией, поскольку соответствующие положения Конвенции против пыток, касающиеся судебного преследования или выдачи, сформулированы по "Гагской формуле", постановление Суда также способствует прояснению смысла режима судебного преследования или выдачи в соответствии с Гагской конвенцией 1970 года и другими конвенциями, которые следуют той же формуле<sup>37</sup>. Поскольку Суд также постановил, что запрет пыток является императивной нормой (*jus cogens*)<sup>38</sup>, формула осуществления судебного преследования или выдачи в соответствии с Конвенцией против пыток может служить в качестве модели для новых

<sup>35</sup> *I.C.J. Reports 2007*, пункты 442, 449. Статья VI гласит: "Лица, обвиняемые в совершении геноцида или других перечисленных в статье III деяний, должны быть судимы компетентным судом того государства, на территории которого было совершено это деяние, или таким международным уголовным судом, который может иметь юрисдикцию в отношении сторон настоящей Конвенции, признавших юрисдикцию такого суда". Суд не исключает другие основания и в пункте 442 заявляет, что "Статья VI обязует Стороны настоящей Конвенции только устанавливать и осуществлять территориальную уголовную юрисдикцию; хотя она, конечно, не препятствует государствам наделять юрисдикцией свои уголовные суды в отношении геноцида, опираясь на критерии, совместимые с международным правом, отличные от того, где было совершено преступление, как, например, национальность обвиняемого лица, она не обязует их поступать таким образом".

<sup>36</sup> *Бельгия против Сенегала*, пункты 71–121.

<sup>37</sup> Суд отмечает, что статья 7 (1) Конвенции против пыток основывается на похожем положении, которое содержится в Гагской конвенции 1970 года (там же, пункт 90). Как выразился судья Донохью: "Диспозитивные пункты сегодняшнего заключения являются обязательными только для Сторон. Однако толкование Судом многостороннего договора (или обычного международного права) может иметь последствия для других государств. На далеко идущие последствия правовых вопросов, порождаемых этим делом, указывает большое число вопросов, заданных членами Суда во время устных слушаний..." (Заявление судьи Донохью в деле *Бельгия против Сенегала*, пункт 21).

<sup>38</sup> *Бельгия против Сенегала*, пункт 99.

положений о судебном преследовании или выдаче, регулирующих другие категории основных преступлений, которые запрещены нормами *jus cogens*, такие как геноцид, преступления против человечности и серьезные военные преступления.

22. Суд постановил, что государства-участники Конвенции против пыток обязаны криминализовать пытку, установить их юрисдикцию в отношении преступления пытки, чтобы снабдить себя необходимыми правовыми инструментами для осуществления судебного преследования за данное правонарушение, а также расследовать факты сразу же после того, как подозреваемое лицо оказывается на их соответствующих территориях. Суд постановляет: "Эти обязательства в своей совокупности могут рассматриваться в качестве элементов единого механизма Конвенции, целью которого является не дать подозреваемым уйти от уголовной ответственности, если их вина доказана"<sup>39</sup>. Пункт 1 статьи 7 налагает обязательство "передать дело в компетентные органы для целей судебного разбирательства", которое Суд также называет "обязательством осуществлять судебное преследование", возникающее вне зависимости от того, поступил ли предварительно запрос на выдачу подозреваемого. Тем не менее на усмотрение национальных органов власти остается решение, нужно ли возбуждать дело в свете имеющихся доказательств и соответствующих норм уголовно-процессуального права<sup>40</sup>. В частности, Суд постановил, что "выдача – это выбор, который Конвенция предоставляет государству, в то время как судебное преследование – это международное обязательство в соответствии с Конвенцией, нарушение которого является противоправным деянием, влекущим за собой ответственность государства"<sup>41</sup>. Суд также отмечает, что как в Гагской конвенции 1970 года, так и в Конвенции против пыток делается акцент на то, "что органы принимают решение таким же образом, как и в случае любого обычного преступления серьезного характера, в соответствии с законодательством этого государства"<sup>42</sup>.

23. *Основные элементы обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, которые необходимо включить в национальное законодательство.* Эффективное выполнение обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование требует принятия необходимых национальных мер по признанию соответствующих правонарушений в качестве уголовных преступлений, установлению юрисдикции в отношении данных правонарушений и лица, находящегося на территории данного государства, проведению расследования или предварительного установления фактов, задержанию подозреваемого и передаче дела органам уголовного преследования (что необязательно приводит к возбуждению дела) или по выдаче, если она была запрошена государством, обладающим необходимой юрисдикцией и способным преследовать подозреваемого в судебном порядке.

24. *Установление необходимой юрисдикции.* Установление юрисдикции является "логичным первым шагом" к исполнению обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование предполагаемого преступника, находящегося на территории государства<sup>43</sup>. Для целей рассматриваемой темы,

<sup>39</sup> *Ibid.*, пункт 91. См. также пункты 74–75, 78, 94.

<sup>40</sup> *Ibid.*, пункты 90, 94.

<sup>41</sup> *Ibid.*, пункт 95.

<sup>42</sup> Статья 7, пункт 2 Конвенции против пыток и статья 7 Гагской конвенции 1970 года, там же, пункт 90.

<sup>43</sup> Report of the AU-EU Technical *ad hoc* Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction (8672/1/09/ Rev.1), annex, para. 11. В деле *Бельгия против Сенегала*

когда преступление было предположительно совершено на территории другого государства и отсутствует какая-либо связь с государством суда, обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование неизбежно будет отражать осуществление универсальной юрисдикции<sup>44</sup>, которая представляет собой "юрисдикцию, позволяющую установить территориальную юрисдикцию в отношении отдельных лиц в связи с событиями, произошедшими вне его территории"<sup>45</sup> в случаях, если ни потерпевшие, ни предполагаемые правонарушители не являются гражданами государства суда и национальным интересам данного государства, предположительно, не было нанесено никакого ущерба. Однако обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование может также отражать осуществление юрисдикции на иных основаниях. Таким образом, если у государства существует другое основание для осуществления юрисдикции, универсальная юрисдикция не обязательно должна задействоваться для целей выполнения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование.

Универсальная юрисдикция является ключевой составляющей уголовного преследования предполагаемых исполнителей преступления, когда лица, совершившие преступления, которые вызывают обеспокоенность международного сообщества, не подвергаются судебному преследованию по месту совершения преступления<sup>46</sup>. Ряд международных договоров, например, четыре очень широко ратифицированных Женевских конвенции 1949 года и Конвенция против пыток, требуют осуществления универсальной юрисдикции в отношении правонарушений, охватываемых данными договорами, или же выдачи предполагаемых правонарушителей другому государству для судебного преследования.

25. *Задержка с принятием законодательства.* Согласно решению Суда в деле *Бельгия против Сенегала*, задержка с принятием необходимого законодательства для осуществления судебного преследования подозреваемых негативно влияет на исполнение государством-участником обязательства

---

Международный Суд отмечает, что исполнение обязательств по установлению универсальной юрисдикции местных судов государствами – участниками Конвенции против пыток является необходимым условием для проведения предварительного следствия и передачи дела компетентным органам для целей уголовного преследования (*Бельгия против Сенегала*, Judgment, para. 74).

<sup>44</sup> По словам одного из авторов, "принцип *aut dedere aut judicare* совпадает с универсальной юрисдикцией в случае, когда единственной связью между государством и предполагаемым преступлением или подозреваемым является само присутствие данного лица на его территории". (Mitsue Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law* (Intersentia, 2005), p. 122.)

<sup>45</sup> Дело *Об ордере на арест от 11 апреля 2000 года (Демократическая Республика Конго против Бельгии)* I.C.J. Reports 2002, p. 3, Совместное особое мнение судей Хиггинс, Куйджманс и Бюргенталя, пункт 42.

<sup>46</sup> Следует напомнить, что "обязательство в отношении выдачи или судебного преследования" в статье 9 Проекта кодекса 1996 года тесно связано с "установлением юрисдикции" по его статье 8, согласно которой, каждое государство-участник должно принимать такие меры, которые могут быть необходимы, для установления своей юрисдикции в отношении геноцида, преступлений против человечности, преступлений против Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала и военных преступлений, независимо от того, где и кем были совершены эти преступления. Из комментария Комиссии к статье 8 очевидно, что предусматривается универсальная юрисдикция (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, дополнение № 10 (A/51/10)*, пункт 7).

проводить предварительное следствие и передавать дело компетентным органам для целей уголовного преследования<sup>47</sup>. Обязательство государства не ограничивается принятием законодательства. Государство должно также реально осуществлять свою юрисдикцию над подозреваемым начиная с установления фактов<sup>48</sup>.

26. *Обязательство проводить расследование.* Согласно решению Суда в деле *Бельгия против Сенегала*, обязательство проводить расследование состоит из нескольких элементов.

- Как общее правило, обязательство проводить расследование должно истолковываться в свете объекта и цели применимого договора, заключающихся в повышении эффективности борьбы против безнаказанности<sup>49</sup>.
- Цель данного обязательства заключается в подтверждении обоснованности подозрений в отношении соответствующего лица<sup>50</sup>. Исходной посылкой является установление соответствующих фактов, что представляет собой существенный этап в процессе борьбы против безнаказанности<sup>51</sup>.
- Власти обязаны проводить расследование, как только у них появляется причина подозревать лицо, находящееся на их территории, в деяниях, влекущих за собой выполнение обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование. Они должны незамедлительно приступить к предварительному следствию. Это следствие должно начинаться не позднее, чем после подачи первой жалобы против данного лица<sup>52</sup>, когда установление фактов становится обязательным<sup>53</sup>.
- Однако простой допрос подозреваемого с целью установления его/ее личности и уведомления о выдвинутых обвинениях не может расцениваться как исполнение обязательства проводить предварительное следствие<sup>54</sup>.
- Следствие должно проводиться властями, задача которых заключается в подготовке материалов дела и сборе фактов и доказательств (например, документов и свидетельских показаний относительно рассматриваемых событий и возможной причастности подозреваемого). Речь идет о властях государства, в котором было совершено предполагаемое преступление, или любого другого государства, где были поданы жалобы, имеющие отношение к данному делу. Для выполнения своего обязательства проводить предварительное следствие государству местонахождения подозреваемого следует сотрудничать с вышеупомянутыми государствами<sup>55</sup>.
- Следствие, проводимое на основе принципа универсальной юрисдикции, должно осуществляться в соответствии с теми же стандартами в отношении доказательств, что и в случае, когда юрисдикция государства основана на существующей связи с рассматриваемым делом<sup>56</sup>.

<sup>47</sup> *Бельгия против Сенегала*, пункты 76, 77.

<sup>48</sup> *Ibid.*, пункт 84.

<sup>49</sup> *Ibid.*, пункт 86.

<sup>50</sup> *Ibid.*, пункт 83.

<sup>51</sup> *Ibid.*, пункты 85–86.

<sup>52</sup> *Ibid.*, пункт 88.

<sup>53</sup> *Ibid.*, пункт 86.

<sup>54</sup> *Ibid.*, пункт 85.

<sup>55</sup> *Ibid.*, пункт 83.

<sup>56</sup> *Ibid.*, пункт 84.

27. *Обязательство осуществлять судебное преследование.* Согласно решению Суда в деле *Бельгия против Сенегала*, обязательство осуществлять судебное преследование состоит из нескольких элементов.

- По сути обязательство осуществлять судебное преследование представляет собой обязательство по передаче дела органам уголовного преследования, оно не предполагает обязательство по возбуждению преследования. Так, в зависимости от наличия доказательств выполнение данного обязательства не всегда приводит к возбуждению дела<sup>57</sup>. Компетентные органы принимают решение о возбуждении дела согласно законодательству соответствующего государства, как и в случае с любым другим тяжким преступлением<sup>58</sup>.
- Процедура, связанная с выполнением обязательства осуществлять судебное преследование, должна осуществляться безотлагательно, в максимально короткие сроки, особенно в случае если на подозреваемого уже была подана первая жалоба<sup>59</sup>.
- Своевременность судебного преследования должна гарантировать защиту от несправедливости, следовательно, необходимые действия должны быть предприняты в разумные сроки<sup>60</sup>.

28. *Обязательство выдавать.* Что касается обязательства выдавать:

- Выдача может осуществляться только в государство, обладающее в том или ином качестве юрисдикцией, необходимой для того, чтобы подвергнуть предполагаемого правонарушителя уголовному преследованию в соответствии с международно-правовым обязательством, связывающим государство местонахождения данного лица<sup>61</sup>.
- Выполнение обязательства в отношении выдачи не может быть заменено высылкой, чрезвычайной выдачей или любой другой неофициальной формой отправки подозреваемого в другое государство<sup>62</sup>. Официальные просьбы о выдаче предполагают соблюдение важных гарантий защиты

<sup>57</sup> Ср. также *Chili Komitee Nederland v. Pinochet*, Court of Appeal of Amsterdam, 4 Jan. 1995 *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 28 (1997), pp. 363–365, дело, в котором Апелляционный суд подтвердил обоснованность отказа голландского прокурора от преследования бывшего чилийского президента Пиночета во время его визита в Амстердам, так как Пиночет мог обладать неприкосновенностью от судебного преследования, а все необходимые доказательства для обоснования его судебного преследования находились в Чили, с которой у Нидерландов отсутствовали соглашения о сотрудничестве в отношении уголовного судопроизводства. См. Kimberley N. Trapp, *State Responsibility for International terrorism* (Oxford: Oxford University Press 2011), p. 88, fn. 132.

<sup>58</sup> *Бельгия против Сенегала*, пункты 90, 94.

<sup>59</sup> *Ibid.*, пункты 115, 117.

<sup>60</sup> *Ibid.*, пункты 114, 115. Ср. особое мнения судьи Кансадо Тридаде в этом деле в пунктах 148, 151–153; несогласное мнение судьи ad hoc Сюр в том же деле в пункте 50; и несогласное мнение судьи Сюэ в пункте 28.

<sup>61</sup> *Бельгия против Сенегала*, пункт 120.

<sup>62</sup> Ср. проект статьи 13 Проекта статей о высылке иностранцев, принятого Комиссией в первом чтении в 2012 году, см. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/67/10)*, глава. IV и European Court of Human Rights, *Bozano v. France*, Judgment of 18 December 1986, Application № 9990/82, пункты 52–60, дело, в котором Европейский суд по правам человека постановил, что выдача, замаскированная под высылку с целью обойти требования выдачи, является противозаконной и несовместимой с правом человека на личную неприкосновенность, гарантированным статьей 5 Европейской конвенции по правам человека.

прав человека, которые могут отсутствовать в рамках неофициальных форм отправки подозреваемого в другое государство, например при чрезвычайной выдаче. В законодательстве о выдаче большинства, если не всех государств подразумевается соблюдение определенных требований, в том числе принципа двойной уголовной ответственности, *ne bis in idem*, *nullem crimen sine lege*, специализации и невысылки подозреваемого, обвинения против которого основаны на признаках этнической принадлежности, вероисповедания, гражданства или политических убеждений.

29. *Соответствие объекту и цели.* Предпринимаемые государством шаги должны толковаться в свете объекта и цели соответствующего международного договора или любого другого источника международного обязательства, связывающего данное государства, что обеспечивает повышение эффективности борьбы против безнаказанности<sup>63</sup>. Следует также напомнить о том, что в силу статьи 27 Венской конвенции о праве международных договоров, в которой отражено международное обычное право, государство – участник договора не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания невыполнения им договора<sup>64</sup>. Кроме того, предпринимаемые шаги должны соответствовать верховенству права.

30. В случаях тяжких преступлений, вызывающих озабоченность международного сообщества, цель обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование состоит в том, чтобы не допустить безнаказанности лиц, предположительно совершивших преступление, посредством обеспечения того, чтобы они не могли найти убежище в каком-либо государстве<sup>65</sup>.

31. *Временная сфера действия обязательства.* Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование на основании какого-либо договора распространяется только на факты, которые имели место после вступления договора в силу для указанного государства<sup>66</sup>. После присоединения государства к договору, содержащему обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, оно имеет право требовать от другого государства соблюдения обязательства выдавать или осуществлять судебное

<sup>63</sup> См. аргументацию Международного Суда в деле *Бельгия против Сенегала*, пункты 85–86. В силу этих обстоятельств Суд постановляет, что финансовые трудности не могут служить оправданием для невыполнения Сенегалом своих обязательств в рамках Конвенции против пыток (*ibid.*, пункт 112). Подобным же образом обращение к Африканскому союзу за консультацией не является оправданием промедления Сенегала с выполнением своих обязательств в рамках данной Конвенции (*ibid.*).

<sup>64</sup> *Ibid.*, пункт 113.

<sup>65</sup> *Бельгия против Сенегала*, пункт 120. Согласно объяснению судьи Кансаду Триндаде, "...Поведение государства должно способствовать соблюдению обязательства в отношении результата (в данном случае речь идет о запрете пыток). Государство не может оправдываться тем, что, несмотря на надлежащее поведение, полное выполнение его обязательства (по запрещению пыток и судебному преследованию лиц, совершивших подобные деяния) оказалось невозможным из-за недостатков или трудностей, связанных с его внутренним правом, а Суд не может считать дело прекращенным из-за предполагаемого "надлежащего поведения" соответствующего государства". (Особое мнения судьи Кансадо Триндаде в деле *Бельгия против Сенегала*, пункт 50, см. также его полную аргументацию, пункты 43–51.)

<sup>66</sup> *Бельгия против Сенегала*, пункты 100–102, со ссылкой на статью 28 Венской конвенции о праве международных договоров, которая отражает международное обычное право.

преследование<sup>67</sup>. Таким образом, как только договор, содержащий обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование, вступает в силу в отношении данного государства, оно должно выполнять обязательство по криминализации деяний, запрещенных данным договором, и установлению в отношении этих деяний необходимой юрисдикции<sup>68</sup>. Однако ничто не мешает государству проводить расследование или осуществлять судебное преследование в отношении совершенных деяний до вступления договора в силу для такого государства<sup>69</sup>.

32. *Последствия несоблюдения обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование.* В деле *Бельгия против Сенегала* Суд пришел к выводу, что нарушение международного обязательства в рамках Конвенции против пыток является противоправным деянием, влекущим за собой ответственность государства<sup>70</sup>. Государство считается нарушающим данное обязательство до тех пор, пока не были приняты все меры для его выполнения<sup>71</sup>. В статьях Комиссии об ответственности государств за международно-противоправные деяния предусматривается, что совершение международно-противоправного деяния, относимого на счет самого государства, влечет за собой юридические последствия, включая прекращение и неповторение деяния (статья 30), возмещение (статьи 31, 34–39) и контрмеры (статьи 49–54).

33. *Связь между обязательством и "третьей альтернативой".* Благодаря созданию Международного уголовного суда и различных международных уголовных трибуналов *ad hoc* государство, несущее обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование обвиняемого, может теперь прибегнуть к третьей альтернативе – передаче подозреваемого компетентному международному уголовному трибуналу<sup>72</sup>. Такая третья альтернатива оговорена в пункте 1 статьи 11 Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 года<sup>73</sup>.

34. В своем несогласном мнении по делу *Бельгия против Сенегала* судья Сюз высказывает мнение о том, что если бы Сенегал выдал предполагаемого правонарушителя международному уголовному трибуналу, специально образованному Африканским союзом, он не нарушил бы свое обязательство осуществлять судебное преследование по статье 7 Конвенции против пыток, поскольку целью создания подобного трибунала было бы осуществление цели Конвенции и такая выдача не запрещена ни самой Конвенцией, ни практикой государств<sup>74</sup>. Разумеется, если "иное намерение явствует из договора или

<sup>67</sup> *Ibid.*, пункты 103–105.

<sup>68</sup> *Ibid.*, пункт 75.

<sup>69</sup> *Ibid.*, пункты 102, 105.

<sup>70</sup> *Ibid.*, пункт 95.

<sup>71</sup> *Ibid.*, пункт 117.

<sup>72</sup> В статье 9 Проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года указывается, что обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование в силу данной статьи "не наносит ущерба юрисдикции международного уголовного суда".

<sup>73</sup> "Государство-участник, юрисдикция которого распространяется на территорию, где было обнаружено лицо, предположительно совершившее преступление насильственного исчезновения, обязано передать дело в свои компетентные органы для целей уголовного преследования, если оно отказывается выдавать данное лицо или передавать его другому государству в соответствии с международными обязательствами государства или передавать его международному уголовному трибуналу, чью юрисдикцию он признает".

<sup>74</sup> Несогласное мнение судьи Сюз, пункт 42 (несогласие по другим вопросам).

установлено иным образом"<sup>75</sup>, с тем чтобы не допустить передачи предполагаемого правонарушителя международному уголовному трибуналу, подобная передача не освобождает государства – участники договора от обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование данного лица согласно их соответствующим национальным правовым системам.

35. Высказывается мысль о том, что в свете растущего значения международных уголовных трибуналов эту третью альтернативу следует включать в положения новых договоров относительно обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, а также в национальное законодательство.

36. *Дополнительное замечание.* Государство может также пожелать выполнить обе части обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование, например, путем осуществления преследования, предания суду и назначения наказания правонарушителю, а затем путем его выдачи или передачи другому государству для приведения приговора в исполнение<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Статья 28 Венской конвенции о праве международных договоров.

<sup>76</sup> Об этой возможности упомянул в своем предварительном докладе Специальный докладчик Здзислав Галицкий (A/CN.4/571), пункты 49–50.

## Приложение В

### Преступления против человечности

(г-н Шон Д. Мерфи)

#### А. Введение

1. В области международного права выявились три основные категории преступлений: военные преступления, геноцид и преступления против человечности<sup>1</sup>. Хотя юрисдикция основных международных уголовных трибуналов, учрежденных до настоящего времени, распространялась на все эти три категории преступлений, только две из них охватываются глобальными договорами, которые обязывают государства предотвращать подобные действия и наказывать за них, равно как и сотрудничать друг с другом в этих целях. Военные преступления были кодифицированы как "серьезные нарушения" положений Женевских конвенций 1949 года<sup>2</sup> и Протокола I<sup>3</sup>. Геноцид был кодифицирован в Конвенции о геноциде 1948 года<sup>4</sup>. Между тем, в отношении преступлений против человечности подобного рода договор отсутствует, хотя совершение подобных преступлений остается вопиющим нарушением в ходе многочисленных конфликтов и кризисов во всем мире.

2. Например, массовое убийство гражданских лиц, совершенное в ходе международного вооруженного конфликта, подпадало бы под режим серьезных нарушений Женевских конвенций 1949 года, в то время как такое же деяние, совершенное в ходе внутреннего вооруженного конфликта (или внутренних действий, не достигающих порога вооруженного конфликта), не подпадало бы под данный режим. Такие массовые убийства могут соответствовать особым требованиям Конвенции о геноциде, но зачастую могут им не соответствовать, как, например, "режим красных кхмеров" в Камбодже. Поэтому в случае совершения массового убийства и других зверств часто будет отсутствовать

<sup>1</sup> Предполагается, что функциональная юрисдикция Международного уголовного суда будет распространена и на четвертое преступление – преступление агрессии. Кроме того, важные договоры регламентируют конкретные виды преступлений (например, пытки, апартеид или насильственное исчезновение), которые, если они совершаются на широкой или систематической основе, могут представлять собой преступления против человечности.

<sup>2</sup> Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях 1949 года, *United States Treaties and Other International Agreements* (U.S.T.), vol. 6, p. 3114, United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, № 970, p. 31; Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море 1949 года; U.S.T., vol. 6, p. 3217, United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, № 971, p. 85; Женевская конвенция об обращении с военнопленными 1949 года, U.S.T., vol. 6, p. 3316, United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, № 972, p. 135; Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны 1949 года, U.S.T. vol. 6, p. 3526, United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, № 973, p. 287.

<sup>3</sup> Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов 1977 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, № 17512, p.3.

<sup>4</sup> Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, № 1021, p. 277.

какой-либо применимый договор, касающийся межгосударственного сотрудничества<sup>5</sup>.

3. Таким образом, представляется, что глобальная конвенция о преступлениях против человечности является одним из тех ключевых звеньев, которые отсутствуют в современной системе международного гуманитарного права, международного уголовного права и международного права в области прав человека. По этой причине работа Комиссии международного права по данной теме преследовала бы цель разработки проекта статей для будущей конвенции о предотвращении преступлений против человечности и наказании за них (Конвенции о преступлениях против человечности).

## **В. История появления концепции "преступлений против человечности"**

4. Ссылка на "законы человечности и требования общественного сознания" в интересах защиты людей во время войны содержалась в "Оговорке Мартенса", вошедшей в Гаагские конвенции 1899/1907 годов<sup>6</sup>. В последующий период запрет "преступлений против человечности" начал трактоваться более широко, и его центральным элементом стало запрещение правительству совершать злодеяния против собственного народа, да и не только во время войны. На "преступления против человечности" распространялась юрисдикция созданных после второй мировой войны Нюрнбергского и Токийского трибуналов, в статутах которых они были определены как:

"убийства, истребление, порабощение, ссылка и другие жестокости, совершенные в отношении гражданского населения до или во время войны, или преследования по политическим, расовым или религиозным мотивам с целью осуществления или в связи с любым преступлением, подлежащим юрисдикции Трибунала, независимо от того, являлись ли эти действия нарушением внутреннего права страны, где они были совершены, или нет"<sup>7</sup>.

5. Принципы международного права, признанные в уставе Нюрнбергского трибунала, были подтверждены в 1946 году Генеральной Ассамблеей<sup>8</sup>, которая также поручила Комиссии международного права "сформулировать" эти

<sup>5</sup> Существующие договоры могут охватывать лишь ограниченные аспекты таких злодеяний. См., например, *Вопросы, связанные с обязательством осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала)*, Постановление от 20 июля 2012 года, пункты 53–55, по адресу <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf> (где, несмотря на предполагаемое совершение преступлений против человечности, сотрудничество между соответствующими государствами исключительно касалось сферы действия Конвенции против пыток).

<sup>6</sup> Конвенция о законах и обычаях сухопутной войны, 18 октября 1907 года, преамбула, 36 Stat. vol. 36, p. 2277, Consol. T.S., vol. 187, p. 227.

<sup>7</sup> Соглашение о судебном преследовании и наказании главных военных преступников европейских стран оси, приложение, Устав Международного военного трибунала, 8 августа 1945 год, статья 6 с), United Nations, *Treaty Series*, vol. 82, № 251, p. 280; Устав Международного военного трибунала для Дальнего Востока, 19 января 1946 год, статья 5 с), с поправками от 26 апреля 1946 года, 4 Bevans vol. 4, p. 20. Однако Токийским трибуналом никто не был осужден за это преступление.

<sup>8</sup> Подтверждение принципов международного права, признанных в уставе Нюрнбергского трибунала, резолюция 95(1) Генеральной Ассамблеи, документ A/64/Add.1, стр. 188 англ. текста.

принципы. Затем Комиссия изучила и сжато изложила Нюрнбергские принципы в 1950 году, определив преступления против человечности как

"убийства, истребление, порабощение, высылка и другие бесчеловечные акты, совершаемые в отношении любого гражданского населения, или преследование по политическим, расовым или религиозным мотивам, если такие действия совершаются или такие преследования имеют место при выполнении какого-либо преступления против мира или какого-либо военного преступления, или в связи с таковыми"<sup>9</sup>.

6. В Конвенции о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества, принятой Генеральной Ассамблеей в 1968 году, к государствам обращен призыв криминализовать на национальном уровне "преступления против человечности", как они определяются в Уставе Нюрнбергского трибунала, и не применять сроки давности в отношении преследования за них<sup>10</sup>. Эта Конвенция, состоящая всего из четырех основных статей, непосредственно касается сроков давности; хотя Конвенция призывает Стороны "создать условия" для выдачи в связи с преступлением, в ней нет прямого обязательства Сторон осуществлять юрисдикцию в отношении преступлений против человечности. К этой Конвенции на сегодняшний день присоединились 54 государства.

7. В 1993 году "преступления против человечности" были включены в Устав Международного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ) как часть его юрисдикции<sup>11</sup>, а затем включены и в Устав Международного уголовного трибунала по Руанде в 1994 году<sup>12</sup>. В 1996 году Комиссия определила "преступления против человечности" в рамках ее Проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года<sup>13</sup>, и это во многом повлияло на включение данного преступления в Римский статут Международного уголовного суда (МУС)<sup>14</sup> в 1998 году. Среди прочего, Римский статут определяет данное преступление как совершаемое "в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц, и если такое нападение совершается сознательно"<sup>15</sup>.

### **С. Ключевые моменты, которые должны быть рассмотрены для разработки конвенции**

8. Есть несколько возможных элементов преступлений против человечности, которые должны быть тщательно изучены Комиссией в ходе ее работы. Ключевыми элементами, которые представляются необходимыми, являются:

- определить противоправное деяние "преступлений против человечности" для целей Конвенции, как оно определяется в статье 7 Римского статута;

<sup>9</sup> Ежегодник... 1950 год, том II, стр. 374 англ. текста.

<sup>10</sup> Резолюция 2391 (XXIII) Генеральной Ассамблеи, приложение, документ ООН A/7218 (1968), United Nations, *Treaty Series*, vol. 754, № 10823, p. 73.

<sup>11</sup> Устав Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, резолюция 827 Совета Безопасности ООН, приложение, статья 5 (25 мая 1993 года).

<sup>12</sup> Устав Международного трибунала по Руанде, резолюция 955 Совета Безопасности, приложение, статья 3 (8 ноября 1994 года).

<sup>13</sup> Ежегодник... 1996 год, том II (часть вторая), пункт 50, статья 18.

<sup>14</sup> Римский статут Международного уголовного суда. 1998, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, № 38544, p. 3 (английский текст).

<sup>15</sup> Статья 7.

- обязать Стороны криминализовать данное противоправное деяние в своем национальном законодательстве не только в отношении актов на их территории или со стороны их граждан, но и в отношении совершенных за рубежом актов неграждан, которые затем оказываются на территории такой Стороны;
- потребовать от Сторон действенного межгосударственного сотрудничества для проведения расследования, судебного преследования и наказания за данное противоправное деяние, в том числе на основе взаимной правовой помощи и экстрадиции, а также признания доказательств;<sup>16</sup> и
- установить обязательство *aut dedere aut judicare*, когда предполагаемый правонарушитель находится на территории какой-либо из Сторон.

Именно на этих ключевых моментах непосредственно сосредоточены многие конвенции, касающиеся других преступлений, и Комиссия может принять решение о том, что оптимальная конвенция такого рода также будет наилучшим решением и в этом случае<sup>16</sup>. Однако в ходе своей работы по теме Комиссия может наметить и дополнительные элементы для рассмотрения.

## D. Связь между конвенцией и Международным уголовным судом

9. Естественно задаться вопросом о том, как Конвенция о преступлениях против человечности будет связана с МУС. Безусловно, разработка текста конвенции существенно выиграет от использования формулировок Римского статута и связанных с ним документов и судебных решений. В то же время принятие этой конвенции будет способствовать продвижению ключевых инициатив, не затрагиваемых Римским статутом, одновременно содействуя выполнению миссии МУС.

10. Во-первых, Римский статут регламентирует отношения между его государствами-участниками и МУС, но не регулируют вопросы отношений между самими такими Сторонами (или между Сторонами и несторонами). Между тем, в части 9 Римского статута, озаглавленной "Международное сотрудничество и судебная помощь", косвенно признается, что межгосударственное сотрудничество в отношении преступлений, подпадающих под юрисдикцию МУС, будет продолжаться и за пределами Римского статута. Конвенция будет призвана стимулировать всестороннее межгосударственное сотрудничество в деле расследования, судебного преследования и наказания лиц, совершающих преступления против человечности, т.е. задаче, полностью согласующейся с объектом и целью Римского статута.

11. Во-вторых, хотя МУС будет оставаться ключевым международным форумом для преследования высокопоставленных должностных лиц, совершивших данное преступление, МУС не предназначен (и не располагает ресурсами) для преследования всех тех, кто совершает преступления против человечности. МУС исходит из того, что прежде всего национальные суды являются надлежащими органами для уголовного преследования в случае наличия соответствующих национальных законов (принцип

<sup>16</sup> См., например, Конвенцию о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, 1973 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1035, № 15410, p. 167. Эта Конвенция, разработанная Комиссией на ее двадцать четвертой сессии в 1972 году, была открыта для подписания в 1973 году, вступила в силу в 1977 году и в настоящее время имеет 176 государств-участников.

взаимодополняемости). По мнению многих, поскольку МУС не в состоянии привлекать к ответственности всех тех, кто виновен в совершении преступлений против человечности, эффективное предупреждение таких преступлений и уголовное преследование за них должны осуществляться на путях активного сотрудничества и правоприменения со стороны национальных судебных систем.

12. В-третьих, конвенция будет требовать принятия национальных законов, запрещающих и карающих преступления против человечности, которые многими государствами до сих пор не приняты<sup>17</sup>. Таким образом, конвенция поможет заполнить существующий пробел и одновременно может побуждать все государства ратифицировать Римский статут Международного уголовного суда или присоединиться к нему. Для государств, которые уже приняли национальные законы в отношении преступлений против человечности, эти законы часто допускают только национальное преследование за преступления, совершенные их гражданами или на их территории; конвенция также будет требовать от государств-участников расширения охвата подобных законов для их распространения на других правонарушителей, находящихся на их территории (неграждан, совершивших преступления на территории другой стороны конвенции).

13. В-четвертых, если государство – участник Римского статута получит от МУС просьбу о передаче лица в МУС и при этом также получит от другого государства просьбу о выдаче этого лица в соответствии с конвенцией, Римский статут предусматривает в статье 90 порядок удовлетворения встречных просьб. Конвенцию можно составить таким образом, чтобы обеспечить государствам, являющимся участниками как Римского статута, так и конвенции, возможность продолжать следовать этой процедуре.

## **Е. Соответствие данной темы стандартам Комиссии, касающимся выбора тем**

14. Ранее Комиссия установила, что любые новые темы должны: а) отражать потребности государств в отношении прогрессивного развития и кодификации международного права; б) быть достаточно созревшими с точки зрения практики государств в отношении прогрессивного развития и кодификации;

<sup>17</sup> Было проведено много исследований с целью оценки существования национального законодательства о преступлениях против человечности. См. Amnesty International, *Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World* (2011); M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (2011) (see chapter 9 on "A Survey of National Legislation and Prosecutions for Crimes Against Humanity"); International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law National Implementation Database* (updated periodically), at <<http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf>>. По данным исследования Международного центра прав человека юридического факультета Университета Джорджа Вашингтона, порядка половины государств – членов Организации Объединенных Наций не располагают национальными законами о преступлениях против человечности; эти данные существенно не изменяются, если ограничить круг исследуемых государств только участниками Римского статута, даже несмотря на то, что преамбула Римского статута провозглашает обязанность принять национальные законы. См. преамбулу Римского статута, пункт 6 (напоминая, что "обязанностью каждого государства является осуществление его уголовной юрисдикции над лицами, несущими ответственность за совершение международных преступлений"). Кроме того, в данном исследовании показано, что государства, которые приняли национальное законодательство, зачастую не включили в него все элементы Римского статута и/или не криминализовали деяния неграждан, совершенные за рубежом.

и с) должны быть конкретными и реализуемыми в целях прогрессивного развития и кодификации<sup>18</sup>.

15. В отношении б) и с) эта тема достаточно созрела с точки зрения практики государств, учитывая появление национальных законов о преступлениях против человечности примерно в половине государств – членов Организации Объединенных Наций и значительного внимания, которое уделяется этому преступлению в последние 20 лет в учредительных документах и связанных с ними документах и материалах международных уголовных трибуналов, в том числе МУС, МТБЮ и МУТР, Специального суда по Сьерра-Леоне, особых коллегий по тяжким преступлениям в Восточном Тиморе и чрезвычайных палат в судах Камбоджи. Кроме того, разработка конвенции представляется технически реальной на данном этапе с учетом большого числа аналогичных конвенций, охватывающих другие виды преступлений. Разработка конвенции будет строиться на предыдущей работе Комиссии в этой области, включая ее доклады и исследование секретариата относительно *aut dedere aut judicare*<sup>19</sup> и разработанный Комиссией в 1996 году *Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества*, который призван содействовать, в частности, сотрудничеству между государствами в криминализации, преследовании и выдаче лиц, совершивших преступления против человечности.

16. Что касается требования а), то государства проявляют значительный интерес к поощрению мер, которые содействуют наказанию за серьезные международные преступления, как об этом свидетельствуют создание МУС и интерес к заключению глобальных договоров, которые квалифицируют международные уголовные деяния и призывают государства предотвращать их и наказывать правонарушителей. В настоящее время большой интерес вызывает формирование национального потенциала для противодействия серьезным международным преступлениям, в особенности обеспечение эффективного функционирования принципа взаимодополняемости. В свете этих тенденций государства, возможно, пожелают принять хорошо проработанную Конвенцию о преступлениях против человечности. Кроме того, возможность разработки подобной конвенции отмечалась в последние годы многочисленными судьями и обвинителями МУС и других международных уголовных трибуналов, а также бывшими должностными лицами Организации Объединенных Наций и государств и представителями академических кругов<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> *Ежегодник... 1997 год*, том II (часть вторая), пункт 238 (1997).

<sup>19</sup> A/CN.4/630.

<sup>20</sup> См. L. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity* (2011) (где имеются соответствующие высказывания и заявления о поддержке).

## Г. Возможные сроки

17. Если Комиссия добавит эту тему в свою долгосрочную программу работы на своей шестьдесят пятой сессии, она может затем запросить мнения государств в Шестом комитете осенью 2013 года. В случае благоприятного отклика Комиссия могла бы приступить на своей шестьдесят шестой сессии к непосредственной работе над темой путем назначения специального докладчика и представления первого доклада. После этого завершение проекта будет зависеть от многих факторов, но существование аналогичных конвенций, а также значительный объем материалов существующих международных уголовных трибуналов позволяют рассчитывать на то, что Комиссия может быть в состоянии принять весь свод проектов статей в первом чтении до конца нынешнего пятилетия.

## Г. Справочные материалы

### Комиссия международного права

*Принципы международного права, признанные Статутом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении этого Трибунала, с комментариями, Ежегодник... 1950 год*, том II, стр. 374 англ. текста (1950).

*Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, Ежегодник... 1996 год*, том II (часть вторая), пункт 50.

*Предварительный, второй, третий и четвертый доклады об обязательстве выдавать или осуществлять судебное преследование, 2006–2008 годы и 2011 год* (A/CN.4/571, A/CN.4/585 и Corr.1, A/CN.4/603 и A/CN.4/648, соответственно).

### Прецедентное право

МУС: Различные дела, включая дела *Bemba Gombo*, *Gbagbo* и *Katanga & Ngudjolo*.

МТБЮ: Различные дела, включая дела *Blaskić*, *Milutinović*, *Kordić*, *Kunarac*, *Kupreškić*, *Martić*, *Šešelj*, *Sikirica*, *Simić*, *Stakić*, *Stanković*, *Strugar*, *Tadić* и *Vasiljević*.

МУТР: Различные дела, включая дела *Akayesu*, *Bagilishema*, *Bagosora*, *bisengimana*, *Bikindi*, *Bucyibaruta*, *Gacumbitsi*, *Kajelijeli*, *Kambanda*, *Kamuhanda*, *Karemera*, *Karera*, *Kayishema & Ruzindana*, *Mpambara*, *Muhimana* и *Musema*.

СССЛ: Различные дела, включая дела *Brima*, *Fofana and Kondewa*, *Sesay* и *Taylor*.

Особые коллегии по Восточному Тимору: Различные дела, включая решения, доступные по ссылке <http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/ET-special-panels-docs.htm>.

Чрезвычайные палаты в судах Камбоджи: Различные дела, включая дела *Kaing Guek Eav* и *Nuon Chea et al.*

### Выборочная библиография

- K. Ambos & S. Wirth, "The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000", *Criminal Law Forum*, vol. 13, p. 1 (2002).
- G. Acquaviva & F. Pocar, "Crimes against Humanity", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, p. 855 (2012).
- E. Aronéanu, *Le Crime Contre l'Humanité* (1961).
- M. Badar, "From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes against Humanity", *San Diego International Law Journal*, vol. 5, p. 73 (2004).
- Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law* (2002).
- M.C. Bassiouni (ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice* (2010).
- M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (2011).
- M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Law*, 2nd revised edition (1999).
- M.C. Bassiouni, "'Crimes against Humanity': The Need for a Specialized Convention", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31, p. 457 (1994).
- M. Bettati, "Le crime contre l'humanité" in H. Ascensio, E. Decaux & A. Pellet eds., *Droit international pénal*, 2<sup>nd</sup> edition (2012), p. 103.
- J. Bazelaire & T. Cretin, *La justice internationale, son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye* (2000).
- N. Boister & R. Cryer, *The Tokyo International Tribunal: A Reappraisal* (2008).
- H.D. Bosly & D. Vandermeersch, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice* (2012).
- A. Cassese, *International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> edition (2008), pp. 98–126.
- A. Cassese, "Crimes against Humanity" in A. Cassese et al. eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2002, p. 375.
- A. Cassese & M. Delmas-Marty (eds.), *Jurisdictions Nationales et Crimes Internationaux* (2002).
- J. Cerone, "The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes against Humanity", *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, p. 191 (2008).
- S. Chalandon & P. Nivelles, *Crimes contre l'Humanité: Barbie, Bouvier, Bousquet, Capon* (1998).
- R. Clark, "Crimes against Humanity at Nuremberg" in G. Ginsburgs & V.N. Kudriavtsev, eds., *The Nuremberg Trial and International Law* (1990), p. 177.
- R. Clark, "Crimes against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court" in R. Clark, F. Feldbrugge, & S. Pomorski, eds., *International and National Law in Russia and Eastern Europe: Essays in Honor of George Ginsburgs* (2001), p. 139.

- P. Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale* (2006).
- J. Dautricourt, "Crime against Humanity: European Views on its Conception and its Future," *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 170 (1949).
- M. deGuzman, "The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity", *Human Rights Quarterly*, vol. 22, p. 335 (2000).
- M. Delmas-Marty, *Le crime contre l'humanité* (2009).
- P.M. Dhena, *Droit d'ingérence humanitaire et normes internationales impératives: Essai sur les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime de génocide* (2012).
- J. Doria, "Whether Crimes against Humanity Are Backdoor War Crimes" in J. Doria, H. Gasser, & M.C. Bassiouni, eds. *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honor of Professor Igo Blishchenko* (2009), p. 645.
- K. Dörmann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court* (2002).
- C. Eboe-Osuji, "Crimes against Humanity: Directing Attacks against a Civilian Population", *African Journal of Legal Studies*, vol. 2, p. 118 (2008).
- M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law* (2008).
- P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention: A Commentary* (2009).
- S. Garibian, *Le crime contre l'humanité, au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne* (2010).
- J. Graven, "Les Crimes contre l'Humanité", *Recueil des Cours*, vol. 1950-I, p. 433.
- C.K. Hall et al., "Article 7, Crimes against Humanity" in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2<sup>nd</sup> edition (2008), p. 159.
- "International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment and Sentences", *American Journal of International Law*, vol. 41, p. 172 (1947).
- Y. Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité* (LGDJ, Paris, 2002, XV-519 p.)
- S. Kirsch, *Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (2009).
- B. Kuschnik, "The Legal Findings of Crimes against Humanity in the Al-Dujail Judgments of the Iraqi High Tribunal: A Forerunner for the ICC?", *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, p. 459 (2008).
- M. Lattimer and P. Sands (eds.), *Justice for Crimes against Humanity* (2003).
- R. Lee et al. (eds.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (2001).
- D. Luban, "A Theory of Crimes against Humanity", *Yale Journal of International Law*, vol. 29, p. 85 (2004).
- C. Macleod, "Towards a Philosophical Account of Crimes against Humanity", *European Journal of International Law*, vol. 21, p. 281 (2010).
- L. May, *Crimes against Humanity: A Normative Account* (2005).

S. Meseke, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des IStGH* (2004).

G. Mettraux, "Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda", *Harvard International Law Journal*, vol. 43, p. 237 (2002).

P. Parenti (ed.), *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional* (2007).

Pablo A. Ramella, *Crímenes contra la humanidad* (1986).

D. Robinson, "Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference", *American Journal of International Law*, vol. 93, p. 43 (1999).

B. Ricci, *Crimes against Humanity: A Historical Perspective* (2004).

G. Richard (ed.), *L'Histoire Inhumaine: Massacres et Génocides des Origines à Nos Jours* (1992).

L. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity* (2011).

W. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (2010), pp. 137–87.

W. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone* (2006).

E. Schwelb, "Crimes against Humanity", *British Yearbook of International Law*, vol. 23, p. 181 (1946).

D.L. Shelton (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity* (2005).

E. van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (2003).

P. Sturma, "K návrhu kodexu zločinu proti míru a bezpečnosti lidstva", *Praivník*, vol. 128(9/10), p. 879 (1989).

Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2<sup>nd</sup> edition (2008).

R. Vernon, "What is Crime against Humanity?", *Journal of Political Philosophy*, vol. 10, p. 231 (2002).