



Генеральная Ассамблея

Distr.
GENERAL

A/CN.4/498/Add.2
30 April 1999
RUSSIAN
ORIGINAL: ENGLISH/FRENCH

КОМИССИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
Пятьдесят первая сессия
Женева, 3 мая-23 июля 1999 года

ВТОРОЙ ДОКЛАД ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ГОСУДАРСТВ, ПОДГОТОВЛЕННЫЙ СПЕЦИАЛЬНЫМ ДОКЛАДЧИКОМ Г-НОМ ДЖЕЙМСОМ КРОУФОРДОМ

Добавление

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
II. РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТОВ СТАТЕЙ, СОДЕРЖАЩИХСЯ В ЧАСТИ ПЕРВОЙ (продолжение)		
С. Часть первая, глава V: Обстоятельства, исключающие противоправность	213 - 356	4
1. Введение	213 - 220	4
a) Общий обзор	213 - 214	4
b) История появления главы V	215	5
c) Комментарии правительств по главе V в целом	216 - 220	7
2. Концепция "обстоятельств, исключающих противоправность"	221 - 229	8

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
3. Рассмотрение отдельных статей	230 - 303	13
a) Статья 29: Согласие	230 - 241	13
b) Статья 30: Контрмеры в отношении международно-противоправного деяния	242 - 249	21
c) Статья 31: Форс-мажор и непредвиденный случай	250 - 263	23
d) Статья 32: Бедствие	264 - 274	29
e) Статья 33: Состояние необходимости	275 - 291	34
f) Статья 34: Самооборона	292 - 302	47
g) Статья 35: Оговорка относительно возмещения ущерба	303	53
4. Возможные оправдания или предлоги, не включенные в главу V	304 - 334	53
a) Выполнение в коллизии с императивной нормой (jus cogens)	306 - 313	53
b) "Exceptio inadimplenti non est adimplendum"	314 - 329	58
c) Так называемая доктрина "чистых рук"	330 - 334	69
5. Процессуальные и другие случаи, связанные со ссылкой на обстоятельства, исключющие противоправность	335 - 352	71
a) Возмещение убытков в случаях, когда делается ссылка на главу V	336 - 347	72
b) Временное действие ссылки на обстоятельства, исключющие противоправность	348	76
c) Бремя доказывания	349	77

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
d) Утрата права ссылаться на ответственность	350	77
e) Урегулирование споров в связи с обстоятельствами, исключаящими противоправность	351 - 352	77
6. Выводы в отношении главы V	353 - 356	78

II. РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТОВ СТАТЕЙ, СОДЕРЖАЩИХСЯ В ЧАСТИ ПЕРВОЙ (продолжение)

С. Часть первая, глава V: Обстоятельства, исключаящие противоправность

1. Введение

а) Общий обзор

213. В главе V части первой указываются шесть обстоятельств, исключаящих противоправность поведения, которое в противном случае было бы международно противоправным³⁹³. Они включают следующие:

- согласие (статья 29);
- контрмеры (статья 30);
- форс-мажор и непредвиденный случай (статья 31);
- бедствие (статья 32);
- состояние необходимости (статья 33);
- самооборона (статья 34).

Глава V завершается статьей 35, в которой резервируется возможность возмещения ущерба потерпевшему государству в результате противоправного в противном случае деяния, противоправность которого исключается согласно статьям 29 и 31-33. Такая возможность не предусматривается для контрмер и самообороны.

214. В соответствии с концепцией проекта статей различные термины "оправдательные основания", "средства защиты" или "уважительные причины" *prima facie* употребляются в

³⁹³ Подготовительные материалы по главе V включают: Аго, восьмой доклад, Ежегодник ... 1979 год, том II, часть первая, стр. 32-77 и Добавление к восьмому докладу, Ежегодник ... 1980 год, том II, часть первая, стр. 16-81; Ежегодник ... 1979 год, том I, стр. 40-53; 206-212; 222-226; и Ежегодник ... 1980 год, том I, стр. 172-220; 250-254; 258-263; 267-273 (пленарное обсуждение); Ежегодник ... 1979 год, том I, стр. 206-212; 282-284; и Ежегодник ... 1980 год, том I, стр. 307-310 (доклад Редакционного комитета). Обсуждение оправдательных оснований или уважительных причин в отношении международной противоправности в целом см. S.P. Jagota, "State Responsibility: Circumstances Precluding Wrongfulness", Netherlands Yearbook of International Law, vol. 16, 1985, p. 249; J. Salmon, "Les circonstances excluant l'illicéité", in Responsabilité internationale (Paris, Pedone, 1987/1988), p. 89; A.V. Lowe, "Precluding Wrongfulness or Responsibility? A Plea for Excuses", European Journal of International Law, vol. 10, 1999 (in press). Обсуждение обстоятельств, исключаящих противоправность в отношении прав человека, см. E. Wyler, L'illicéité et la condition des personnes privées (Paris, Pedone, 1995), pp. 183-219.

общем значении. Если не предусмотрено иное³⁹⁴, то они применяются к любому международно противоправному деянию, независимо от того, связано ли оно с нарушением государством обязательства, вытекающего из нормы общего международного права, договора, одностороннего акта, или же из его членства в какой-либо международной организации, или из любого иного источника.

b) История появления главы V

215. Изложение общих оправдательных оснований или уважительных причин невыполнения международного обязательства имеет важнейшее значение как с точки зрения допустимых, так и недопустимых оснований. Как представляется, разработка нынешнего перечня оснований невыполнения происходила следующим образом:

- Гагская конференция 1930 года. С учетом ответов правительств на опросный лист по вопросу об ответственности государств за ущерб, нанесенный иностранцам, Подготовительный комитет для Гагской конференции 1930 года по кодификации международного права разработал ряд положений для обсуждения³⁹⁵. В раздел "Обстоятельства, при которых государства могут отказаться от своей ответственности", он включил два основания:

"безотлагательная необходимость самообороны против угрозы со стороны иностранца в отношении государства или иных лиц" (положение для обсуждения № 24);

"обстоятельства, оправдывающие применение репрессалий против государства, гражданином которого является этот иностранец" (положение для обсуждения № 25)³⁹⁶.

Подготовительный комитет отметил, что объем ответственности государства в контексте дипломатической защиты может также зависеть от "провокационного поведения" потерпевшего лица (положение для обсуждения № 19) и что государство не может нести ответственность за ущерб, нанесенный его вооруженными силами "в ходе подавления восстания, мятежа или иных беспорядков" (положение для обсуждения № 21). Однако эти вопросы так и не были решены;

- предложения Гарсии Амадора. В вопросе о международной ответственности за ущерб, нанесенный иностранцам, Гарсия Амадор предложил рассмотреть в разделе

³⁹⁴ Например, в договоре, предусматривающем иное, который представляет собой *lex specialis*: см. статью 37.

³⁹⁵ League of Nations publication, Sales No. V. Legal, 1929.V.3, p. 19. Положения для обсуждения приводятся в приложении II к первому докладу об ответственности, подготовленному Гарсией Амадором; см. *Yearbook ... 1956*, vol. II, pp. 223-225.

³⁹⁶ *Ibid.*, pp. 224-225. Вопросы, затронутые в оговорке Кальво, а также исчерпание внутренних средств защиты рассмотрены в той же главе.

"Освобождение от ответственности; смягчающие и отягчающие обстоятельства" следующие случаи"³⁹⁷:

- 1) форс-мажор;
- 2) состояние необходимости;
- 3) вина иностранца³⁹⁸.

С другой стороны, он исключил некоторые конкретные "основания или обстоятельства" или как выходящие за рамки его проекта (самооборона), или как "недопустимые" (репрессалии, непризнание государства или правительства и прекращение или приостановление дипломатических отношений)³⁹⁹;

- работа КМП над правом международных договоров. Фитцморис в своем четвертом докладе определил следующий перечень "обстоятельств, оправдывающих невыполнение"⁴⁰⁰:

- 1) согласие другой стороны или сторон с невыполнением;
- 2) невозможность выполнения (форс-мажор);
- 3) законная военная самооборона;
- 4) гражданские беспорядки;
- 5) крупномасштабные чрезвычайные ситуации, вызванные стихийными бедствиями;
- 6) предыдущее невыполнение другой стороной⁴⁰¹;

³⁹⁷ Yearbook ... 1958, vol. II, p. 72. Рассмотрение этих обстоятельств Гарсией Амадором см. в его первом докладе, Yearbook ... 1956, vol. II, pp. 203-209, и его третьем докладе, Yearbook ..., 1958, vol. II, pp. 50-55.

³⁹⁸ Эти три случая включены в статью 13(1) и (2) проекта, а в статье 13(3) указывается, что "если они неприемлемы в качестве оснований, освобождающих от ответственности, то они могут учитываться как смягчающие вину обстоятельства при определении объема репараций". В своем первом докладе Гарсия Амадор также рассмотрел в положительном ключе вопрос о понятии погасительной данности: см. Yearbook ... 1956, vol II, p. 209.

³⁹⁹ Yearbook ... 1958, vol II, pp. 53-55.

⁴⁰⁰ Фитцморис, четвертый доклад, Yearbook ... 1959, vol. II, pp. 44-47, и комментарии, pp. 63-74.

⁴⁰¹ Это обстоятельство часто обозначается латинским выражением "exceptio inadimplenti contractus", которое более полно звучит "exceptio inadimplenti non est adimplendum". Фитцморис склонялся к тому, что оно не является отдельным принципом права, а представляет собой подразумеваемое условие всех договоров, кроме случаев, когда оно прямо исключено: *ibid.*, p. 70.

- 7) невыполнение путем законных репрессалий;
- 8) несовместимость с новой нормой (характера *jus cogens*).

Пункты (3) и (7) этого перечня соответствуют статьям 34 и 30 главы V; пункты (2), (4) и (5) в той или иной степени отражены в статье 31 (форс-мажор и непредвиденный случай). Согласие, бедствие и состояние необходимости (статьи 29, 32 и 33) не включены в перечень Фитцмориса или по крайней мере не приведены как самостоятельная категория. С другой стороны, в главе V не рассматриваются приведенные им пункты (1) (если не считать, что он охвачен понятием "согласие"), (6) и (8). Вопрос о том, следует ли их включать, будет рассмотрен в соответствующем разделе ниже⁴⁰².

с) Комментарии правительств по главе V в целом

216. Франция предложила включить в главу III единую статью, в которой бы перечислялись шесть обстоятельств, исключающих противоправность⁴⁰³. Однако она также указала на концептуальное различие между некоторыми из этих обстоятельств (согласие, контрмеры и самооборона) и другими обстоятельствами⁴⁰⁴ и отметила, что понимание этого различия осложнится, если включить все шесть обстоятельств в одну статью.

217. Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии более подробно рассматривает характер "обстоятельств", предусмотренных в главе V. Как и Франция, оно считает, что согласие, контрмеры и самооборона относятся к другой правовой категории, поскольку они делают полностью законным охватываемое ими поведение и, соответственно, исключают вопрос о компенсации другому соответствующему государству. Состояние необходимости и бедствие же касаются поведения, которое не является вынужденным, и "не могут полностью исключать противоправность поведения". Обязательства (скорейшего) прекращения и предоставления возмещения за любой причиненный ущерб должны в этих случаях сохранять свою силу⁴⁰⁵.

218. Япония выступает в поддержку сохранения главы V в качестве исчерпывающего перечня обстоятельств, исключающих противоправность: необходимо разработать четкое определение этих обстоятельств в строгом соответствии с международным обычным правом. Япония согласна с идеей о проведении различий между обстоятельствами, при которых вопрос о противоправности вообще не возникает, и обстоятельствами, которые лишь "исключают" противоправность, при этом форс-мажор и бедствие она предпочла бы отнести к первой категории⁴⁰⁶.

219. Соединенное Королевство и Соединенные Штаты Америки отмечают, что государство может с помощью договора прямо или косвенно исключить одно из обстоятельств, исключающих противоправность, в качестве оправдания для поведения, не соответствующего тому или иному

⁴⁰² См. пункты 304-329.

⁴⁰³ A/CN.4/488, стр. 89 и 90.

⁴⁰⁴ Там же, стр. 90, 94.

⁴⁰⁵ Там же, стр. 90 и 91.

⁴⁰⁶ A/CN.4/492, стр. 13.

обязательству. По мнению Соединенных Штатов, такую возможность можно было бы предусмотреть путем распространения действия статьи 37 (*lex specialis*) на части первую и вторую⁴⁰⁷.

220. С учетом этих комментариев предлагается обсудить общую концепцию "обстоятельств, исключающих противоправность", рассмотреть в свою очередь статьи 29-34, изучить вопрос о том, следует ли включить в главу V другие оправдательные основания или уважительные причины для противоправного поведения, и, наконец, рассмотреть вопрос о том, должна ли ссылка на главу V порождать особые процессуальные или иные последствия.

2. Концепция "обстоятельств, исключающих противоправность"

221. В комментарии особо отмечается, что обстоятельства, перечисленные в главе V, "по крайней мере в нормальных условиях", не освобождают от ответственности, которая бы в противном случае явилась результатом противоправного по своей сути деяния. Они скорее исключают прежде всего квалификацию этого деяния в качестве противоправного⁴⁰⁸. Было отмечено, что название главы V и ее основная концепция вытекают из основополагающего различия "между концепцией "противоправности", отражающей противоречие между поведением государства и обязательством, возложенным на это государство "первичной" нормой международного права, и концепцией "ответственности", указывающей на вытекающие из другой ("вторичной") нормы международного права правовые последствия государственного деяния, заключающегося в вышеупомянутом поведении"⁴⁰⁹. В комментарии признается, что, несмотря на общие формулировки статьи 1, могут возникать обстоятельства, исключающие ответственность, которые не исключают противоправности соответствующего деяния, но исключают ответственность за это деяние соответствующего государства. Но в нем отрицается всякий смысл квалификации деяния как противоправного без возложения ответственности на какое-либо государство⁴¹⁰.

222. В соответствии с таким подходом в комментарии далее поясняется, что шесть перечисленных обстоятельств "имеют одну важную общую черту: они делают окончательно или временно недействительным международное обязательство, о нарушении которого идет речь"⁴¹¹. Их необходимо отличать от смягчающих или отягчающих вину обстоятельств, которые следует рассмотреть в части второй проекта статей⁴¹².

Некоторые предварительные отличия

⁴⁰⁷ A/CN.4/488, стр. 96.

⁴⁰⁸ Комментарий к главе V, пункт (2).

⁴⁰⁹ Там же, пункт (3).

⁴¹⁰ Там же, пункт (5).

⁴¹¹ Там же, пункт (9).

⁴¹² Там же, пункт (10). В действительности в части второй смягчающие или отягчающие вину обстоятельства в систематическом виде не рассматриваются, однако см. статьи 42(2) и 45(2)(с), в которых такие обстоятельства затрагиваются.

223. Основополагающую концепцию главы V следует отличать от ряда других соображений, которые могут позволять государству избегать ответственности, но не "исключают противоправность" в том смысле, в каком об этом говорилось в комментарии. Во-первых, совершенно очевидно, что эти обстоятельства не имеют никакого отношения к вопросу о подсудности того или иного спора суду или арбитражу или же его приемлемости⁴¹³. Во-вторых, их следует отличать от конститутивных требований обязательства, т.е. тех элементов, которые должны существовать для возникновения вопроса о противоправности в первую очередь и которые в принципе указываются в самом обязательстве. В этом смысле "обстоятельства, исключаящие противоправность", выступают в роли общих средств защиты или оправдательных оснований в национальных правовых системах, и многие из обстоятельств, указанных в главе V, действительно сходны с такими средствами защиты или оправдательными основаниями, которые признаются некоторыми или многими правовыми системами (например, самооборона, состояние необходимости, форс-мажор).

224. Третье отличие касается последствий обстоятельств, исключаящих противоправность, в сопоставлении с последствиями прекращения самого обязательства. И в данном случае обстоятельства, перечисленные в главе V, судя по всему, представляют собой средство обороны, а не наступления. Хотя они могут обеспечивать защиту государства от в противном случае вполне обоснованного обвинения в противоправном поведении, они не устраняют самого обязательства, и источник этого обязательства - первичная норма как таковая ими не затрагивается. Это отличие, которое не всегда четко понимается, Фитцморис сформулировал следующим образом:

"Некоторые из оснований, оправдывающих невыполнение конкретного договорного обязательства, аналогичны некоторым из тех оснований, которые являются причиной или оправданием для прекращения договора. И все же ... эти два вопроса весьма отличаются друг от друга хотя бы потому, что в случае прекращения ... договор прекращается вообще, а в другом [случае] ... этого, как правило, не происходит и, как это ни парадоксально, невыполнение является не только оправданным, но и выступает в качестве предпосылки к возобновлению выполнения как только исчезнут факторы, вызывающие и оправдывающие невыполнение ..."⁴¹⁴.

Это очевидно на примере двух крупных дел, рассмотренных после того, как впервые была принята глава V, причем в обоих случаях рассматривалось отличие невыполнения от прекращения обязательства:

- соответствующие аспекты дела о судне "Рэйнбоу Уорриор" уже обсуждались⁴¹⁵. Арбитраж постановил, что в данном случае должны применяться как право договоров, так и правовые нормы об ответственности государств: первое - для определения того, оставался ли договор в силе, второе - для определения последствий любого нарушения

⁴¹³ В отличие от этого предусмотренное в договоре изъятие в отношении поведения, необходимого для сохранения основных интересов безопасности одной из сторон, выступает в роли конкретного договорного "обстоятельства, исключаящего противоправность" в контексте данного договора и не входит в компетенцию данного суда или арбитража: например, Case concerning Oil Platforms (Preliminary Objection), I.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 811 (para. 20).

⁴¹⁴ Фитцморис, четвертый доклад, Yearbook ... 1959, vol. II, p. 41.

⁴¹⁵ См. пункт 109 выше.

договора, пока он оставался в силе (включая вопрос о том, исключалась ли противоправность любого явного нарушения)⁴¹⁶;

- Международный Суд высказался еще более решительно в деле о проекте Габчиково-Надьямарош. В мае 1992 года в попытке прекратить договор 1977 года Венгрия ссылалась, среди прочего, на состояние необходимости, на которое она уже ссылалась в 1989-1990 годах в качестве основания, исключающего противоправность ее поведения в связи с прекращением работ над проектом. Суд решительно отверг этот аргумент:

"Даже если будет установлено наличие состояния необходимости, оно не является основанием для прекращения договора. На это обстоятельство можно ссылаться только для освобождения от ответственности государства, которое не выполнило договор. Даже в случае его обоснованности оно не прекращает договора; договор может не действовать столь долго, сколько существует состояние необходимости; фактически он может "спать", однако если стороны по взаимному согласию не прекращают его действие, то договор продолжает существовать. Как только состояние необходимости прекращается, вновь возникает обязанность выполнять договорные обязательства"⁴¹⁷.

225. С учетом этих отличий необходимо вернуться к последствиям главы V, о которых говорилось в комментарии, а именно, что они "делают окончательно или временно недействительным международное обязательство", о котором идет речь⁴¹⁸. Во-первых, необходимо отметить, что, хотя одни и те же факты могут, например, представлять собой форс-мажор по статье 31 и случай последующей невозможности выполнения по статье 61 Венской конвенции о праве международных договоров, с аналитической точки зрения они являются разными⁴¹⁹. Форс-мажор оправдывает невыполнение обязательства до тех пор, пока продолжается соответствующее событие; случай последующей невозможности выполнения оправдывает прекращение договоров (или его приостановление). Первое обстоятельство касается конкретного обязательства, а второе - договора, который является источником этого обязательства. Таким образом, сфера применения этих двух доктрин не совпадает. Не совпадают и способы их применения. Непредвиденный случай сам по себе оправдывает невыполнение, как если бы оно происходило в силу нормы права. В отличие от этого договор не прекращается вследствие последующей невозможности - по крайней мере одна из сторон должна принять решение о его прекращении. Что касается обязательств по общему международному праву, то они, как правило, не могут быть "прекращены" односторонним актом одного государства даже в таких случаях, как существенное нарушение со стороны другого государства или непредвиденное событие.

226. Таким образом, представляется сомнительным, чтобы обстоятельство, исключающее противоправность, когда-либо могло сделать окончательно недействительным какое-либо первичное обязательство. Такое обстоятельство может стать оправданием для невыполнения в течение срока соблюдения условий, позволяющих ссылаться на указанное обстоятельство. При прекращении

⁴¹⁶ UNRIAA, vol. XX (1990), at pp. 251-252 (para. 75).

⁴¹⁷ I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 63 (para. 101); см также p. 38 (para. 47).

⁴¹⁸ Комментарий к главе V, пункт (9).

⁴¹⁹ Там же.

первичного обязательства отпадает необходимость в ссылке на главу V. Аналогичным образом в случае прекращения деяния, которое в противном случае явилось бы нарушением, дальнейших вопросов в отношении противоправности не возникает. Глава V применяется лишь в течение того времени, пока одновременно существуют обязательство, несовместимое с ним поведение и обстоятельство, исключаящее противоправность этого поведения. Вместо указания на то, что обстоятельство, исключаящее противоправность, делает обязательство "окончательно или временно недействительным", лучше более четко провести различие между наличием первичного обязательства, которое остается в силе для соответствующего государства, если оно не прекращается по иным основаниям⁴²⁰, и наличием обстоятельства, исключаящего противоправность поведения, не соответствующего этому обязательству. Это также позволяет избежать неудачной формулировки, по которой поведение, противоправность которого исключается вследствие, например, состояния необходимости, "соответствует" первичному обязательству. Это поведение не соответствует обязательству, однако если обстоятельство исключает его противоправность, то нет и нарушения⁴²¹. Именно такой подход принял Суд в отношении главы V проекта статей в деле о проекте Габчиково-Надьмарош. При рассмотрении вопроса о ссылке Венгрии на состояние необходимости он заявил:

"Состояние необходимости, на которое ссылается Венгрия, если бы его наличие было установлено, таким образом, не позволяло бы сделать вывод о том, что ... она действовала в соответствии с ее обязательствами по договору 1977 года или что они перестали носить для нее обязательный характер. Оно лишь позволило бы утверждать, что в сложившихся обстоятельствах Венгрия не будет нести международной ответственности за свои действия"⁴²².

227. Из шести обстоятельств в главе V наибольшие трудности для настоящего анализа порождает согласие, поскольку ясно, что согласие само по себе, безусловно, могло бы сделать обязательство "недействительным" и прекратить его действие. Однако по причинам, излагаемым ниже, Специальный докладчик считает, что согласие не относится к сфере применения главы V⁴²³.

Обстоятельства, исключаящие противоправность или ответственность?

228. Таким образом, глава V предусматривает способы защиты от в противном случае вполне обоснованного заявления о нарушении обязательства. Вместе с тем нельзя с уверенностью заявить, что различные обстоятельства, охватываемые главой V, применяются одинаковым образом или в одинаковой степени. Как представляется, некоторые из них (например, самооборона и согласие) делают соответствующее поведение законным; иными словами, они исключают противоправность.

⁴²⁰ Если речь идет о договорном обязательстве, то оно может быть прекращено лишь в соответствии с правом международных договоров. Если речь идет об одностороннем обязательстве, то оно может быть прекращено лишь на основании правовых норм (независимо от их характера), касающихся прекращения односторонних обязательств. Если речь идет об обязательстве по общему международному праву, то оно может быть прекращено лишь на основании соответствующих норм этого права, регулирующих прекращение обычных обязательств. Ни один из этих случаев не имеет отношения к правовым нормам об ответственности государств.

⁴²¹ Обсуждение этого вопроса в контексте статьи 16 см. пункты 10-14 выше.

⁴²² I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 39 (para. 48).

⁴²³ См. пункты 230-241 ниже.

Действия, которые отвечают требованиям самообороны в соответствии со статьей 51 Устава Организации Объединенных Наций, являются законными в качестве осуществления "неотъемлемого права" в отношениях между обороняющимся государством и агрессором⁴²⁴. Ситуация в отношении таких обстоятельств, как бедствие или состояние необходимости, представляется более запутанной, что засвидетельствовал ряд правительств⁴²⁵. Было бы неправильным заявить, что в случае состояния необходимости или бедствия соответствующее обязательство становится "недействительным". Обязательство не только сохраняется, но и по-прежнему оказывает воздействие на ситуацию, в связи с чем интересы другого соответствующего государства или государств должны учитываться при определении того, действительно ли обстоятельства равносильны состоянию необходимости или бедствию.

229. Это свидетельствует о том, что глава V охватывает по крайней мере две категории обстоятельств, причем этот вывод косвенно подтверждается статьей 35, которая обеспечивает возможность компенсации "потерпевшему" государству в четырех случаях, охватываемых главой V, но не в двух других случаях (самооборона и контрмеры). Вместе с тем, перед тем, как перейти к рассмотрению вопроса о том, следует ли в проекте статей провести более четкое различие между оправдательными основаниями (такими, как самооборона), которые исключают противоправность, и уважительными причинами (такими, как состояние необходимости), которые могут иметь менее значительные последствия, необходимо рассмотреть сами положения главы V⁴²⁶.

3. Рассмотрение отдельных статей

а) Статья 29: Согласие

230. Статья 29 предусматривает следующее:

"1. Правомерным образом данное согласие государства на совершение другим государством определенного действия, не соответствующего обязательству последнего в отношении первого государства, исключает противоправность этого деяния применительно к этому государству, поскольку это деяние находится в пределах вышеуказанного согласия.

2. Пункт 1 не применяется, если данное обязательство вытекает из императивной нормы общего международного права. Для целей настоящих статей императивная норма общего международного права является нормой, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом, как норма, отклонения от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер".

231. В комментарии задан вопрос, применим ли в международном праве принцип *volenti non fit injuria*, и на него дан с оговорками положительный ответ. Для целей главы V вопрос

⁴²⁴ Это не означает, что все международные обязательства, действующие между этими двумя государствами, становятся "недействительными" вследствие законной самообороны. См. пункты 296-299 ниже.

⁴²⁵ См. пункты 216-219 выше.

⁴²⁶ См. пункт 353 ниже.

заключается не в том, чтобы приостановить или тем более отменить действие первичной нормы, которая порождает обязательство. Статья 29 посвящена случаю, когда другое соответствующее государство (или иной субъект международного права) "дает свое согласие не на общее приостановление действия нормы, ... а на неприменение в каком-либо конкретном случае обязательства, предусмотренного этой нормой". Как правило, эта норма будет продолжать применяться в будущем; просто в конкретном случае обязательство было решено не задействовать⁴²⁷. Однако это возможно только на основе правомерным образом данного согласия, т.е. согласия, которое совместимо с императивной нормой. К тому же может случиться так, что для каких-то целей потребуются согласие ряда государств, и в этом случае согласие государства С не исключает противоправность в отношении государства В⁴²⁸. Приведенные в комментарии примеры главным образом относятся к применению силы на территории государства для подавления переворота, размещения войск на иностранной территории, операций по оказанию гуманитарной помощи и спасанию и ареста или задержания лиц на иностранной территории⁴²⁹. Вместе с тем в комментарии приводится также решение по делу о возмещении России, в котором Постоянная палата третейского суда заявила, что, соглашаясь с уплатой только основной суммы в течение 20 лет и при этом не заявляя возражений и не резервируя своих прав, Россия отказалась от права требовать уплаты невыплаченных процентов⁴³⁰.

232. Для того чтобы согласие было равнозначно обстоятельству, исключающему противоправность, оно должно быть "правомерным по международному праву, явно установленным, действительно выраженным (что исключает чисто подразумеваемое согласие), применимым к государству в международном плане и предшествующим совершению деяния"⁴³¹. Кроме того, поведение должно находиться в тех пределах, на которые было дано согласие⁴³². Далее в комментарии подробно рассматриваются эти требования, при этом основной упор сделан на требования в отношении правомерности согласия по праву договоров⁴³³.

Комментарии правительств по статье 29

⁴²⁷ Комментарий к статье 29, пункт (2).

⁴²⁸ Там же, пункт (5), где в качестве примера приводится вопрос о согласии Австрии на оккупацию 1938 года, который рассматривался Международным военным трибуналом в Нюрнберге: United Kingdom, "Judgement of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals", Cmd. 6964 (London, Stationery Office, 1946), pp. 17 et seq., 13 ILR 199, at pp. 209-210. Трибунал не признал, что Австрия давала свое согласие, и указал, что в отсутствие согласия сторон мирных договоров 1919 года оккупация в любом случае была незаконной.

⁴²⁹ Комментарий к статье 29, пункты (6)-(9), где в связи с вопросом об аресте на иностранной территории приводится решение Постоянной палаты третейского суда по делу Саваркара: UNRIAA, vol. XI, pp. 252-255 (1911).

⁴³⁰ UNRIAA, vol. XI, p. 421, at p. 446 (1912).

⁴³¹ Комментарий к статье 29, пункт (11) (подчеркнуто в источнике).

⁴³² Там же.

⁴³³ Там же, пункт (12).

233. В отношении пункта 1 Австрия ставит под сомнение употребление уточняющей фразы "применительно к этому государству", поскольку согласие может сделать поведение правомерным в целом⁴³⁴. Франция выражает сомнение по поводу целесообразности термина "правомерным образом данное", который заимствован из права договоров⁴³⁵. Соединенное Королевство отрицает, что согласие может быть правомерно дано всеми теми лицами, поведение которых присваивается государству согласно главе II, несмотря на содержащиеся в комментарии заявления, которые, по всей видимости, это предполагают⁴³⁶. Например, согласие повстанческого движения не будет связывать государства для целей статьи 29, даже если поведение этого движения могло бы быть присвоено государству согласно статье 15. Во-вторых, по его мнению, Комиссии следовало бы рассмотреть вопрос о подразумеваемом или ретроспективном согласии, особенно в случаях оказания гуманитарной помощи в чрезвычайных ситуациях⁴³⁷.

234. В отношении пункта 2 Австрия спрашивает, следует ли поднимать вопрос об императивных нормах (*jus cogens*)⁴³⁸, на который Франция однозначно дает отрицательный ответ⁴³⁹. Соединенное Королевство соглашается с Францией, ссылаясь на неопределенность в отношении императивных норм⁴⁴⁰.

Место согласия в главе V

235. Большинство комментариев правительств по статье 29 касаются не самого принципа согласия, а его формулировки. В комментариях сделан целый ряд замечаний, например, в отношении объема термина "правомерным образом" в пункте 1 и ссылки на императивные нормы в пункте 2. Однако статья 29 создает больше проблем, чем решает, не только в этих отношениях. Все другие обстоятельства, о которых говорится в главе V, определены либо в самих статьях (форс-мажор, бедствие, состояние необходимости) или в других статьях проектов статей (контрмеры), либо по крайней мере в достаточно четко понимаемых и разработанных нормах общего международного права, закрепленных в Уставе Организации Объединенных Наций (самооборона). И лишь согласие как обстоятельство, исключаящее противоправность, дано в нечетких выражениях, таких, как "правомерным образом данное". Кроме того, как уже отмечали Франция и Соединенное Королевство, проведение аналогии с другими институтами и отраслями международного права (присвоение, право договоров) не позволяет четко установить, имеет ли конкретное должностное лицо полномочия "исключать противоправность" поведения, давая свое согласие на него. Например, в деле Саваркара⁴⁴¹ не имело значения, что командир отделения жандармерии, который дал согласие на возврат беглеца на английский корабль, был неполномочен

⁴³⁴ A/CN.4/488, стр. 91.

⁴³⁵ Там же.

⁴³⁶ Там же, стр. 92 и 93, где приводится комментарий к статье 29, пункт (15).

⁴³⁷ Там же, стр. 93.

⁴³⁸ Там же.

⁴³⁹ Там же, стр. 93.

⁴⁴⁰ Там же, стр. 94.

⁴⁴¹ UNRIIAA, vol. XI, p. 252 (1911).

заключать международные соглашения от имени Франции. Согласно главе II части первой, его поведение, бесспорно, должно быть присвоено Франции, однако вопрос опять же заключался не в этом. А состоял он в том, было ли достаточно его согласия на возврат беглеца. По этому вопросу статья 29 не содержит никаких указаний. В комментарии эта мысль развивается, однако некоторые из его уточнений в самой статье не изложены, и, что более важно, в ней мало или ничего не говорится о фактическом или подразумеваемом полномочии давать согласие для целей главы V. Вопрос о том, кто полномочен давать согласие на отход от конкретной нормы, по крайней мере в определенной степени, вполне возможно зависит от самой этой нормы. Одно дело давать согласие на обыск помещений посольства, другое - на судебное разбирательство выданного лица по иным основаниям, чем те, за которые оно было выдано, и третье - на создание военной базы на территории государства или на осуществление боевых действий против повстанцев, находящихся на этой территории.

236. Это говорит о том, что статья 29 порождает более глубокую проблему, нежели просто проблему формулировки. Можно ли провести разграничение, с одной стороны, между вопросом согласия как элементом в применении нормы (которое в этом случае является частью определения соответствующего обязательства) и, с другой стороны, вопросом согласия как основанием для исключения противоправности поведения, не совместимого с этим обязательством? В комментарии однозначно исключаются случаи согласия, данного после того, как поведение имело место, которое в нем справедливо рассматривается как форма отказа от права привлечения к ответственности⁴⁴². Однако, если согласие должно быть дано заранее, если оно может быть правомерным образом дано только в одном ряде случаев, но не в другом, и если полномочие на дачу согласия зависит от соответствующей нормы, тогда можно задать вопрос, не следует ли считать, что элемент согласия включен в различные первичные нормы, скажем, в разных формулировках применительно к разным случаям. Например, норме о том, что государство обладает исключительным правом на осуществление юрисдикции или власти на своей территории, корреспондирует положение о том, что иностранная юрисдикция может осуществляться с согласия государства пребывания, и такие случаи имеют место довольно часто (например, следственные комиссии, находящиеся на территории другого государства, осуществление юрисдикции в отношении временно находящихся сил и т.д.). Они не охватывают, даже *prima facie*, поведение, не соответствующее международному обязательству, и, таким образом, выходят за пределы главы V и по сути за пределы проекта статей в целом. Фитцморис отнес такие случаи к разряду "Неисполнения, обоснованного *ab intra* условием договора, которое подразумевается в нем международным правом", и сформулировал это различие следующим образом:

"Поскольку сам этот вопрос - оправдано ли неисполнение - предполагает наличие явного или подразумеваемого обязательства согласно договору, условия, указанные или подразумеваемые в формулировках самого договора, относятся к существованию и объему этого обязательства, а не к обоснованию его неисполнения"⁴⁴³.

Он явно имел в виду только право договоров, однако такой же принцип, несомненно, применяется и к формулированию обязательств, возникающих согласно общему международному праву (например, обязательства не осуществлять гражданскую юрисдикцию на территории другого государства без его согласия или не осуществлять пролет над его территорией без предварительного

⁴⁴² Комментарий к статье 29, пункт (16). В этом отношении странно то, что в комментарии приводится дело о возмещении России, которое, вероятно, представляет собой случай отказа от права и, безусловно, не является случаем заранее данного согласия.

⁴⁴³ Fitzmaurice, Fourth Report, Yearbook ... 1959, vol. II, at p. 46.

разрешения). По этой причине Фитцморис не рассматривал согласие как самостоятельное "обстоятельство, оправдывающее неисполнение". Вместо этого он рассматривал его как "признание неисполнения", что скорее следует считать частным случаем отказа от права привлекать к ответственности. Речь идет не о том, возникла ли ответственность вообще, а об утрате права привлекать к ответственности, что выходит за рамки части первой⁴⁴⁴.

237. Сомнения вызвало также разграничение между "внутренними" и "внешними" обоснованиями или основаниями для освобождения от ответственности. Все другие статьи главы V касаются обстоятельств (форс-мажор, бедствие, состояние необходимости, вооруженное нападение или другое неправомерное поведение, порождающее право принимать ответные меры в виде самообороны или контрмер), которые налицо в момент совершения противоправного деяния. В комментарии к статье 29 говорится только о согласии, которое было дано заранее, между тем такое согласие, данное правомерным образом, предполагает, что поведение в момент его совершения является абсолютно правомерным. В отличие от этого, когда государство действует не в соответствии с обязательством и его поведение не порождает ответственности в силу таких оснований, как состояние необходимости, форс-мажор или бедствие, вряд ли можно сказать, что это поведение является "абсолютно правомерным". Это скорее предполагаемое или явное нарушение, применительно к которому, возможно, будут или не будут применены основания, освобождающие от ответственности. Даже в случае самообороны или контрмер, когда поведение может быть имманентно правомерным в данных обстоятельствах, как минимум существует ситуация, требующая какого-то пояснения и какого-то обоснования⁴⁴⁵.

238. Могут ли быть такие случаи, когда обязательство надлежащим образом сформулировано в абсолютных выражениях (т.е. без каких-либо условий или ограничений в отношении согласия), а согласие соответствующего государства все равно исключает противоправность поведения? Если ответ положительный, то статья 29 вполне может иметь свою, хотя и ограниченную, сферу применения. Специальному докладчику такие случаи не известны⁴⁴⁶. Все приведенные в комментарии примеры касаются норм (неосуществление иностранной юрисдикции на территории государства; неприменение силы против него; невмешательство в его внутренние дела и т.д.), которые не являются абсолютными запретами, а позволяют государству, против которого направлено поведение, правомерно дать свое согласие на него. В отсутствие четких промежуточных случаев (т.е. случаев, когда согласие может быть правомерным образом дано заранее, однако оно не входит в определение обязательства), судя по всему, позиция должна быть такой: либо соответствующее обязательство позволяет, чтобы было заранее дано согласие на поведение, которое

⁴⁴⁴ См. пункт 350 ниже.

⁴⁴⁵ Государство, осуществляющее право на самооборону, должно уведомить Совет Безопасности "немедленно": статья 51 Устава Организации Объединенных Наций. Условия надлежащего осуществления контрмер в настоящее время изложены в статьях 47-50 и также предполагают определенную степень международной оценки.

⁴⁴⁶ Один из возможных вариантов, который приближается к идее Фитцмориса о "признании неисполнения", можно было бы проиллюстрировать на следующем примере: предположим, что государство А своими действиями по отношению к государству В нарушает двустороннее обязательство, предвидя, что государство В в случае запроса даст свое согласие, а государство В, зная о поведении государства А, возражений не заявляет. Но такие случаи не попадают в сферу действия статьи 29, как было пояснено в комментарии, и даже если исходить из того, что они возможны, они не требуют отдельного режима в главе V. По всей видимости, лучше было бы отнести их к разряду отказа от права привлечения к ответственности, а может быть, эстоппеля.

в отсутствие такого согласия будет противоречить обязательству, либо оно этого не позволяет. В первом случае (при условии, что согласие правомерным образом дано) вопрос о том, исключена ли противоправность, не возникает. Во втором случае согласие вообще не может быть дано. Оба эти случая отличны от отказа от права привлекать к ответственности после того, как имело место нарушение, порождающее ответственность государств⁴⁴⁷.

239. В силу всех этих причин представляется, что рассматривать данное заранее согласие в качестве обстоятельства, исключающего противоправность, означало бы смешивать содержание материального обязательства с действием вторичных норм об ответственности, а рассматривать в качестве такого обстоятельства согласие, данное после совершения проведения, означало бы смешивать происхождение ответственности с ее реализацией (*mise en œuvre*). Ни в том, ни в другом случае статья 29 в главе V неуместна, и ее следует исключить. А вместо этого в комментарии к главе V необходимо пояснить роль согласия в связи с ответственностью государств.

240. Однако, если эта рекомендация не будет принята, следует сказать несколько слов по конкретным вопросам, поднятым правительствами в отношении формулировки статьи 29.

а) "Правомерным образом данное согласие". Некоторые из тех трудностей, которые вызвала данная фраза, были отмечены выше. Ясно, что определенные ограничения здесь необходимы, поскольку речь не идет о том, что одно государство может освободить другое от исполнения любого обязательства (например, в отношении прав человека). Однако невозможно установить простой или действенный критерий для определения того, в каких обстоятельствах или в какой степени разрешение со стороны одного государства исключает противоправность поведения другого⁴⁴⁸. Кроме того, фраза "правомерным образом данное" выполняет не одну функцию, а две: она указывает на существование случаев, в которых согласие вообще не может быть правомерным образом дано, и она также предполагает (без конкретных указаний, однако), что

⁴⁴⁷ Различие между согласием *ex ante* и отказом от права можно продемонстрировать на следующих примерах. Во-первых, государственный орган, обладающий полномочием отказываться от права привлечения к ответственности за нарушение, после того как ответственность государств возникла, может отличаться от государственного органа, который полномочен давать согласие до того, как поведение имело место. Во-вторых, в случае обязательства *erga omnes* (например, согласно статье 2(4) Устава) все равно может случиться так, что одно конкретное государство будет правомочно давать заранее согласие на поведение, которое в противном случае было бы нарушением этого обязательства (см. комментарий Австрии выше, пункт 233). Однако отсюда не следует, что только это государство имеет правовой интерес в отношении нарушения после того, как оно произошло.

⁴⁴⁸ Это справедливо даже в отношении простейшей ограничительной фразы "в отношениях между этими государствами", поскольку вопрос о том, что составляет простое "двустороннее" обязательство и что выходит за рамки сугубо двусторонних отношений, зависит от содержания и цели самого обязательства. Так, одно государство может быть главным выгодоприобретателем обязательства, установленного в общих интересах (например, в отношении нейтральности этого государства), и оно не может по своему усмотрению освободить другое государство от выполнения этого обязательства. Например, при обсуждении того, совместимо ли членство в Австрии в ЕЭС с ее нейтральным статусом, не приводился аргумент о том, что согласие Австрии на членство исключает противоправность. См. например, I. Seidl-Hohenveldern, "Österreich und die EWG" (1968) 14 *Jahrbuch für Internationales Recht* 128; D. Kennedy and L. Specht, "Austrian Membership in the European Communities" (1990) 31 *Harvard ILJ* 407.

при даче согласия необходимо соблюдать определенные процедуры и что могут возникнуть вопросы в отношении полномочия на дачу согласия. Ни один из этих аспектов невозможно изложить более подробно, не внедряясь в содержание первичных норм, хотя некоторые процедурные предпосылки для правомерного согласия, которые изложены в комментарии, в текст можно было бы включить;

b) согласие и императивные нормы. Опять же, несмотря на неопределенность в отношении сферы и содержания императивных норм, о чем говорили некоторые правительства, ясно, что одно государство не может на основе данного в конкретном случае согласия освободить другое от обязательства выполнять императивную норму, например в отношении геноцида или пыток, в каком-то большем объеме, чем оно могло бы сделать это в рамках договора. Здесь по крайней мере можно возразить, что одно государство может освободить другое от ответственности за такое нарушение в том объеме, в каком оно затронуло это государство. Однако статья 29 прежде всего касается обстоятельств, исключающих противоправность, а не ответственность. Во-вторых, существует целый ряд случаев, когда согласие государства действительно исключает противоправность. В-третьих, что касается согласия, данного заранее (а именно этот случай и охватывает статья 29), то требования императивной нормы вряд ли будут удовлетворены, если сохранить формальное обязательство, освободив при этом государство-нарушитель от ответственности за его нарушение. Соглашение об отказе от привлечения к ответственности за геноцид или пытки представляется столь же несовместимым с императивным характером соответствующей нормы, сколь несовместимым было бы согласие на неисполнение основного обязательства. Однако трудности на этом не кончаются. Некоторые императивные нормы содержат элемент "имманентного" согласия. Например, норма о неприменении силы в международных отношениях, закрепленная в пункте 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций, не применяется в некоторых случаях, когда одно государство согласилось на применение силы другим государством на своей территории. Однако одно государство не может на основе согласия устранить норму, касающуюся применения силы в международных отношениях, из его отношений с другим государством⁴⁴⁹. Таким образом, может потребоваться провести разграничение между согласием при применении статьи 2(4), которое может быть правомерным, и гипотетическим согласием, которое полностью устраняет или исключает ее и которое, если статья 2(4) носит императивный характер, было бы неправомерным;

c) согласие лиц помимо государств. В проекте статьи 29 говорится только о согласии государств и, возможно, других субъектов международного права⁴⁵⁰, между тем существуют такие нормы международного права, в которых учитывается согласие, например, корпораций или частных лиц. Вопрос о том, в каком объеме вкладчики могут отказываться от применения норм дипломатической защиты на основании предварительно заключенного соглашения, давно вызывает противоречия, однако согласно Конвенции МЦУИС 1965 года согласие вкладчика на арбитраж по Конвенции приостанавливает действие права на дипломатическую защиту государства гражданства этого вкладчика⁴⁵¹. В области прав человека физическое лицо не может отказаться от прав,

⁴⁴⁹ О том, в какой степени "пакты о вторжении" и "вмешательство по приглашению" могут быть правомерными, см. B.R. Roth, Governmental Illegitimacy in International Law (Oxford, Clarendon Press, 1999), pp. 185-195.

⁴⁵⁰ Комментарий к статье 29, пункты (2) и (15).

⁴⁵¹ Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств, Вашингтон, 1965 год, статья 27(1).

предусмотренных международными договорами, однако свободное согласие физического лица имеет значение для реализации по крайней мере некоторых из этих прав⁴⁵²;

d) пределы согласия. Как отмечается в комментарии, согласие исключает противоправность в тех пределах, которые имеет в виду государство, дающее это согласие⁴⁵³. Однако практическое применение этой идеи может вызвать проблемы. Например, согласие на временное нахождение на территории государства вооруженных сил может сопровождаться каким-то условием (например, требованием вносить арендную плату за пользование сооружениями), однако неуплата арендной платы, хотя, бесспорно, сама по себе будет неправомерной и может иметь дальнейшие правовые последствия, не будет автоматически превращать временно находящиеся на территории вооруженные силы в оккупационную армию.

Выводы по статье 29

241. Одни из этих вопросов, бесспорно, могут быть решены путем доработки текста статьи 29, решение других будет зависеть от ее применения к конкретным случаям. Однако более подробное изучение формулировки статьи 29 подтверждает вывод о том, что в главе V она неуместна. В общем отсутствие согласия является имманентным условием противоправности применительно ко многим обязательствам (например, обязательству не осуществлять пролет над территорией другого государства). В таких случаях рассматривать согласие как обстоятельство, исключающее противоправность, было бы весьма странным, поскольку правомерным образом данное согласие делает поведение правомерным и исключать становится просто нечего. Можно также сказать, что неосуществление пролета над территорией является обстоятельством, исключающим противоправность. Такая конструкция устраняла бы различие между первичными и вторичными обязательствами. Согласие, данное после наступления события, весьма отлично по своему характеру и включает отказ от права на привлечение к ответственности, которая уже возникла: его следует рассматривать под рубрикой утраты права на привлечение к ответственности в части второй, а может быть, части третьей проекта статей. По этим причинам статью 29 следует исключить, и во избежание разнотолков ее исключение следует подробно объяснить в комментарии к главе V.

b) Статья 30: Контрмеры в отношении международно-противоправного деяния

242. Статья 30 предусматривает следующее:

"Противоправность деяния государства, не соответствующего обязательству этого государства в отношении другого государства, исключается, если это деяние является закономерной в соответствии с международным правом мерой в отношении этого другого государства, вызванной его международно-противоправным деянием".

243. Статью 30 необходимо читать в контексте статей части второй, где довольно подробно указываются объем и обстоятельства применения разрешенных контрмер. Иными словами, содержание фразы "закономерной в соответствии с международным правом" в статье 30 теперь довольно подробно разъяснено в другом положении текста.

⁴⁵² См., например, Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 года, статьи 7, второе предложение; 8(3)(c)(iv); 14(1)(g); 23(3).

⁴⁵³ Комментарий к статье 29, пункт (17).

244. В комментарии к статье 30 подчеркивается исключительная роль контрмер в плане того, что они делают "недействительным" обязательство по отношению к государству, на которое распространяются контрмеры⁴⁵⁴. Контрмеры должны приниматься в ответ на противоправное поведение государства, против которого они направлены, либо "чтобы покарать, либо чтобы обеспечить исполнение", при этом они должны осуществляться в пределах, установленных международным правом⁴⁵⁵. Обсуждение этих пределов не в полной мере согласуется с положениями части второй: например, комментарий к статье 29, видимо, предполагает, что применение военной силы иногда может быть правомерным в качестве контрмеры⁴⁵⁶, а статья 50(а) это прямо отрицает. Это подчеркивает необходимость совместного рассмотрения статьи 30 и главы III части второй.

245. Согласно комментарию контрмеры более не ограничиваются нарушениями двусторонних обязательств или ответными действиями, осуществляемыми наиболее непосредственно пострадавшим государством. Нарушение обязательств *erga omnes* "считается нарушением в отношении всех членов международного сообщества, а не только государства или государств, непосредственно затронутых этим нарушением"⁴⁵⁷. В этой связи за такое нарушение могут быть применены коллективные санкции. Независимо от того, идет ли речь об обязательствах *erga omnes*, "наличие ранее совершенного противоправного деяния государства - пассивного субъекта таких мер исключает противоправность закономерной реакции по отношению к нему"⁴⁵⁸, в том что касается государства-правонарушителя⁴⁵⁹.

Комментарии правительств по статье 30

246. Франция отмечает ряд редакционных сложностей, а также обращает внимание на необходимость различать индивидуальные контрмеры и коллективные принудительные меры, принимаемые под эгидой Организации Объединенных Наций. Статья 30 должна ограничиваться первой категорией мер⁴⁶⁰. Соединенное Королевство и Соединенные Штаты Америки предлагают сделать статью 30 самостоятельной без сомнительных, с их точки зрения, положений о контрмерах в части второй, по аналогии с правом на самооборону, содержание которого также

⁴⁵⁴ Комментарий к статье 30, пункт (2).

⁴⁵⁵ Там же, пункт (3).

⁴⁵⁶ Комментарий к статье 29, пункт (5), однако см. комментарий к статье 30, пункты (10) и (11).

⁴⁵⁷ Комментарий к статье 30, пункт (12).

⁴⁵⁸ Там же, пункт (16).

⁴⁵⁹ Но не в том, как подчеркивается в комментарии, что касается прав третьих государств: там же, пункты (17)-(19), (24), где говорится о деле Сисн, UNRIIAA, vol. II, p. 1035, at p. 1056 (1930): см. нынешнюю статью 47(3).

⁴⁶⁰ A/CN.4/488, стр. 94. Япония согласна с этим: A/CN.4/492, стр. 13.

подробно не описано⁴⁶¹. С другой стороны, Япония и Франция предлагают непосредственно увязать статью 30 с положениями о контрмерах в части второй⁴⁶².

247. В отличие от этого Мексика сомневается в целесообразности включения статьи 30 вообще и в любом случае призывает доработать положения об урегулировании споров для случаев, связанных с применением контрмер⁴⁶³.

Режим контрмер в проекте статей в целом

248. Ряд правительств поднял вопросы относительно режима контрмер в части второй проекта статей (статьи 47-50), ставя под сомнение целесообразность сохранения данных статей и особенно положений об урегулировании споров. Помимо вопросов редакционного и терминологического характера были высказаны сомнения в отношении контрмер, причем с обеих сторон - как со стороны государств, поддерживающих принцип контрмер, так и со стороны государств, возражающих против него. Расхождения во мнениях затрудняют работу над статьей 30. С одной стороны, ясно, что по крайней мере в некоторых случаях контрмеры исключают противоправность поведения, направленного против государства-нарушителя, с тем чтобы заставить его прекратить противоправное поведение и предоставить основные элементы реституции. Это - серьезный аргумент в пользу сохранения в какой-то форме статьи 30 в главе V. С другой стороны, объем, в котором требование в отношении законных контрмер следует изложить в статье 30, должен быть обусловлен тем, будут ли статьи о контрмерах сохранены в части второй. Если они будут сохранены, то простой перекрестной ссылки на эти условия будет достаточно (как отметили Япония и Франция). Если они будут исключены, то положение будет иным и потребность в какой-то дополнительной конкретизации обстоятельств законного применения контрмер в статье 30 будет значительно выше. В главе V действительно подробно не указываются условия ссылки на согласие или самооборону. Однако их отсутствие в отношении согласия уже подвергалось критике, а в отношении самообороны положение является иным, в частности, в силу того, что неотъемлемое право на самооборону прямо предусмотрено в Уставе и никак не может быть затронуто какими бы то ни было положениями проектов статей.

249. По этим причинам Специальный докладчик предлагает сохранить статью 30 в квадратных скобках как факт признания того, что контрмеры в некоторых случаях могут исключать противоправность (или по меньшей мере ответственность за) соответствующее поведение, а рассмотрение многочисленных вопросов принципиального и редакционного характера следует провести в контексте положений о контрмерах в части второй.

с) Статья 31: Форс-мажор и непредвиденный случай

250. Статья 31 предусматривает следующее:

"1. Противоправность деяния государства, не соответствующего его международному обязательству, исключается, если это деяние было вызвано непреодолимой силой или не поддающимся контролю государства непредвиденным внешним событием, которая/которое сделала/сделало для государства материально невозможным действовать в соответствии с

⁴⁶¹ A/CN.4/488, стр. 95 и 96.

⁴⁶² Там же, стр. 94 (Франция); A/CN.4/492, стр. 13 (Япония).

⁴⁶³ A/CN.4/488, стр. 94-95.

указанным обязательством или понять, что его поведение не соответствует этому обязательству.

2. Пункт 1 не применяется, если государство, о котором идет речь, содействовало возникновению ситуации материальной невозможности".

251. Комментарий к статье 31 начинается с замечания о том, что общей чертой форс-мажора и непредвиденного случая является "непричастность предшествующего поведения государства, в оправдание которого" они приводятся⁴⁶⁴. Они не зависят от воли ни "активного", ни "пассивного" государства⁴⁶⁵. Поскольку между этими двумя ситуациями невозможно провести четкое различие, они объединены в одну статью. Обе они охватывают случаи "материальной невозможности", при этом неважно, обусловлена ли эта невозможность вмешательством природы или человека или сочетанием этих двух факторов, постольку, поскольку она неподконтрольна совершающему действия государству⁴⁶⁶. При разработке формулировки, ставшей впоследствии статьей 61 Венской конвенции о праве международных договоров, которая касается последующей невозможности выполнения, Комиссия придерживалась мнения, что форс-мажор также является обстоятельством, исключающим противоправность в отношении выполнения договора⁴⁶⁷. Аналогичная позиция была занята на Венской конференции, хотя эта Конференция настаивала на узкой формулировке статьи 61, в том что касается прекращения действия договора⁴⁶⁸.

252. В практике государств большинство случаев, когда делалась ссылка на "невозможность", были связаны не с фактической невозможностью, а с возросшей сложностью исполнения, и поэтому ссылка на форс-мажор отпадала. Однако случаи материальной невозможности имели место, например, когда "государственный самолет, который из-за неисправности, утраты пилотом контроля или непогоды проникает в воздушное пространство другого государства без разрешения последнего, поскольку усилия пилота предотвратить это оказались безуспешными или же он не мог знать о происходящем", и в таких случаях принцип исключения противоправности признавался⁴⁶⁹.

253. Помимо воздушных инцидентов, закрепленный в статье 30 принцип также признается в отношении кораблей при мирном проходе, что закреплено в статье 14(3) Конвенции о территориальном море и прилегающей зоне 1958 года (теперь статья 18(2) Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 года), а также в статье 7(1) Конвенции о транзитной торговле внутриконтинентальных государств от 8 июля 1965 года. "В этих положениях "форс-мажор", безусловно, является составным элементом изложенных в них "первичных норм", но сам факт включения его в эти нормы явно является прямым подтверждением -

⁴⁶⁴ Комментарий к статье 31, пункт (2).

⁴⁶⁵ Там же, пункт (4).

⁴⁶⁶ Там же, пункт (7).

⁴⁶⁷ Там же, пункт (9), цитируется из Yearbook ... 1966, vol. II, p. 255.

⁴⁶⁸ Комментарий к статье 31, пункт (10).

⁴⁶⁹ Там же, пункт (12), где приводятся случаи неумышленного вторжения в воздушное пространство ввиду непогоды, а также эпизоды случайной бомбардировки нейтральной территории во время первой мировой войны из-за навигационных ошибок.

применительно к конкретным случаям - общего принципа обычного международного права, согласно которому форс-мажор может исключать противоправность"⁴⁷⁰. Этот принцип был также признан Постоянной палатой третейского суда. В деле Ottoman Empire Lighthouse маяк, принадлежавший французской компании, в 1915 году был реквизирован греческим правительством, а впоследствии разрушен действиями неприятеля. Суд отклонил требование Франции о восстановлении маяка на основании форс-мажорных обстоятельств⁴⁷¹. В деле о компенсации России этот принцип был признан, однако ссылка на форс-мажор не сработала по фактическим основаниям, поскольку погашение долга не было материально невозможным⁴⁷². Форс-мажор был признан в качестве общеправового принципа (хотя и здесь ссылка на него и была отвергнута по фактическим основаниям) Постоянной палатой международного правосудия в деле о займах Сербии и Бразилии⁴⁷³.

254. После тщательного обзора практики, прецедентов и доктрины авторы комментария в заключении подтверждают этот принцип, однако подчеркивают, что он применяется лишь в случае, когда невозможность является непреодолимой и объективно непредвиденной, чтобы соответствующее государство не имело "никакой реальной возможности избежать последствий действия такой силы или такого события". Кроме того, государство "не должно само способствовать намеренно или посредством своей небрежности возникновению ситуации материальной невозможности"⁴⁷⁴.

Комментарии правительств по статье 31

255. Австрия выразила мнение, что статья 31 размывает границы объективного и субъективного элементов, что создает путаницу, и предложила вместо понятия "непредвиденный случай" развить понятие "материальная невозможность"⁴⁷⁵. Соединенное Королевство принимает принцип, закрепленный в статье 31 и в то же время призывает ограничить его применение исключительными случаями материальной невозможности, которые находятся вне контроля соответствующего государства⁴⁷⁶. Франция отмечает, что обе фразы "форс-мажор" и "непредвиденный случай" связаны с одним режимом; эту статью следует пересмотреть в целях

⁴⁷⁰ Комментарий к статье 31, пункт (16).

⁴⁷¹ Там же, пункт (21), цитируется по UNRIAA, vol. XII (1956), at pp. 219-220. В исследовании Секретариата приводится много других случаев форс-мажора: "Непреодолимая сила и случай как обстоятельства, исключаящие противоправность: обзор практики государств, международных судебных решений и теоретических концепций", Ежегодник ... 1978 год, том II, часть первая, стр. 71-267.

⁴⁷² Комментарий к статье 31, пункт (21), цитируется по UNRIAA, vol. XI (1912), at p. 443.

⁴⁷³ Комментарий к статье 31, пункты (23) и (24), цитируется P.C.I.J. Series A, No. 20 (1929), at pp. 33-40; *ibid.*, No. 21 (1929), at p. 120.

⁴⁷⁴ Комментарий к статье 31, пункт (36) (подчеркнуто в источнике).

⁴⁷⁵ A/CN.4/488, стр. 97.

⁴⁷⁶ Там же, стр. 97 и 98.

устранения избыточности⁴⁷⁷. Ни в одном из комментариев необходимость в статье 31 в какой-то форме сомнению не подвергается.

Применение статьи 31 в современной практике

256. При арбитражном разбирательстве дела о судне "Рэйнбоу Уорриор" Франция ссылаясь на форс-мажор как обстоятельство, исключаящее противоправность ее поведения, выразившегося в устранении офицеров с Хао и невозвращении их после оказания медицинской помощи. Арбитраж кратко коснулся этого момента:

"Новая Зеландия права, заявляя, что ссылка на форс-мажор в данном случае не имеет силы, поскольку для форс-мажора необходимо наличие абсолютной материальной невозможности, а обстоятельство, затрудняющее или осложняющее исполнение, не представляет собой случай форс-мажора"⁴⁷⁸.

Таким образом, это решение входит в число тех многочисленных случаев, которые были приведены в комментарии и исследовании Секретариата и в которых признается принцип исключения противоправности при наличии форс-мажора в международном праве, а также во многих национальных правовых системах, однако при этом устанавливаются жесткие условия его применения.

257. Бесспорно, форс-мажор как обстоятельство, исключаящее противоправность, и невозможность исполнения как основание для прекращения договора - суть вещи разные. Форс-мажор применяется как к договорным, так и к недоговорным обязательствам в силу действия нормы права, когда возникают форс-мажорные обстоятельства. Невозможность исполнения, как и другие основания для прекращения договора, должна быть официально приведена стороной, и применяется она только после того, как будет надлежащим образом приведена. Кроме того, как отметил Международный Суд в деле о проекте Габчиково-Надьямарош, "степень сложности", связанная с форс-мажором как обстоятельством, исключаящим противоправность, хотя и является значительной, однако меньше той, которая требуется в статье 61 Венской конвенции о праве международных договоров для прекращения на основании последующей невозможности выполнения:

"Для прекращения договора на основании невозможности выполнения пункт 1 статьи 61 требует "безвозвратного исчезновения или уничтожения объекта, необходимого для выполнения" договора. На Конференции было внесено предложение расширить охват этой статьи, включив в нее такие случаи, как невозможность произвести определенные платежи ввиду серьезных финансовых трудностей... Хотя было признано, что такие ситуации могут привести к исключению противоправности неисполнения стороной своих договорных обязательств, государства-участники не были готовы рассматривать такие ситуации как основание для прекращения или приостановления действия договора и предпочли ограничиться более узкой концепцией"⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Там же. Кроме того, она заявляет, что пункт (2) является избыточным и может быть опущен.

⁴⁷⁸ UNRIAA, vol. XX, p. 217 (1990), at p. 253.

⁴⁷⁹ I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 63 (para. 102).

258. Помимо межгосударственных споров в рамках международного публичного права, форс-мажор довольно часто применяется в международной торговле и смешанном арбитраже, и его, вероятно, можно отнести к числу общих принципов права⁴⁸⁰.

а) Глава V Конвенции ЮНСИТРАЛ о договорах международной купли-продажи товаров (Венская конвенция о купле-продаже 1980 года) посвящена "положениям, общим для обязательств продавца и покупателя". Раздел IV озаглавлен "Освобождение от ответственности" и содержит лишь два положения: статью 79, касающуюся непреодолимого препятствия, и статью 80, касающуюся *exceptio inadimpleti contractus*. В статье 79 термин "форс-мажор" не употребляется, однако речь идет именно об этом. Сторона не несет ответственности за неисполнение, если она докажет, что неисполнение было вызвано ...

"препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий"⁴⁸¹.

б) В Принципах международных коммерческих договоров ЮНИДРУА статья 7.1.7 касается форс-мажора, который определен по существу так же, как в Конвенции 1980 года⁴⁸².

259. По этим причинам статью 31 в проекте статей следует сохранить. Однако есть небольшие проблемы с ее формулировкой.

Форс-мажор и "понимание" противоправности

⁴⁸⁰ По английскому общему праву форс-мажор не является средством защиты от нарушения договора в силу презумпции о том, что договорные обязательства представляют собой гарантии. Существует более узкая концепция "непреодолимой силы" ("act of God"), которая является средством защиты в деликтах. Однако суды общего права весьма привыкли к понятию форс-мажора ввиду того, что оговорки о форс-мажоре часто включаются в договоры, особенно в области международной торговли. См. в целом Е. McKendrick, Force Majeure and Frustration of Contract (1995).

⁴⁸¹ См. P. Schlechtriem and G. Thomas, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (Oxford, Clarendon Press, 1998), second edition, pp. 600-626. Материалы из области сравнительного права, посвященные форс-мажору, см., например, U. Draetta, "Force Majeure Clauses in International Trade Practice" (1996) 5 International Business Law Journal 547; K.D. Magliveras, "Force Majeure in Community Law" (1990) 15 European Law Review 460; P. van Ommeslaghe, "Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux" (1980) 57 Revue de droit international et de droit comparé 15. О форс-мажоре в арбитражном разбирательстве между Ираном и Соединенными Штатами см. G. Aldrich, The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal (1996), pp. 306-320. Форс-мажор также был признан в качестве общего принципа права Европейским судом: см., например, Case 145/85, Denkavit Belgie NV v Belgium [1987] ECR 565. См. также C. Stefanou and N. Xanthaki, A Legal and Political Interpretation of Articles 224 and 225 of the Treaty of Rome (Ashgate, Aldershot, 1997), pp. 78-80.

⁴⁸² Текст и комментарий см. в UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts (Rome, 1994), pp. 169-171.

260. Одной из любопытных особенностей статьи 31 является фраза "сделало ... материально невозможным ... понять, что его поведение не соответствует этому обязательству"⁴⁸³. Это предполагает, что ответственность государств зависит от "понимания" этим государством того, что его поведение является противоправным, хотя в общем такое понимание не требуется. Незнание юридических обязательств государства не является оправданием для их нарушения, равно как и не является им ошибка в праве⁴⁸⁴. Да, действительно, может иметь место невинная ошибка в факте (например, в отношении местонахождения самолета ввиду необнаруженной неисправности в навигационном оборудовании), и это можно было бы считать обстоятельством, исключающим противоправность. Однако статью 31 можно было бы сформулировать и не внося в нее чересчур субъективные элементы: она должна применяться только к случаям, когда непредвиденное внешнее событие лишило государство возможности знать о каком-либо факте, что было существенным элементом его ответственности в конкретных обстоятельствах и без чего указанное поведение не было бы противоправным. С учетом этого ссылку в статье 31 на понимание противоправности можно исключить⁴⁸⁵.

Исключение форс-мажора: а) если государство содействовало наступлению форс-мажорных обстоятельств

261. По самой своей сути ситуация, которая сложилась по воле ссылающегося на форс-мажор государства или при его содействии, не является форс-мажорным обстоятельством; чтобы обстоятельство можно было отнести к данной категории, оно должно возникнуть действительно недобровольно. Так, в споре между Ливийской арабской иностранной инвестиционной компанией (ЛАФИКО) и Республикой Бурунди арбитраж отклонил ссылку на форс-мажор ввиду того, что "заявленная невозможность не была результатом действия непреодолимой силы или непредвиденного внешнего события, не поддающегося контролю со стороны Бурунди. По сути, невозможность является результатом одностороннего решения этого государства ..."⁴⁸⁶. Однако статья 31, принятая в первом чтении, выходит за эти рамки и исключает форс-мажор в случае, "если государство, о котором идет речь, содействовало возникновению ситуации материальной невозможности"⁴⁸⁷. В отличие от этого согласно более ограничительному основанию для прекращения действия договора, содержащемуся в статье 61 Венской конвенции о праве международных договоров, материальная невозможность не может быть использована в качестве такого основания, если "эта невозможность является результатом нарушения этим участником любого обязательства по договору, либо иного международного обязательства, взятого им на себя по отношению к любому другому участнику договора". Это, видимо, является более уместным критерием, поскольку вполне могло случиться так, что государство невольно "способствовало"

⁴⁸³ См. комментарий Австрии по статье 31, пункт 255 выше.

⁴⁸⁴ В некоторых правовых системах добросовестно заявленная ссылка на право может служить обоснованием или оправданием определенного поведения, даже если при этом используется неверное правооснование. По всей видимости, такая доктрина в международном праве авторитетом не пользуется.

⁴⁸⁵ Предлагаемую формулировку см. в пункте 356 ниже.

⁴⁸⁶ Revue belge de droit international, 1990, p. 517; (1994) 96 ILR 279, at pp. 317-318.

⁴⁸⁷ В комментарии говорится, что предполагалось установить более узкое основание для исключения: см. пункт 254 выше.

наступлению форс-мажорных обстоятельств чем-то таким, что, если подумать, можно было бы сделать иначе, однако само по себе это деяние не составляет нарушения международного обязательства и не делает это событие менее непредвиденным. При условии, что возникшие форс-мажорные обстоятельства действительно являются таковыми, нет причин для того, чтобы отвергать их как обстоятельства, исключающие противоправность. В этой связи в статье 31 следует предусмотреть, что форс-мажор исключается лишь в том случае, если государство создало или способствовало созданию конкретной ситуации путем своего собственного противоправного поведения.

Исключение форс-мажора: b) добровольное принятие риска

262. Во-вторых, форс-мажор не должен быть уважительной причиной для неисполнения, если государство обязалось предотвратить возникновение конкретной ситуации или иным образом приняло на себя этот риск, и в статье 31 это должно быть отражено⁴⁸⁸. Можно возразить, что для исключения форс-мажора необходимо наличие прямого обязательства со стороны государства, между тем обязательства могут быть сформулированы и взяты на себя целым рядом способов, и в контексте главы V достаточно будет четкого указания на принятие риска.

Выводы в отношении статьи 31

263. По этим причинам статью 31 с вышеуказанными изменениями следует сохранить. Кроме того, как указывает Франция⁴⁸⁹, представляется достаточным использовать по отношению к этому обстоятельству широко известный и принятый на международном уровне термин "форс-мажор", который должен фигурировать в самой статье и составлять ее название. Название "Форс-мажор и непредвиденный случай" заимствовано из Гражданского кодекса Франции, однако ни в коей мере все виды "непредвиденного случая" (*cas fortuit*) могут служить оправданием в международном праве⁴⁹⁰, в то время как случаи форс-мажора, определенного в статье 31, представляются надлежащими для охвата этой области⁴⁹¹.

d) Статья 32: Бедствие

264. Статья 32 предусматривает следующее:

⁴⁸⁸ В исследовании Секретариата (см. сноску 471 выше) отмечается (пункт 31), что государства могут отказываться от права ссылаться на форс-мажор путем соглашения между собой. Самым распространенным способом в данном случае является соглашение или обязательство о принятии на себя заранее риска наступления конкретных форс-мажорных обстоятельств.

⁴⁸⁹ См. пункт 255 выше.

⁴⁹⁰ В исследовании Секретариата (пункты 17-19) рассматривается ход дискуссии между специалистами в области гражданского права о том, следует ли и как проводить различие между форс-мажором и непредвиденным случаем, но при этом отмечается (пункт 19), что "в практике международного права и его теории термин "непреодолимая сила" (*force majeure*) обычно применяется *lato sensu*, а именно он охватывает "непреодолимую силу" (*force majeure*) (*stricto sensu*), а также "непредвиденный случай".

⁴⁹¹ Текст предложенной статьи 31 см. в пункте 356 ниже.

"1. Противоправность деяния государства, не соответствующего его международному обязательству, исключается, если субъект поведения, составляющего деяние этого государства, в ситуации крайнего бедствия не имел иной возможности спасти свою жизнь или жизнь вверенных ему лиц.

2. Пункт 1 не применяется, если государство, о котором идет речь, содействовало возникновению ситуации крайнего бедствия или если поведение, о котором идет речь, могло вызвать сравнимое или более тяжкое бедствие".

265. В комментарии к статье 32 отмечается, что в ней рассматривается конкретный случай, когда в ситуации крайней опасности находится само лицо, деяния которого присваиваются государству, или вверенные ему лица⁴⁹². В отличие от ситуаций, связанных с форс-мажором, лицо, действующее в условиях бедствия, не действует невольно, даже если возможность выбора фактически "сведена на нет ситуацией крайней опасности"⁴⁹³. Речь также не идет о выборе между соблюдением норм международного права и учетом других законных интересов государства, который присущ ситуациям, связанным с состоянием необходимости, рассматриваемым в статье 33⁴⁹⁴. Соответствующий интерес является интересом, непосредственно связанным со спасением жизней людей независимо от их гражданской принадлежности.

266. На практике случаи бедствия большей частью были связаны с судами или летательными аппаратами, которые вторгаются на территорию государства из-за плохих погодных условий, механической поломки или выхода из строя навигационного оборудования⁴⁹⁵. Однако положение о бедствии не должно ограничиваться судами или летательными аппаратами⁴⁹⁶, особенно если оно ограничено случаями, связанными с угрозой самой жизни⁴⁹⁷. Кроме того, бедствие может служить основанием для исключения противоправности лишь в том случае, когда защищаемые интересы (например, жизнь пассажиров и экипажа) определенно перевешивают иные интересы, поставленные на карту в сложившихся обстоятельствах. Так, если поведение, которое пытаются оправдать, ставит под угрозу больше жизней, чем оно может спасти, то на него не распространяется ссылка на бедствие⁴⁹⁸.

⁴⁹² Комментарий к статье 32, пункт (1).

⁴⁹³ Там же, пункт (2).

⁴⁹⁴ Там же, пункт (3).

⁴⁹⁵ Там же, пункт (5), в котором рассматриваются некоторые инциденты. См. также исследование Секретариата, пункты 141-142 и 252. Аналогичное право частных судов всегда признавалось, хотя оно выходит за рамки главы V, поскольку поведение частных лиц как таковое не присваивается государству: см. исследование Секретариата, пункты 328-331; статью 14(3) Женевской конвенции о территориальном море и прилежащей зоне 1958 года, упоминаемую в комментарии к статье 32, пункт (7).

⁴⁹⁶ Комментарий к статье 32, пункт (9).

⁴⁹⁷ Там же, пункт (10).

⁴⁹⁸ Там же, пункт (11).

Комментарии правительств в отношении статьи 32

267. Франция предлагает сформулировать положение о бедствии более узко во избежание злоупотреблений защитным аргументом, связанным с "бедствием"⁴⁹⁹. Монголия идет дальше и ставит под сомнение желательность включения бедствия как обстоятельства, исключающего противоправность вообще⁵⁰⁰. Вместе с тем, Соединенное Королевство критически относится к ограничению статьи 32 лицами, вверенными соответствующему государству, и призывает к тому, чтобы в проектах статей были четко признаны чрезвычайные меры гуманитарного характера⁵⁰¹. Япония также поддерживает более широкую формулировку, охватывающую не только угрозу жизни, но и угрозу другим жизненно важным интересам людей, включая экономические интересы⁵⁰².

Международная практика, связанная со ссылкой на бедствие, за период с 1980 года

268. Действительность ссылки на бедствие продолжала признаваться в практике со времени принятия статьи 32 в первом чтении. Что касается конвенционного контекста бедствия на море, то исключение, связанное с бедствием и содержащееся в статье 14(3) первой Женевской конвенции 1958 года, воспроизводится в значительно аналогичной формулировке в статье 18(2) Конвенции по морскому праву 1982 года⁵⁰³. Наиболее значимой для нынешних целей была дискуссия по вопросу, рассматривавшемуся в деле о судне "Рэйнбоу Уорриор", поскольку оно было связано со ссылкой на бедствие как исключающее противоправность обстоятельство вне контекста судов или летательных аппаратов.

269. Факты, связанные с этим делом, уже упоминались⁵⁰⁴. Франция пыталась оправдать свое поведение, заключающееся в снятии двух сотрудников с острова Хао на основании "ситуации бедствия в условиях чрезвычайной срочности с учетом элементарных гуманитарных соображений, затрагивающих действующие органы государства"⁵⁰⁵. Трибунал единогласно согласился с тем, что эта ссылка является допустимой в принципе, и большинство его членов признало, что она применима к обстоятельствам одного из двух дел. Что касается принципиальной стороны, то Трибунал обратился к Франции с просьбой продемонстрировать наличие трех следующих элементов:

"1) существование очень исключительных обстоятельств чрезвычайной срочности, сопряженных с медицинскими или иными соображениями элементарного порядка, непременно при условии, что быстрое признание существования этих исключительных обстоятельств впоследствии получено от другой заинтересованной стороны или четко продемонстрировано;

⁴⁹⁹ A/CN.4/488, pp. 92-93.

⁵⁰⁰ Там же, стр. 93.

⁵⁰¹ Там же, стр. 93-94.

⁵⁰² A/CN.4/492, стр. 14.

⁵⁰³ См. также Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву, статьи 39(1)(с), 98 и 109.

⁵⁰⁴ См. пункт 256 выше.

⁵⁰⁵ UNRIAA, vol. XX, p. 217 (1990), at pp. 254-255 (para. 78).

2) восстановление первоначальной ситуации, в которой соблюдаются условия назначения на Хао, сразу после того, как причины чрезвычайной ситуации, приведенные в оправдание репатриации, перестали существовать;

3) наличие добросовестно предпринятых усилий, направленных на получение согласия Новой Зеландии в соответствии с Соглашением 1986 года"⁵⁰⁶.

Фактически, опасность для одного из офицеров (Мафар), хотя, видимо, не угрожавшая жизни, была реальной и могла быть неминуемой, и это не отрицал врач из Новой Зеландии, который впоследствии осмотрел его. В отличие от этого в случае второго офицера (Приер) приведенные защитные аргументы (необходимость медицинского осмотра по причине беременности и желание повидаться с умирающим отцом) не оправдывали чрезвычайных мер. Угроза жизни сотрудника и ребенка на каком-либо этапе отсутствовала, и поблизости имелись первоклассные медицинские учреждения. Трибунал постановил следующее:

"совершенно ясно, что эти обстоятельства ни в коей мере не снимают с Франции ответственность за репатриацию капитана Приер и за нарушение ее обязательств в результате невозвращения двух офицеров на Хао (в случае майора Мафара - после прекращения существования причин для их репатриации). Налицо явное нарушение ее обязательств ..."⁵⁰⁷.

270. С учетом в общем благоприятной реакции на статью 32 и признания принципа, сформулированного Трибуналом в деле о судне "Рэйнбоу Уорриор", как представляется, ее следует сохранить. Однако был затронут ряд связанных с ее формулировкой вопросов, которые необходимо обсудить.

Формулировка статьи 32

271. Первый вопрос заключается в том, следует ли ограничить статью 32 случаями, когда на карту поставлена человеческая жизнь, или же достаточно того, чтобы существовала серьезная опасность для здоровья. Как представляется, в деле о судне "Рэйнбоу Уорриор" Трибунал высказал более широкую точку зрения, хотя опасность для здоровья майора Мафара могла быть смертельной. Проблема в данном случае заключается в том, где находится нижний предел. В случаях бедствий, связанных с летательными аппаратами, обычно не будет возникать трудностей с установлением наличия угрозы жизни, однако другие случаи сопряжены с огромным диапазоном человеческих проблем и страданий. С учетом контекста главы V и вероятности того, что будут изыскиваться другие решения в случаях, которые явно не связаны с угрозой жизни, расширение сферы охвата положения о бедствии таким образом необходимым не представляется. Однако в этой связи возникает еще один вопрос. Ясно, что угроза жизни должна быть явной и иметь определенную фактическую основу, однако достаточно ли того, что агент, который действовал в условиях бедствия, разумно полагал, что угроза существует? Или если этот агент действует в условиях опасности, а последующий и детальный анализ показывает, что в действительности это

⁵⁰⁶ Ibid., p. 255 (para. 79).

⁵⁰⁷ Ibid., p. 263 (para. 99). Сэр Кеннет Кит не согласился с выводом Трибунала в отношении майора Мафара: согласившись с необходимостью проведения медицинского обследования за пределами острова Хао, он выдвинул аргумент о том, что в данном случае не имела места ситуация "крайнего бедствия" с учетом задержки со стороны французских властей с репатриацией майора Мафара в Париж (ibid., pp. 277-279).

было не так (однако это могло казаться таковым во время совершения деяния), можно ли будет ссылаться на бедствие в качестве оправдания нарушения? В случаях настоящего бедствия может не быть времени или персонала для проведения надлежащего медицинского или другого осмотра до принятия мер. В таких случаях агент должен иметь право действовать на основе разумного убеждения в отношении состояния бедствия. По этим причинам статью 32 следует сформулировать с точки зрения разумного убеждения в отношении существования ситуации, угрожающей жизни.

272. Вторым вопросом заключается в том, желательно ли распространение сферы охвата статьи 32 на все случаи, когда присутствует угроза жизни, независимо от существования какой-либо особой связи между государственным органом или агентом и лицами, находящимися в опасности⁵⁰⁸. По мнению Специального докладчика, статья 32 отражает ограниченный, но исторически признанный случай бедствия, сопряженный, в частности, с судами и летательными аппаратами. Ее не следует расширять слишком сильно за пределы этого специфического контекста и, разумеется, на общую область гуманитарной интервенции. Она в большей степени связана с необходимостью, чем бедствием, и мы вернемся к ней в контексте статьи 33⁵⁰⁹.

273. Наконец, следует отметить, что статья 32 исключает противоправность поведения лишь в той степени, в какой оно было необходимо для предотвращения ситуации, угрожающей жизни. Таким образом, она не освобождает государство или его агента от обязанности выполнения других требований (национальных или международных), например требования об уведомлении соответствующих властей о прибытии или о представлении соответствующей информации о рейсе, пассажирах или грузе⁵¹⁰. Это вытекает из формулировки статьи 32, но следует еще более подчеркнуть в комментариях.

Выводы в отношении статьи 32

274. По этим причинам статью 32 следует сохранить по существу с той же сферой охвата, что и в настоящее время, но с поправками, с тем чтобы учесть вышеизложенные предложения. Кроме того (и по аналогии с эквивалентным положением в статье 31), бедствие должно исключаться лишь в том случае, если ситуация бедствия сложилась либо отдельно, либо в сочетании с другими факторами в результате противоправного деяния государства, ссылающегося на него⁵¹¹. Наконец, слово "крайнего" следует исключить, поскольку оно ничего не добавляет к содержанию

⁵⁰⁸ Как предложило Соединенное Королевство: см. пункт 267 выше.

⁵⁰⁹ См. пункты 286-287 ниже.

⁵¹⁰ См. Cushin and Lewis v. R., [1935] Ex CR 103 (решение: даже если судно входит в порт по причине бедствия, оно не освобождается от обязанности представить информацию о его рейсе). Другие дела того периода проливают свет на этот защитный аргумент: см. The Rebecca (US-Mexico Claims Commission) (1929) 23 AJIL 860 (терпящее бедствие судно зашло в порт; груз конфискован за нарушение таможенных правил: решение - заход был в разумной степени необходимым в сложившихся обстоятельствах и не был осуществлен просто для целей удобства; (поэтому конфискация незаконна); The May v. R., [1931] SCR 374; The Ship "Queen City" v. R., [1931] SCR 387; R. v. Flahaut, [1935] 2 DLR 685 (применен критерий "реального бедствия, которому невозможно противостоять").

⁵¹¹ См. пункт 261 выше.

статьи⁵¹². Государство не должно иметь возможности выдвигать аргумент о том, что, несмотря на то, что под угрозой находилась жизнь в ситуации неизбежного бедствия, тем не менее, она была не достаточно "крайней"⁵¹³.

е) Статья 33: Состояние необходимости

275. Статья 33 предусматривает следующее:

"1. Государство не может ссылаться на состояние необходимости как на основание для исключения противоправности деяния этого государства, не соответствующего его международному обязательству, за исключением тех случаев, когда:

а) это деяние являлось единственным средством защиты существенного интереса этого государства от тяжкой и неминуемой угрозы; и

б) это деяние не нанесло серьезного ущерба существенному интересу государства, в отношении которого существует указанное обязательство.

2. В любом случае государство не может ссылаться на состояние необходимости как на основание для исключения противоправности:

а) если международное обязательство, которому не соответствует деяние этого государства, проистекает из императивной нормы общего международного права; или

б) если международное обязательство, которому не соответствует деяние этого государства, установлено договором, в котором прямо или косвенно исключается возможность ссылки на состояние необходимости в отношении этого обязательства; или

с) если государство, о котором идет речь, способствовало возникновению состояния необходимости".

276. В комментарии к статье 33 проводится различие между необходимостью и согласием, контрмерами и самообороной, которое зависит от поведения государства - "объекта"; в этом отношении она аналогична форс-мажору и бедствию⁵¹⁴. Однако она отличается от последних двух обстоятельств тем, что государство, действующее в форс-мажорных обстоятельствах, или даже государственный агент, действующий в условиях бедствия, действительно не имеет другого выбора, кроме как действовать определенным образом, в то время как "когда ссылаются на состояние необходимости, то хорошо понимают, что сознательно был сделан выбор действовать таким образом, который не соответствует международному обязательству"⁵¹⁵.

⁵¹² Как действительно признано в комментарии к статье 32, пункт (12), примечание 15 ("фактически излишне").

⁵¹³ Предлагаемый текст см. в пункте 356 ниже.

⁵¹⁴ Комментарий к статье 33, пункты (2) - (3).

⁵¹⁵ Там же, пункт (3).

277. В девятнадцатом столетии ссылки на необходимость часто основывались на таких так называемых имманентных правах государств, как самосохранение, которые имеют преимущественную силу перед "субъективными" правами других государств. Отмирание доктрины "имманентных прав" соответственно привело к дискредитации идеи о том, что необходимость может исключать противоправность поведения⁵¹⁶. Однако ссылка на необходимость поддерживается "многочисленными случаями" из практики государств и может быть оправдана посредством отсылки к обычным источникам международного права без обращения к какой-либо конкретной теории государства⁵¹⁷. Далее в комментарии приводятся многие дела, в которых ссылка на необходимость признавалась в принципе или по меньшей мере не отвергалась, а вопрос о ее применимости рассматривался как вопрос факта и применения⁵¹⁸.

278. В комментарии признается, что мнения ученых относительно ссылки на необходимость резко разделились⁵¹⁹, и выдвигается идея о том, что еще одной причиной этого является

⁵¹⁶ Там же, пункт (4).

⁵¹⁷ Там же, пункты (5)-(6).

⁵¹⁸ В их число входят: дело "Russian Indemnity", UNRIAA, vol. XI, p. 431, at p. 443 (1912); арбитражное решение по делу "Forests of Central Rhodope" (Merits), UNRIAA, vol. III, p. 1405 (1933); решение Постоянной Палаты по делу, касающемуся "Сосьете коммерсиаль де бельджик" P.C.I.J. Ser. A/B, No. 78 (1939) (косвенно); имущество болгарских меньшинств в Греции, доклад Комиссии Лиги Наций по расследованию, Лига Наций, Official Journal, 7th year, No. 2 (February 1926), annex 815, p. 209; дело "Fur Seal Fisheries off the Russian Coast" (1893), текст в H La Fontaine, Pasicrisie internationale, 1794-1900 (The Hague, Martinus Nijhoff, 1997), p. 426 (и см. переписку между правительством России и правительством Великобритании в J.B. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party (Washington, United States Government Printing Office, 1898), vol. I. p. 826); дело "The Company General of the Orinoco", UNRIAA, vol. X, p. 184, at p. 280 (1905); и, более недавно, инцидент Торри Каньон, обсуждаемый в The "Torrey Canyon", Cmnd. 3246 (London, HMSO, 1967). Значимый момент в последнем деле заключался в том, что не было заявлено протеста по поводу акции правительства Великобритании, выразившейся в обстреле судна, с тем чтобы поджечь нефть, которая угрожала загрязнением побережья, и на деле этот инцидент привел к заключению международной конвенции для регулирования этого вопроса в будущем: Международная конвенция относительно вмешательства в открытом море в случаях аварий, приводящих к загрязнению нефтью, 29 ноября 1969 года, United Nations, Treaty Series, vol. 970, No. 14049; см. также Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву, 1982 год, статья 221. К числу индивидуальных мнений, допускающих ссылку на необходимость при определенных обстоятельствах, относятся следующие: the Law Officer's Opinion of 22 November 1832 (Jenner), in A.D. McNair (ed.), International Law Opinions (Cambridge, University Press, 1956), vol. II, p. 231, и индивидуальное мнение судьи Анцилотти в деле Оскара Чинна, P.C.I.J. Series A/B, No. 63, p. 89, at pp. 112-114.

⁵¹⁹ Содержательный обзор предыдущих трудов см. в комментарии к статье 33, пункт (29). К числу наиболее недавних трудов относятся: J Barboza, "Necessity (Revisited) in International Law", in J Makarczyk (ed.), Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs (The Hague, Martinus Nijhoff, 1984), p. 27; J Salmon "Faut-il (продолжение...)

наблюдавшаяся в прошлом тенденция к злоупотреблению доктриной необходимости и распространение ее на случаи агрессии, аннексии или военной оккупации - включая наиболее известное выдвинутое Германией оправдание вторжения в Бельгию и Люксембург в 1914 году⁵²⁰. Независимо от позиции в предыдущие годы, "посягательство на само существование другого государства, целостность его территории или на независимое осуществление им своего суверенитета" противоречит норме *jus cogens* и не может быть оправдано с помощью доктрины необходимости⁵²¹. Однако не всякое поведение, посягающее на территориальный суверенитет государства, всегда должно рассматриваться как акт агрессии или иным образом в качестве нарушения императивной нормы. В комментарии содержится указание на ограниченные меры (например, гуманитарную интервенцию или защиту от враждебных действий вооруженных банд, базирующихся на иностранной территории), которые "касаются только ликвидации предполагаемой угрозы"⁵²². Дело "Каролина", хотя часто и приводится в качестве примера самообороны, на самом деле связано с необходимостью. Нападение Великобритании было направлено против частных сторон, за поведение которых Соединенные Штаты не отвечали. Как государственный секретарь Уэбстер, так и президент Тайлер в своих соответствующих ответах британскому правительству указали на возможность того, что поведение может быть допустимым в случае "явной и абсолютной необходимости"⁵²³ или "наиболее безотлагательной и чрезвычайной необходимости"⁵²⁴. В обмене письмами в 1842 году, посредством которого спор был урегулирован, оба правительства признали, что действие "великого принципа" нерушимости территории другого государства может приостанавливаться в некоторых случаях, связанных с "существенной подавляющей необходимостью", но что это должно наблюдаться лишь "в течение возможно кратчайшего периода на время сохранения признанной подавляющей необходимости и быть строго ограничено с самыми узкими рамками, установленными этой необходимостью"⁵²⁵.

279. В комментарии ничего не говорится по вопросу о том, может ли ссылка на необходимость для оправдания посягательства на территориальную целостность быть обоснованной согласно современному международному праву: это порождает вопрос о том, исключает ли Устав прямо или косвенно (например, посредством статьи 51) ссылку на необходимость в качестве оправдания или обоснования. Однако в задачу Комиссии не входит официальное толкование положений Устава о

⁵¹⁹ (...продолжение)

codifier l'état de nécessité en droit international?", *ibid.*, p. 235; J Raby, "The State of Necessity and the Use of Force to Protect Nationals", Canadian Yearbook of International Law, vol. 26, 1998, p. 253.

⁵²⁰ Комментарий к статье 33, пункт (22).

⁵²¹ Там же.

⁵²² Там же, пункт (23).

⁵²³ British and Foreign State Papers, vol. 29, p. 1129 at p. 1133 (Secretary of State Webster), цитируется в комментарии к статье 33, пункт (25).

⁵²⁴ *Ibid.*, vol. 30, p. 194 (President Tyler), цитируется в комментарии к статье 33, пункт (25).

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 195, at pp. 196 (Ashburton) and 201 (Webster).

применении силы⁵²⁶. Однако в комментарии отмечается, что в современных случаях гуманитарных интервенций почти никогда не делалась ссылка на необходимость⁵²⁷. Почти в каждом таком случае "понятие состояния необходимости не упоминалось и не принималось во внимание даже в случае, когда оспаривалось существование согласия или состояния самообороны, и даже в тех случаях, когда имевшиеся фактические данные скорее говорили о наличии состояния необходимости, чем самообороны"⁵²⁸.

280. Наконец в комментарии рассматривается ссылка на военную необходимость в соответствии с правом войны. Эта доктрина "представляется прежде всего критерием, служащим базой для целого ряда основных норм права войны и нейтралитета" и не ограничена контекстом необходимости как одного из обстоятельств, исключающих противоправность⁵²⁹. Что касается вопроса о том, является ли военная необходимость основанием для невыполнения норм международного гуманитарного права, то совершенно ясно, что ответ является отрицательным: "даже в том, что касается обязательств гуманитарного права, которые не относятся к *jus cogens* . . . , допущение возможности несоблюдения обязательств, устанавливающих ограничения в отношении методов ведения военных действий во всех случаях, когда воюющая сторона испытывает необходимость использовать то или иное средство для гарантии успеха военной операции, равнозначно признанию принципа, который полностью противоречит" соответствующим конвенциям: таким образом, необходимость исключается в силу самого обязательства⁵³⁰. Хотя конкретный вывод сделан не был, в комментарии косвенно отрицается какое-либо отдельное существование доктрины "военной необходимости".

281. Комиссия (при одном несогласном) пришла к выводу о том, что озабоченность относительно злоупотребления понятием необходимости лучше всего снимается с помощью четкого положения, а не замалчивания, и что понятие необходимости "слишком глубоко укоренилось в общей теории права, чтобы само замалчивание этого понятия" было правильным решением⁵³¹. Что касается формулировки принципа, то соответствующий интерес должен быть существенным, однако он не должен быть связан лишь с "существованием" государства. Действительно, защитный аргумент, связанный с "существованием" государства (в отличие от сохранения жизни людей или окружающей среды), редко рассматривался в качестве оправдания, поскольку цель позитивных правовых норм в отношении самозащиты состоит в гарантировании этого существования. Однако нельзя предложить какого-либо априорного определения существенного интереса. "Более или менее "существенный" характер того или иного интереса, естественно, зависит от всех условий, в которых находится государство в различных конкретных ситуациях; следовательно, его необходимо

⁵²⁶ Комментарий к статье 33, пункт (25).

⁵²⁷ Там же. Единственным примером до 1980 года была бельгийская спасательная операция в Конго в 1960 году. Совет Безопасности не занял никакой позиции в отношении этой ссылки: Официальные отчеты Совета Безопасности, пятнадцатый год, 873-е заседание (особенно стр. 20-21), 877-е заседание (особенно пункты 101, 149, 150), 879-е заседание (особенно стр. 17-18).

⁵²⁸ Комментарий к статье 33, пункт (26).

⁵²⁹ Там же, пункт (27).

⁵³⁰ Там же, пункт (28).

⁵³¹ Там же, пункт (31).

оценивать в каждом конкретном случае, когда учитывается этот интерес, а не определять абстрактно заранее"⁵³². Кроме того, опасность этому интересу должна быть "исключительно тяжелой" и "неминуемой" и такой, что нарушение международного обязательства является единственным способом отведения опасности⁵³³. На необходимость нельзя ссылаться, когда затрагивается равный интерес другого государства⁵³⁴, в случаях нарушения императивной нормы⁵³⁵ или в случаях, когда ссылка на необходимость прямо или косвенно исключается договором⁵³⁶.

Комментарии правительств в отношении статьи 33

282. Несмотря на то, что статья 33 послужила причиной для теоретических споров, всего несколько правительств представили комментарии в ее отношении. Дания (от имени стран Северной Европы)⁵³⁷ и Франция⁵³⁸ согласились с принципом, закрепленным в статье 33. Лишь Соединенное Королевство не согласилось с ним, сославшись на опасность злоупотреблений⁵³⁹. Однако оно признает, что могут возникать чрезвычайные экологические ситуации, представляющие непосредственную угрозу территории государства, в обстоятельствах, похожих на форс-мажор или бедствие, и, как указывалось выше, оно выдвигает аргументы в пользу более широкой по сфере охвата нормы в отношении бедствия, допускающей принятие гуманитарных мер даже в отношении лиц, не вверенных соответствующему агенту государства⁵⁴⁰. В одном из предыдущих комментариев Монголия указала на трудность установления баланса между интересами отдельного государства и международными обязательствами и отметила, что "если статья 33 останется в проекте, ее нужно сформулировать, с тем чтобы состояние необходимости было подчинено строгим условиям и ограничениям, не позволяющим привести к возможному злоупотреблению"⁵⁴¹.

Опыт в области применения доктрины необходимости за период после принятия проекта статьи 33

283. В ходе арбитражного разбирательства по делу о судне "Рэйнбоу Уорриор" Трибунал выразил сомнения относительно существования оправдательного аргумента, основанного на необходимости,

⁵³² Там же, пункт (32).

⁵³³ Там же, пункт (33).

⁵³⁴ Там же, пункт (35).

⁵³⁵ Там же, пункт (37).

⁵³⁶ Там же, пункт (38).

⁵³⁷ A/CN.4/488, стр. 94; зарезервировала за собой право представить более подробные комментарии.

⁵³⁸ Там же, стр. 94-95.

⁵³⁹ Там же, стр. 95.

⁵⁴⁰ См. пункт 267 выше, а также ход обсуждения в пункте 272 выше.

⁵⁴¹ Ежегодник ... 1981 год, том II, часть первая, стр. 92.

хотя этот аспект не нуждался в развитии, поскольку Франция не полагалась на него (в отличие от бедствия или форс-мажора). Трибунал сослался на проекты статей и заявил следующее:

"... статья 33, которая, как утверждается, позволяет государству принимать незаконные меры со ссылкой на состояние необходимости, касается ситуаций тяжелой и неминуемой угрозы государству как таковому или его жизненно важным интересам. Это различие между двумя основаниями оправдывает общее признание статьи 32 и в то же время противоречивый характер предложения в статье 33 о состоянии необходимости"⁵⁴².

284. В отличие от этого в деле о проекте Габчиково-Надьямарош Международный Суд тщательно рассмотрел аргумент, основанный на статье 33, четко признал этот принцип, но в то же время отверг ссылку на него с учетом обстоятельств данного дела. Что касается самого принципа, то он отметил, что обе стороны исходили из статьи 33 как правильной формулировки⁵⁴³, и далее заявил следующее:

"Прежде всего Суд считает, что состояние необходимости является одним из признанных обычным международным правом оснований для исключения противоправности деяния, не соответствующего международному обязательству. Кроме того, он отмечает, что такое основание для исключения противоправности может быть признано лишь на исключительной основе. Комиссия международного права придерживалась этого же мнения, разъяснив, что она выбрала негативную формулировку в статье 33 своего проекта ... Поэтому, согласно Комиссии, на состояние необходимости можно ссылаться лишь в том случае, если соблюден ряд строго определенных требований; и соответствующее государство не является единоличным судьей, решающим вопрос о том, соблюдены ли эти требования или нет.

В настоящем деле релевантными являются следующие основные требования, изложенные в статье 33: состояние необходимости должно быть вызвано "существенным интересом" государства, которое является исполнителем деяния, противоречащего одному из его международных обязательств; интерес должен находиться под "тяжкой и неминуемой угрозой"; деяние, являющееся предметом протеста, должно быть "единственным средством" защиты этого интереса; деяние не должно было нанести "серьезный ущерб существенному интересу" государства, в отношении которого существовало обязательство; и государство-исполнитель этого деяния не должно было "способствовать возникновению состояния необходимости". Эти требования отражают обычное международное право"⁵⁴⁴.

⁵⁴² UNRIAA, vol. XX, p. 217 (1990), at p. 253. В деле "Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) and the Republic of Burundi", Revue belge de droit international, 1990, p. 517; (1994) 96 ILR 279, Трибунал отказался прокомментировать целесообразность кодификации доктрины необходимости, отметив, что, как представляется, меры, принятые Бурунди, не были единственным способом защиты существенного интереса от тяжелой и неминуемой угрозы.

⁵⁴³ I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 39 (para. 50). Следует отметить, что в этом деле, которое касается двустороннего договора, вопрос об обязательствах *erga omnes* не поднимался. См. пункт 290 ниже.

⁵⁴⁴ Ibid., at pp. 40-41 (paras. 51-52). Все судьи, приложившие отдельные или особые мнения, согласились с Судом в том, что касается одобрения статьи 33.

Что касается применения принципа, то Суд согласился с тем, что озабоченность Венгрии в отношении окружающей среды и питьевой воды связана с "существенным интересом" для целей статьи 33, и привел некоторые выдержки в комментарии⁵⁴⁵. Однако он отрицал, что просто существование неопределенности в отношении последствий проекта для окружающей среды может "одно установить объективное наличие "угрозы" в смысле одного из составляющих элементов состояния необходимости". Угроза должна быть объективно установлена, а не просто восприниматься как возможная⁵⁴⁶. Кроме того, угроза должна быть не только "тяжкой", но и "неминуемой" в смысле "ближайшей". Однако он добавил следующее:

"По мнению Суда, это не исключает того, что "угроза", появляющаяся в долгосрочном плане, может быть признана "неминуемой" после того, как она будет установлена в соответствующий момент времени, что реализация этой угрозы, насколько отдаленной она ни была бы, не является поэтому сколь-нибудь менее определенной и неизбежной"⁵⁴⁷.

Самый важный момент заключался в том, что Суд не был убежден в том, что - независимо от неопределенности и рисков - одностороннее приостановление и последующее прекращение осуществления проекта Венгрией было единственным способом в сложившихся обстоятельствах с учетом, в частности, объема уже проделанной работы и затраченных на него средств. Он отметил, что озабоченность связана с эксплуатацией объекта в режиме пиковой нагрузки и что еще не было достигнуто договоренности о том, будет ли использоваться такой режим и в какой степени⁵⁴⁸. Суд учел предыдущее поведение сторон, состояние работ, научную неопределенность, существование других возможностей для урегулирования проблем и пришел к выводу о том, что Венгрии не удалось доказать существование тяжелой и неминуемой угрозы, достаточной для оправдания ее поведения⁵⁴⁹. Кроме того, поскольку Венгрия "способствовала посредством действия или бездействия возникновению" ситуации предполагаемой необходимости, то она не может ссылаться на нее в качестве обстоятельства, исключającego противоправность⁵⁵⁰. Поэтому не было необходимости в рассмотрении вопроса о том, были ли интересы Чехословакии, связанные с продолжением осуществления проекта, достаточным уравнивающим фактором в соответствии с проектом статьи 33(1)(b)⁵⁵¹.

285. Ссылка на необходимость была также, очевидно, выдвинута в деле о юрисдикции в области рыболовства (юрисдикция) (Испания против Канады) при обстоятельствах, которые несколько напоминают дело о российских морских котиках, которое было рассмотрено столетие назад⁵⁵².

⁵⁴⁵ Ibid, at p. 41 (para. 53).

⁵⁴⁶ Ibid., at pp. 41-42 (para. 54).

⁵⁴⁷ Ibid., at p. 42 (para. 54).

⁵⁴⁸ Ibid., at pp. 42-43 (para. 55).

⁵⁴⁹ Ibid., at pp. 42-45 (paras. 55-56).

⁵⁵⁰ Ibid., at pp. 45-46 (para. 57).

⁵⁵¹ Ibid., at p. 46 (para. 58).

⁵⁵² См. постановление Международного Суда от 4 декабря 1998 года об отказе признать юрисдикцию. Что касается дела о российских морских котиках, то см. сноску 518 выше.

Регламентационные меры в целях сохранения трансграничных запасов были приняты Организацией по рыболовству в северо-западной части Атлантического океана, но, по мнению Канады, оказались неэффективными по разным причинам. Посредством Закона 1994 года об охране рыбных запасов в прибрежных районах Канада заявила, что трансграничные запасы района Большой Банки находятся "под угрозой исчезновения" и что цель Закона и положений заключается в том, чтобы "дать Канаде возможность принять срочные меры, необходимые для предотвращения дальнейшего уничтожения этих запасов, а также меры для их восстановления". В соответствии с этим законом канадские должностные лица впоследствии высадились на борт испанского рыболовного судна "Эстай" в районе открытого моря и арестовали его, что привело к конфликту с Европейским союзом и Испанией. Правительство Испании не согласилось с тем, что арест судна можно обосновать озабоченностью относительно сохранения, "поскольку он произведен в нарушение положений Конвенции НАФО, стороной которой является Канада"⁵⁵³. Канада не согласилась с этим, заявив, что "арест судна "Эстай" был необходим с тем, чтобы положить конец чрезмерному вылову испанскими рыбаками черного палтуса"⁵⁵⁴. В своем протесте от 10 марта 1995 года Европейский союз заявил, в частности, следующее:

"Арест судна в международных водах государством, не являющимся государством, под флагом которого плавают судно и под юрисдикцию которого оно подпадает, является незаконным деянием согласно Конвенции НАФО и обычному международному праву и не может быть оправдан никаким образом" (подчеркивание добавлено).

Однако в последующем меморандуме Испании был несколько подробно рассмотрен вопрос об оправдании. В нем отсутствует конкретное указание на проект статьи 33 и, как представляется, в целом отражена позиция, согласно которой меры Канады не могут быть оправданы, поскольку они противоречат международной конвенции, сторонами которой являются Испания и Канада и которая непосредственно регулирует сохранение запасов палтуса⁵⁵⁵. Иными словами, ссылка на необходимость не была отвергнута *a priori*. Суд постановил, что он не обладает юрисдикцией в

⁵⁵³ Цитируется по решению от 4 декабря 1998 года, пункт 20.

⁵⁵⁴ Там же. См. далее контрмеморандум Канады (февраль 1996 года), пункты 17-45.

⁵⁵⁵ См. меморандум Королевства Испании (сентябрь 1995 года), глава II. В Согласованном протоколе, подписанном Европейским союзом и Канадой, Канада согласилась на отмену положений о применении Закона 1994 года в отношении испанских и португальских судов в районе НАФО и на освобождение судна "Эстай". Стороны четко изложили свои соответствующие позиции "относительно соответствия поправки от 25 мая 1994 года к Закону о защите рыбных запасов в прибрежных районах Канады и последующих положений с нормами обычного международного права и Конвенцией НАФО" и оставили за собой право "сохранять и отстаивать свои права в соответствии с международным правом". См. Canada-European Community, Agreed Minute on the Conservation and Management of Fish Stocks, Brussels 20 April 1995, 34 ILM 1260 (1995). См. также Соглашение об осуществлении положений Конвенции по морскому праву, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими (A/CONF.164/37), 8 сентября 1995 года (в силу еще не вступило), которое идет дальше существовавших до его принятия норм права в том, что касается запрета неучаствующим "третьим государствам" вести рыбный промысел в районах открытого моря, на которые распространяется действие режима сохранения (статьи 8(4), 17(2), а также допущения принятия определенных принудительных мер государствами-участниками по отношению к другим государствам-участникам (статья 21).

отношении этого дела; однако по этому делу не были представлены в официальном порядке состязательные бумаги, и оно не рассматривалось по существу.

Статья 33 и гуманитарная интервенция

286. Один из вопросов, обсуждавшихся несколько подробно в комментарии, - это вопрос о связи между ссылкой на необходимость в качестве обстоятельства, исключающего противоправность, и доктриной гуманитарной интервенции в качестве основания для применения силы на территории другого государства. В данном случае существуют две трудности. Во-первых, разумеется, речь идет о продолжающемся споре относительно того, могут ли и в какой степени меры, связанные с насильственной гуманитарной интервенцией и не санкционированные согласно главе VII или главе VIII Устава Организации Объединенных Наций, быть законными в соответствии с современным международным правом. Это не вопрос, по которому Комиссия может занять какую-либо позицию, сформулировав вторичные нормы об ответственности, и комментарии не преследуют эту цель. Однако существует вторая трудность, которая заключается в том, что статья 33 в явно выраженной форме исключает из сферы охвата ссылки на необходимость нарушения императивных норм международного права, в числе которых нормы, касающиеся применения силы, упомянутые в статьях 2(4) и 51 Устава, совершенно определенно занимают более высокое место. Поэтому можно выдвинуть аргумент о том, что статья 33, хотя и не направлена на установление позиции в отношении исключения, связанного с гуманитарной интервенцией, практически делает это, поскольку такое исключение не может согласовываться с изъятием в отношении обязательств согласно императивным нормам. Как представляется, в комментарии предполагается, что эту трудность можно избежать посредством проведения различий между императивным статусом некоторых аспектов норм, касающихся применения силы (например, запрещение агрессии), и неимперативным статусом других аспектов (например, запрещение применения силы, даже если это осуществляется для ограниченных гуманитарных целей)⁵⁵⁶. Поэтому косвенно необходимость может оправдывать противоправность подлинных гуманитарных мер, даже если они связаны с применением силы, поскольку такие меры никоим образом не нарушают императивные нормы.

287. Это толкование влечет за собой сложные вопросы относительно "дифференцированного" характера императивных норм, которые выходят далеко за рамки сферы охвата проектов статей. Для нынешних целей представляется достаточным указать, что современная практика государств и *opinio juris* ни разрешают, ни запрещают гуманитарные меры за рубежом при определенных ограниченных обстоятельствах. Если они разрешают, то тогда такие меры представляются законными в этих обстоятельствах и не могут рассматриваться как нарушение императивной нормы, закрепленной в статье 2(4) Устава⁵⁵⁷. Если они не разрешают, то тогда нет причин для того, чтобы их рассматривать иным образом, чем какой-либо другой аспект норм, связанных с применением силы. В любом случае представляется, что вопрос о гуманитарной интервенции за рубежом не является вопросом, который регулируется в первую очередь или вообще статьей 33. По этим причинам предлагается сохранить в статье 33 изъятие в отношении обязательств императивного характера.

⁵⁵⁶ Комментарий к статье 33, пункты (21)-(26).

⁵⁵⁷ Аналогичная мотивация применялась бы к спору относительно того, является ли допустимой "упреждающая" самооборона. Если она является допустимой в особых условиях, то, как представляется, необходимость в статье 33 отсутствует. Если нет, то отсутствуют причины, по которым статья 33 необходима для исключения ответственности за упреждающие действия.

Вопрос о научной неопределенности

288. В связи со статьей 33 возникает важный вопрос, связанный с научной неопределенностью, а также смежный вопрос о принципе предосторожности⁵⁵⁸. В настоящее время в статье 33 требуется, чтобы рассматриваемое поведение обязательно было "единственным средством защиты существенного интереса государства от тяжелой и неминуемой угрозы". Вместе с тем, что касается вопросов, связанных, например, с сохранением ресурсов и окружающей среды или безопасностью крупных структур, часто будут существовать значительные области научной неопределенности, и различные эксперты могут высказывать разные точки зрения относительно существования угрозы, того, какой тяжелой или неминуемой она является или являются ли предложенные средства единственными средствами, имеющимися в распоряжении в сложившихся обстоятельствах. Это уже рассматривалось в контексте бедствия: был сделан вывод о том, что в контексте спасения жизни соответствующий агент должен иметь право действовать на основе разумной убежденности в отношении ситуации, связанной с бедствием⁵⁵⁹. Вопрос заключается в том, следует ли применить аналогичный подход в отношении ссылки на необходимость.

289. Ссылка на бедствие охватывает случаи принятия мер, направленных на спасение жизни отдельных людей, в то время как ссылка на необходимость охватывает более широкий диапазон чрезвычайных ситуаций. Первый аспект, который следует отметить в связи с последней, состоит в том, что озабоченность, о которой идет речь, это озабоченность, касающаяся защиты от угрозы, т.е. от чрезвычайно серьезного риска. В силу определения, угроза еще не материализуется, и нельзя требовать, чтобы ссылающееся государство доказывало, что она наверняка материализовалась бы в ином случае. Доказать обратное сложно и, видимо, невозможно. В деле о проекте Габчиково-Надьямарош⁵⁶⁰ Суд отметил сначала, что ссылающееся государство не может единолично решать вопрос о необходимости, а затем, что существование научной неопределенности недостаточно само по себе для установления факта существования неминуемой угрозы. Это совершенно верно, но, вместе с тем, и определенная степень научной неопределенности в отношении будущего не должна лишать государство права ссылаться на необходимость, если наличие угрозы установлено с помощью доказательств, вполне доступных в определенный момент времени (например, на основе надлежащей процедуры оценки риска), и удовлетворены другие требования, связанные с необходимостью. Это согласуется с принципом 15 Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию, принятой на Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию в 1992 году, который предусматривает, что "в тех случаях, когда существуют угрозы серьезного или необратимого ущерба, отсутствие полной научной уверенности не используется в качестве причины для отсрочки принятия экономически эффективных мер по предупреждению ухудшения состояния окружающей среды". Этот принцип получил общую поддержку и отражен, например, в статье 5.7 Соглашения

⁵⁵⁸ В общем обсуждение принципа предосторожности см. в P. Sands, Principles of International Environmental Law (Manchester, Manchester University Press, 1995), pp. 212-213; P. Daillier and A. Pellet, Droit international public, 6th ed. (1999), p. 1255. Этот принцип часто применялся национальными судами: см., например, Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India, AIR 1996 SC 2715 (India, Supreme Court).

⁵⁵⁹ См. пункт 281 выше.

⁵⁶⁰ См. пункт 284 выше.

ВТО о применении санитарных и фитосанитарных мер 1994 года⁵⁶¹. В статье 5.7 предусматривается, что член ВТО может в предварительном порядке принимать санитарные или фитосанитарные меры (и ограничивать импорт), "когда объем соответствующих научных данных не является достаточным". В деле "Beef Hormones" Апелляционный орган ВТО признал, что член ВТО может полагаться на процедуру оценки риска, проведенной согласно статье 5.1 и статье 5.2 Соглашения 1994 года, несмотря на то, что такая оценка указала на "наличие научной неопределенности"⁵⁶². Вопрос заключается в том, следует ли в статью 33 внести четкую поправку, с тем чтобы включить элемент предосторожности⁵⁶³. Доводы за и против являются довольно в равной степени вескими, однако с учетом необходимости сохранения жестких пределов для ссылки на необходимость и возможности отражения этого элемента в комментарии никаких изменений внесено не было.

Формулировка статьи 33

290. Что касается формулировки статьи 33, то следует упомянуть в порядке восходящей сложности еще три следующих момента:

- термин "состояние необходимости" (State of necessity) может быть сохранен в названии статьи 33, однако во избежание путаницы с другим значением слова "State" в тексте представляется достаточным указание лишь на "необходимость";
- в статье 33(2)(b) предусматривается, что ссылка на необходимость может быть исключена прямо или косвенно в силу обязательства, вытекающего из договора, и это совершенно верно в принципе⁵⁶⁴. Однако отсутствуют причины, по которым это ограничивающее воздействие может быть достигнуто лишь с помощью договора. Проекты статей исходят из посылки о том, что, в общем, обязательства вытекающие из договоров и других источников международного права, имеют аналогичные последствия в области ответственности⁵⁶⁵. Например, если договорная норма,

⁵⁶¹ Соглашение о применении санитарных и фитосанитарных мер, 15 апреля 1994 года, в The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations. The Legal Texts (Geneva, WTO, 1994), p. 69.

⁵⁶² EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones), Report of the Appellate Body, 16 January 1998, para. 194.

⁵⁶³ Альтернативный вариант статьи 33, в явно выраженной форме отражающий принцип предосторожности, мог бы гласить следующее: "а) деяние являлось единственным средством защиты существенного интереса этого государства от тяжелой и неминуемой угрозы, материализацию которой нельзя исходя из здравого смысла исключить с учетом наиболее полной имеющейся информации".

⁵⁶⁴ Так, положения договоров о правах человека, не допускающие нарушений некоторых основополагающих прав даже в случае чрезвычайного положения в государстве, косвенно исключают ссылку на статью 33. Однако см. J. Oraá, Human Rights in States of Emergency in International Law (Oxford, Clarendon Press, 1992), pp. 220-226, где подчеркивается сходство между положениями о запрещении нарушений и ссылкой на необходимость.

⁵⁶⁵ См. пункт 26 выше, где отражен ход обсуждения этого принципа в контексте бывшей статьи 17.

защищающая определенные ценности или интересы, исключает ссылку на необходимость, то почему обычно-правовая норма, выработанная параллельно с договорной нормой посредством широко распространенной и сходной практики и имеющая по существу такое же содержание, не должна оказывать такое же воздействие? В пункт 2(b) следует внести соответствующую поправку;

- в статье 33(1)(b) предусматривается, что в случае ссылки на необходимость поведение ссылающегося государства не должно "наносить серьезного ущерба существенному интересу государства, в отношении которого существует обязательство". Эта формулировка не адаптирована хорошо по отношению к нарушению обязательства *erga omnes*. Например, не совсем ясно, каким индивидуальным интересом обладали Эфиопия и Либерия в делах о Юго-Западной Африке в отличие от публичного интереса, связанного с соблюдением соответствующей нормы⁵⁶⁶. Однако Южная Африка не могла сослаться на необходимость, выступая против этих государств, на том основании, что их существенному интересу не было нанесено никакого серьезного ущерба. Соответствующий интерес для этой цели - это интерес самого народа Юго-Западной Африки. Разумеется, что многие обязательства *erga omnes* связаны с императивными нормами, которые полностью исключены из сферы охвата статьи 33. Кроме того, в случае обязательства *erga omnes* (например, в области прав человека или международного мира и безопасности) само обязательство может прямо или косвенно исключать ссылку на необходимость. Тем не менее, можно представить себе ситуацию, когда в единственном непредвиденном случае поставленные на карту интересы, связанные с соблюдением обязательства *erga omnes*, могут не возобладать над ссылкой на необходимость. В таких случаях баланс, который должен устанавливаться с помощью пункта 1(b), не будет представлять собой баланс интересов государства-ответчика и индивидуальных интересов государства или государств, обращающихся с жалобой на нарушения. Важной является степень ущерба интересам, защищаемым обязательством, и формулировку пункта 1(b) следует с учетом этого изменить.

Выводы в отношении статьи 33

291. В целом представляется, что озабоченность возможными злоупотреблениями ссылкой на необходимость не подкрепляется опытом. В данном случае можно провести параллель с принципом *rebus sic stantibus* в праве международных договоров. На протяжении длительного времени в его отношении высказывались существенные оговорки, однако он был в тщательно ограниченной форме закреплен в Венской конвенции о праве международных договоров⁵⁶⁷ и не оказал дестабилизирующего воздействия, которое, как опасались некоторые, он будет иметь⁵⁶⁸. Следует также подчеркнуть, что (в отличие от *rebus sic stantibus*) ссылка на необходимость действует

⁵⁶⁶ Именно отсутствие такого индивидуального интереса послужило основанием для того, чтобы Суд незначительным большинством признал их заявление неприемлемым: I.C.J. Reports 1966, р. 6.

⁵⁶⁷ Статья 62 сформулирована в негативной форме ("На коренное изменение ... обстоятельств ... нельзя сослаться как на основание для прекращения договора или выхода из него, за исключением тех случаев, когда ..."). Статья 33 является единственным положением в главе V, сформулированным в аналогичной негативной форме.

⁵⁶⁸ Эта параллель основана на комментарии к статье 33, пункт (40).

лишь в качестве временного исключения противоправности. В целом представляется, что факторы, изложенные в статье 33, позволяют установить разумный баланс между интересами соответствующих государств и интересами международного сообщества в целом. В деле о проекте Габчиково-Надьмарош Международный Суд смог применить этот принцип без лишних проблем, а также, как мы убедились, провел четкое и полезное различие между его надлежащей ролью как исключющего фактора и непрерывностью и стабильностью лежащего в основе договорного правоотношения⁵⁶⁹. По этим причинам Специальный докладчик выступает за сохранение статьи 33 по существу в ее нынешней форме, но с указанными выше поправками⁵⁷⁰.

f) Статья 34: Самооборона

292. В статье 34 говорится:

"Противоправность деяния государства, не соответствующего международному обязательству этого государства, исключается, если это деяние является законной мерой самообороны, принятой в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций".

293. В комментарии к статье 34 подчеркивается, что в ней идет речь о принципе самообороны лишь как о таком охватываемом главой V принципе, который исключает противоправность, и что в связи с этим в статье не ставится цель определить объем сферы применения законной самообороны или затрагивать различные спорные вопросы, которые возникли в отношении самообороны по Уставу⁵⁷¹. Таким образом, статья 34 представляется как "неизбежный вывод", вытекающий из неотъемлемого права на самооборону, как о ней говорится в статье 51 Устава. В комментарии отмечается, что самооборона обычно сопряжена с применением силы, что явно отличает ее от законных контрмер, которые могут быть и не связаны с применением силы⁵⁷². Однако в нем говорится о нежелании вовлекаться в рассмотрение таких вопросов, как "полное соответствие содержания нормы в статье 51 Устава и нормы международного обычного права, касающейся самообороны"; представляется достаточным "по-прежнему придерживаться содержания и сферы применения соответствующих норм Устава Организации Объединенных Наций"⁵⁷³. Вместе с тем в формулировках этой статьи в ее нынешней редакции нет ссылок на статью 51, что породило некоторые разногласия в Комиссии во время принятия статьи 34⁵⁷⁴.

294. Далее в комментарии подчеркивается, что исключение противоправности в статье 34 не дает право государству, действующему в порядке самообороны, нарушать права третьих государств⁵⁷⁵. В этой связи самооборона подпадает под те же самые ограничения, что и контрмеры.

⁵⁶⁹ См. пункт 224 выше.

⁵⁷⁰ Саму предложенную формулировку см. в пункте 356 ниже.

⁵⁷¹ Комментарий к статье 34, пункт (1).

⁵⁷² Там же, пункт (6).

⁵⁷³ Там же, пункт (20).

⁵⁷⁴ Там же, пункт (26).

⁵⁷⁵ Там же, пункт (28).

Комментарии правительств к статье 34

295. Франция полагает, что ссылка на самооборону "в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций" слишком узка и что вместо этого следует использовать ссылку на более широкие ограничения, закрепленные в международном праве⁵⁷⁶. За исключением этого замечания, включение статьи 34 в главу V, как представляется, не встречает возражений.

Насколько широк исключительный эффект статьи 34?

296. Вместе с тем есть одна из основных трудностей в отношении статьи 34, о которой говорилось в ранее сделанном замечании Монголии. Говоря о недостатках формулировки статьи 34, Монголия отметила, что: "деяния государства, составляющие самооборону, не противоречат какому-либо международному обязательству любого государства. Отсюда то, что "незаконно", не может составлять содержания самообороны"⁵⁷⁷. Это совершенно правильно применительно к тому, что касается основного обязательства по пункту 4 статьи 2 Устава о неприменении силы в международных отношениях. Что же касается этого обязательства, то исключение акции в порядке самообороны является частью определения самого этого обязательства. Государство, осуществляющее его неотъемлемое право на самооборону, как указывается в статье 51 Устава, не нарушает, даже потенциально, положения пункта 4 статьи 2, и если единственный эффект самообороны как принципа, исключающего противоправность, состоит именно в этом, то это положение следует исключить по тем же самым причинам, которые уже приводились в отношении согласия⁵⁷⁸.

297. Однако в ходе самообороны государство может нарушить другие обязательства в отношении агрессора. К примеру, оно может вторгнуться на его территорию, вмешаться в его внутренние дела, помешать его торговле в нарушение положений торгового договора и т.д. В традиционном международном праве такие проблемы решались в значительной мере путем создания отдельного правового режима ведения войны с определением рамок прав воюющих сторон и приостановкой действия большинства договоров, действующих между воюющими сторонами, с момента начала войны⁵⁷⁹. В отличие от этого, в период после принятия Устава случаи объявления войны носят исключительный характер, а военные действия, провозглашаемые как действия в порядке самообороны одной или обеими сторонами, происходят между государствами, формально находящимися "в мире" друг с другом⁵⁸⁰. Действительно, в течение периода действия Устава

⁵⁷⁶ A/CN.4/488, стр. 89 текста на английском языке.

⁵⁷⁷ Ежегодник ... 1981 год, том II, часть первая, стр. 92.

⁵⁷⁸ См. пункты 236-239 выше. Ср. "Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)", I.C.J. Reports, 1996, p. 226, at p. 244 (para. 38), p. 263 (para. 96), где подчеркивается законность применения силы при самообороне.

⁵⁷⁹ См. далее A. Mc Nair and A.D. Watts, "Legal Effects of War", 4th ed. (Cambridge, University Press, 1966).

⁵⁸⁰ По "Делу, касающемуся нефтяных платформ" ("Case concerning Oil Platforms"), I.C.J. Reports, 1996, p. 803, не отрицалось, что Договор о дружественных отношениях 1955 года, который лежит в основе иска Ирана, продолжал действовать во все соответствующие периоды времени, несмотря на многие акции военно-морских сил Соединенных Штатов против (продолжение...)

законность формального состояния войны ставится под сомнение. Венская конвенция о праве международных договоров обходит такие вопросы, предусматривая в статье 73, что положения Конвенции не предreshают "ни одного из вопросов, которые могут возникнуть в отношении договора ... из начала военных действий между государствами".

298. Таким образом, представляется ясным, что имеются случаи, когда самооборона может исключать противоправность поведения, которое в ином случае нарушало бы договор или другие обязательства соответствующего государства, даже если для государства, действующего в порядке самообороны, не может возникать никакого вопроса о совершении действий, противоречащих основному обязательству по пункту 4 статьи 2 Устава. Однако проблема состоит в том, что самооборона не исключает противоправность поведения в отношении государства-агрессора во всех случаях или применительно ко всем обязательствам. Вопрос, разумеется, не состоит в том, являлось ли конкретное действие необходимым или сообразным, поскольку это представляет собой часть определения самообороны. Вопрос состоит в том, что существуют некоторые обязательства, которые нельзя нарушать даже в целях самообороны. Наиболее наглядные примеры связаны с международным гуманитарным правом и обязательствами в области прав человека. Женевские конвенции 1949 года и Протокол I к ним 1977 года в равной мере применимы к агрессору и обороняющейся стороне, что справедливо и когда речь идет о международном обычном гуманитарном праве⁵⁸¹. Все договоры в области прав человека содержат положения об ограничении на время чрезвычайного положения в государстве, включая действия в порядке самообороны⁵⁸². Представляется совершенно ясным, что самооборона не исключает противоправности поведения в нарушение обязательств в этих областях.

299. Соответственно проблема состоит в том, чтобы провести различие между теми обязательствами, которые преобладают даже над возможно обоснованным утверждением о самообороне, и теми обязательствами, которым это не свойственно. Представляется интересным, что ни в комментарии, ни в ходе обсуждений статьи 34 этот вопрос не получил широкого освещения⁵⁸³. Вместе с тем Международный Суд осветил этот вопрос в своем консультативном

⁵⁸⁰ (...продолжение)

Ирана, обосновывавшиеся как самооборона, в течение соответствующего периода. В данном случае обе стороны согласились, что в той степени, в которой любые подобные операции оправдывались соображениями самообороны, эти операции были законны.

⁵⁸¹ Как указал Суд в отношении норм международного гуманитарного права в "Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)", *I.C.J. Reports, 1996*, p. 226, at p. 257 (para. 79), они представляют собой "нерушимые принципы международного гуманитарного права". По вопросу о взаимосвязи между правами человека и гуманитарным правом во время вооруженного конфликта см. *ibid.*, p. 240 (para. 25).

⁵⁸² См. J. Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1992) esp. chaps. 4, 9.

⁵⁸³ Еще интереснее то, что именно этот вопрос глубоко анализируется в комментарии и что в отношении статьи 33 делается соответствующий вывод: см. пункт 280 выше. Вместе с тем Рифаген косвенно касался этого вопроса в ходе обсуждения статьи 34, заявляя, в частности, что "нормы *jus cogens*, касающиеся защиты прав человека во время вооруженных конфликтов, безусловно, сохраняют свое значение даже в отношениях с государством-агрессором" (Ежегодник ... 1980 год, том I, стр. 214). Позднее он добавил, что "Любое деяние,

(продолжение...)

заклучении по вопросу об угрозе применения или применении ядерного оружия. Один из вопросов состоял в том, чтобы определить, должно ли применение ядерного оружия рассматриваться как нарушение обязательств по охране окружающей среды ввиду масштабности и долговременности ущерба, причиняемого таким оружием. Суд заявил:

"вопрос состоит не в том, применимы или не применимы договоры, касающиеся охраны окружающей среды, во время вооруженного конфликта, вопрос скорее состоит в том, являются ли по своему предназначению обязательства, вытекающие из этих договоров, обязательствами проявлять абсолютную сдержанность в ходе вооруженного конфликта. Суд не считает, что договоры, о которых идет речь, по своему намерению могли бы быть направлены на то, чтобы лишить государство возможности осуществлять свое право на самооборону по международному праву по причине наличия у него обязательств по защите окружающей среды. Тем не менее, государства должны принимать во внимание экологические соображения при оценке того, что является необходимым и соразмерным, в ходе достижения законных военных целей. Должное принятие во внимание соображений, связанных с охраной окружающей среды, является одним из элементов процесса оценки соответствия той или иной акции принципам необходимости и соразмерности"⁵⁸⁴.

Хотя Суд рассматривал этот вопрос, не используя формулировку "обстоятельств, исключающих противоправность" и не ссылаясь на статью 34, суть рассматриваемого здесь вопроса абсолютно та же самая. В каких обстоятельствах государство, действующее в порядке самообороны, "в абсолютной степени сдерживаемо" международным обязательством? Ответ на этот вопрос зависит от того, было ли это обязательство сформулировано или по своей цели предназначено для того, чтобы оно применялось в качестве определенного ограничения даже применительно к государствам в вооруженном конфликте. В отношении международного гуманитарного права дело явно обстоит именно так; аналогичное справедливо и для права, касающегося прав человека, с учетом возможности ограничения во время чрезвычайного положения, которое является неотъемлемой частью этого права. Еще одним примером могло бы служить одностороннее обязательство государства, обладающего ядерным оружием, не применять первым ядерное оружие в любых обстоятельствах. В отличие от этого, применительно к другим общим обязательствам (например, обязательствам, касающимся торговли и окружающей среды) ответ мог бы быть иным в зависимости от формулировки и цели первичной нормы, о которой идет речь. Договор, конкретно касающийся защиты окружающей среды во время вооруженного конфликта⁵⁸⁵, в зависимости от его условий, будет замышляться как "обязательство абсолютного ограничения", и заявление о самообороне не будет исключать противоправности. Соответственно, требуется, чтобы статья 34 содержала формулировки, которые проводят различия между этими двумя категориями. Принимая формулировки Суда, предлагается, чтобы в статье 34 содержалось исключение в отношении обязательств, которые "сформулированы или по своей цели задуманы как обязательства абсолютного ограничения даже для государств, вовлеченных в вооруженный конфликт или

⁵⁸³ (...продолжение)

включая геноцид или грубое нарушение прав человека, не являющееся законной мерой, можно назвать самообороной. Поэтому включение слова "законный" является необходимым" (там же, стр. 309).

⁵⁸⁴ I.C.J. Reports 1996, at p. 242 (para. 30).

⁵⁸⁵ Например, Многосторонняя конвенция о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду, 10 декабря 1976 года, United Nations, Treaty Series, vol. 1108, No. 17119.

действующих в порядке самообороны". В дополнение к этому представляется полезным в целях ясности и подтверждения жизненно важного принципа права, касающегося вооруженных конфликтов, привести, в качестве примера таких обязательств, обязательство в области международного гуманитарного права.

Положение третьих государств

300. В комментарии к статье 34 подчеркивается, что основным следствием статьи является исключение противоправности поведения действующего в порядке самообороны государства в отношении нападающего государства⁵⁸⁶, и это общее утверждение явно правильно. В консультативном заключении по вопросу об угрозе применения или применении ядерного оружия Суд отметил, что:

"как и в случае принципов гуманитарного права, применимых во время вооруженных конфликтов, международное право не оставляет сомнений относительно того, что принцип нейтральности, каким бы ни было его содержание, обладающий основополагающим характером, аналогичным характеру гуманитарных принципов и норм, применим (подпадая под соответствующие положения Устава Организации Объединенных Наций) ко всем международным вооруженным конфликтам вне зависимости от того, какие виды оружия могут быть применены"⁵⁸⁷.

Такая довольно запутанная формулировка, возможно, была принята для того, чтобы указать, что право, касающееся нейтральности, хотя и ясно проводит различия между поведением в отношении воюющей стороны и поведением в отношении нейтральной стороны, не подразумевает, что нейтральные государства не затронуты существованием состояния войны. Государство, осуществляющее неотъемлемое право на самооборону государства, имеет некоторые права воюющей стороны даже в отношении нейтральных сторон. Степень, в которой традиционное право, касающееся нейтральности, сохранилось без изменения в период действия Устава, все еще вызывает споры, однако, к счастью, Комиссии нет нужды вступать в эти споры в данном контексте. Формулировки статьи 34 оставляют открытыми все вопросы о последствиях действия в порядке самообороны в отношении третьих государств, и, как представляется, никаких изменений не требуется.

Формулировка статьи 34

301. И наконец, Франция и (в предыдущем замечании) Монголия ставят под вопрос простую ссылку в статье 34 на самооборону в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций⁵⁸⁸. Тем не менее, эти предложения противоположны друг другу: Франция стремится включить ссылку на то, что она рассматривает как более широкое право на самооборону по общему международному праву, в то время как Монголия - прямую ссылку на статью 51. По мнению Специального докладчика, не представляется ни необходимым, ни желательным решать лежащие в основе проблемы вопросы о сфере охвата самообороны в современном международном праве, даже если бы это было возможно в данном проекте статей, что, учитывая статью 103

⁵⁸⁶ Комментарий к статье 34, пункт (28).

⁵⁸⁷ I.C.J. Reports 1996, at p. 261 (para. 89).

⁵⁸⁸ См. пункт 295 выше и замечание Монголии, Ежегодник ... 1981 год, том II, часть первая, стр. 92.

Устава, возможным не представляется. В задачу проекта статей не входит конкретизация содержания первичных норм, включая норму, упомянутую в статье 51. В статье 34 используется фраза "законной мерой самообороны, принятой в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций", и это представляется достаточной ссылкой на современное международное право, касающееся самообороны, как обычное, так и договорное. Никаких изменений к статье 34 в этой связи не предлагается.

Выводы относительно статьи 34

302. По этим причинам рекомендуется сохранить статью 34, однако добавить новый пункт для проведения различия общего характера между теми обязательствами, которые имеют преимущественную силу даже по отношению к осуществлению государством права на самооборону, и теми обязательствами, которые такой силой не обладают⁵⁸⁹.

g) Статья 35: Оговорка относительно возмещения ущерба

303. В статье 35 предусматривается, что:

"Исключение противоправности деяния государства в силу положений статей 29, 31, 32 или 33 не предпрещает ни одного из вопросов, которые могут возникнуть в отношении возмещения ущерба, причиненного этим деянием".

Статья 35 является единственным положением в главе V, в котором речь идет о последствиях (основных или процедурных) ссылки на обстоятельства, исключающие противоправность. Предлагается рассматривать ее в этом контексте и после рассмотрения решить, следует ли предусмотреть какие бы то ни было дополнительные обстоятельства⁵⁹⁰.

4. Возможные оправдания или предлоги, не включенные в главу V

304. Хотя Комиссия посчитала шесть обстоятельств, первоначально перечисленных в главе V главными общеприменимыми обстоятельствами, она, по всей очевидности, не сочла этот перечень "абсолютно исчерпывающим" и отметила возможность разработки дополнительных общих или конкретных оправданий для противоправного поведения. По ее мнению, главу V "не следует толковать как закрывающую путь для такой возможности"⁵⁹¹. Это порождает ряд вопросов для рассмотрения Комиссией в ходе второго чтения. Во-первых, имеются ли другие обстоятельства, исключающие противоправность общего характера, которые следует признать в главе V? Во-вторых, какое положение необходимо, если оно вообще необходимо для решения вопроса о возможности того, что в будущем могли бы возникнуть новые оправдания для невыполнения? Второй вопрос рассматривается в контексте главы 1 части второй, поскольку он касается последствий проекта статей в целом. Первый вопрос рассматривается ниже.

⁵⁸⁹ Предлагаемую формулировку этой статьи см. в пункте 356 ниже. Расположение статьи, см. пункт 355 ниже.

⁵⁹⁰ См. пункты 336-347 ниже.

⁵⁹¹ Комментарии к статье 34, пункт (29).

305. Различные правовые системы признают наличие различных групп оправданий или поводов для невыполнения обязательств, и проведенный ранее обзор эволюции положений главы V показывает, что в разное время рассматривался целый ряд других кандидатов на включение⁵⁹². Представляется необходимым упомянуть три из них.

а) Выполнение в коллизии с императивной нормой (jus cogens)

306. В статьях 53 и 64 Венской конвенции о праве международных договоров рассматриваются случаи, когда положения договора сами противоречат существующей или новой императивной норме, последствием чего является недействительность или прекращение договора. Кроме того, эти случаи рассматриваются настолько серьезно, что коллизионное положение не может быть отделено, т.е. весь договор является недействительным, даже если оспаривается лишь одно из его положений⁵⁹³. Однако есть и третья возможность. Договор, который, с первого взгляда, представляется законным и правомерным по своей цели, мог бы быть невыполненным в обстоятельствах, когда его выполнение породило бы нарушение императивной нормы или существенно способствовало ему. Примером могло бы служить установленное договором право прохода через пролив или пролета через воздушное пространство государства, осуществляемое для совершения акта агрессии в отношении другого государства, или предназначение оружия, обещанного по соглашению о поставке вооружений, для его использования в целях геноцида или осуществления преступлений против человечности. В подобных случаях нет никаких оснований для того, чтобы сам договор должен был быть признан ничтожным или прекращен. Он не является имманентно противоправным, и не идет речи ни о какой новой императивной норме. Просто в результате посторонних обстоятельств выполнение договора нарушало бы императивную норму или прямо вело бы к нарушению такой нормы. В таких случаях вопрос состоит в том, не следует ли "невыполнение положения договора, которое находится в коллизии с нормой *jus cogens*, - при условии должного установления факта коллизии - рассматривать в качестве основания [т.е. оправдания] нарушения этого договора"⁵⁹⁴. На принципиальном уровне ответ должен, безусловно, быть положительным. Если императивная норма делает недействительным страдающий непоследовательностью договор, то, каким образом обязательство выполнять договор может сохраняться при нарушении такой нормы? Представляется несомненным, что связь между выполнением договорного обязательства и нарушением императивной нормы должна была бы быть ясной и прямой. Однако в таких случаях временное приостановление обязательства по выполнению, безусловно, вытекает из императивного характера нормы, который в ином случае был бы нарушен.

307. С другой стороны, есть вопрос относительно того, каким образом должен достигаться этот результат. Во многих случаях будет достаточным толковать соответствующую договорную норму как не требующую того поведения, о котором идет речь, таким же образом, каким путем толкования

⁵⁹² См. пункт 215 выше.

⁵⁹³ Венская конвенция о праве международных договоров, пункт 5 статьи 44. В статье 64 говорится, что в случае новой императивной нормы "любой существующий договор, который оказывается в противоречии с этой нормой, становится недействительным и прекращается". Таким образом, прекращается весь договор, если любое его положение находится в коллизии с императивной нормой.

⁵⁹⁴ Rosenne, *Breach of Treaty* (Cambridge, Grotius, 1984), p. 63. Автор добавляет, что "представляется затруднительным предвидеть такой гипотетический случай в конкретных обстоятельствах" (там же).

обычно будет предотвращаться прямая коллизия между договорами и императивными нормами⁵⁹⁵. Тем не менее соответствующая норма может быть ясной, и столь же ясной может быть коллизия с императивной нормой в конкретных обстоятельствах.

308. Фитцморис рассматривал этот вопрос под заголовком "Невыполнение, оправдываемое *ab intra* в силу условия договора, подразумеваемого в нем международным правом", и в более конкретном плане - на основе подразумеваемого условия "сохраняющейся совместимости с международным правом"⁵⁹⁶, отмечая, что:

"Договорное обязательство, соблюдение которого несовместимо с новой нормой или запретом в международном праве общего международно-правового характера, оправдывает (и требует) невыполнение любого договорного обязательства, связанного с такой несовместимостью ... Тот же самый принцип применим, когда после заключения договора возникают обстоятельства, приводящие в действие существующую норму международного права, которая не имела значения для ситуации в том виде, в котором она существовала на время заключения этого договора"⁵⁹⁷.

Никакая аналогичная норма не применяется к "норме по *jus dispositivum*", поскольку стороны свободны выходить из обязательства по такой норме, в том числе и в расчете на будущее.

309. Следует подчеркнуть, что в приведенной выдержке Фитцморис, очевидно, не рассматривал ни вопрос о недействительности договора, ни вопрос о его прекращении. Его основное внимание было сосредоточено на вопросе несоблюдения в ситуации, которую можно было бы назвать ситуацией наличия время от времени коллизии или несоответствия. Договор, который, с первого взгляда, не соответствует императивной норме, несомненно, не может оставаться в силе, однако договоров такого характера совсем немного. Гораздо более вероятны случаи "наличия время от времени коллизий", и представляется неясным, почему такие случаи должны влечь за собой полную утрату действительности договора⁵⁹⁸. Кроме того, следует вновь отметить, что по Венской конвенции о праве международных договоров необходимо, чтобы государство приняло меры для обоснования недействительности или прекращения действия, и это включает в себя меры, принимаемые в соответствии со статьями 53 и 64. Государство может не пожелать, чтобы договор стал недействительным или был прекращен в целом, тем не менее оно может быть законно озабочено относительно конкретного случая выполнения договора, вступающего в коллизию

⁵⁹⁵ Данное рассмотрение фокусируется на потенциальной коллизии между выполнением договора и императивной нормой. В случае нормы международного обычного права возможность коллизии гораздо меньше, но она не исключается.

⁵⁹⁶ Fitzmaurice, Fourth Report, Yearbook ... 1959, vol. II, p. 46.

⁵⁹⁷ Ibid.

⁵⁹⁸ Более чем "случайное" несоответствие между резолюцией Совета Безопасности и положениями Монреальской конвенции 1971 года сделало последнюю недействительной: см. пункты 9 и 24 выше.

с требованиями императивной нормы⁵⁹⁹. В случае такой коллизии в любом случае нет возможности для выбора между двумя находящимися в коллизии нормами.

310. Как показывают различные комментарии к проекту статей, целый ряд правительств продолжает испытывать озабоченность в связи с понятием *jus cogens*⁶⁰⁰. Как представляется, эта озабоченность связана не столько с отсутствием поддержки в отношении основополагающих ценностей, закрепленных в относительно немногих неоспоримых нормах *jus cogens* (запрет в отношении геноцида, рабства, преступлений против человечности и пыток, запрещение агрессии и некоторые другие), сколько с беспокойством о том, что это понятие является абсолютно неопределенным и дестабилизирует договорные отношения. Однако в течение почти 20 лет, истекших со времени вступления в силу Венской конвенции 1969 года, не было случая, чтобы на *jus cogens* ссылались для признания договора недействительным. В течение того же периода национальные и международные суды подтверждали идею императивных норм в различных контекстах, не ограничивавшихся действительностью договоров⁶⁰¹. Избегая до сих пор употребление самого термина, Международный Суд, тем не менее, также одобрил понятие "неурушимых норм"⁶⁰².

311. По мнению Специального докладчика, понятие императивных норм, содержащихся в конвенциях 1969 и 1986 годов, ясно одобрено и пути назад быть не может. Согласно статье 53, общей для обеих конвенций, императивная норма общего международного права является нормой, отклонение от которой допустимо лишь при наличии последующей нормы такого же характера. Из этого определения вытекает, что обязательства, порожаемые императивной нормой, должны преобладать над другими обязательствами в случае коллизии. Таким образом, Специальный докладчик соглашается с Фитцморисом и Розаном в том, что при ясном признании императивного характера нормы *jus cogens* эта норма должна преобладать над любым иным международным обязательством, не носящим такого же характера. Действительно, в таких случаях соответствующее государство не имело бы выбора относительно выполнения или невыполнения: при наличии нестыковки в обстоятельствах императивная норма должна преобладать. С другой стороны, признание недействительным договора, который по своим условиям не вступает в коллизию с какой бы то ни было императивной нормой, но выполнение которого в конкретном случае могло бы вызвать такую коллизию, представляется как излишним, так и несоразмерным. В таких случаях договорное обязательство, собственно говоря, не действует⁶⁰³, и преимущественной силой обладает императивная норма. Однако, если в будущем договор может иметь случаи

⁵⁹⁹ Ср. замечания судьи *ad hoc* Лаутерпакта по делу "Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (дальнейшие просьбы об указании временных мер)", *I.C.J. Reports 1993*, at pp. 439-441. Суд не рассматривал этих вопросов в своем постановлении.

⁶⁰⁰ См. пункт 234 выше.

⁶⁰¹ См., например, решения Трибунала по Югославии по делу "Обвинитель против Анто Фурундзия" от 10 декабря 1998 года и английской Палаты лордов по делу *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)* [1999] 2 All ER 97, esp. at pp. 108-109, 114-115 (Lord Browne-Wilkinson).

⁶⁰² *Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, *I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 257 (para. 79).

⁶⁰³ См. пункты 225 и 226 выше.

применения, соответствующие данной императивной норме, то зачем же этот договор признавать недействительным из-за подобной единичной коллизии? Безусловно, возникающая время от времени коллизия с неимперативной нормой международного обычного права (которая может иметь то же содержание, что и договор) не делало бы недействительным эту обычно-правовую норму в будущем.

312. Надо ли устранять такую коллизию на уровне вторичных норм или правильнее было бы рассматривать ее (подобно согласию⁶⁰⁴) в контексте формулировки первичного обязательства? Данная ситуация неидентична ситуации с согласием, поскольку, как обосновывается выше, требование согласия имманентно конкретной норме или обязательству, в то время как эффект императивных норм не является внутренне присущим этой норме или обязательству и возникает в качестве аспекта системы международного права. Тем не менее, по крайней мере в некоторых отношениях, воздействие или эффект императивных норм предшествует вторичным нормам ответственности или имеет место независимо от них, к примеру, в случае статьи 53 самой Венской конвенции. Если договор недействителен, не возникает обязательства, к которому может применяться глава V. Но всегда ли такова ситуация? Вопрос можно поставить следующим образом: когда в проекте статей говорится об обязательствах государств в соответствии с применимыми первичными нормами, то рассматриваются ли эти обязательства в нем как общие по своей форме? Не являются ли эти обязательства применимыми к конкретным соответствующим государствам в конкретных обстоятельствах каждого конкретного случая? Короче говоря, являются ли обязательства, упомянутые в статьях 3(a) и 16 общими по характеру, или они носят в высокой степени индивидуализированный и конкретизированный характер? Последняя концепция при строгом применении могла бы полностью разрушить часть первую проекта статей, отнеся все под эгиду первичных норм. И все же это не представляется полезным результатом или результатом, соответствующим интересам разработки систематического подхода к ответственности государств. Таким образом, представляется разумным продолжать считать обязательства, являющиеся предметом рассмотрения в проекте статей обязательствами общего характера или, по крайней мере, включающими обязательства общего характера. Аналогичным образом представляется уместным отразить преимущественное воздействие императивных норм *in casu* - в ситуациях имеющейся иногда коллизии - в качестве обстоятельства, исключающего противоправность в соответствии с положениями главы V части первой⁶⁰⁵.

313. Соответственно глава V должна содержать положение о том, что противоправность деяния государства, не соответствующего международному обязательству, исключается, если совершения этого деяния требует в сложившихся обстоятельствах императивная норма общего международного права. Следует подчеркнуть, что для этой цели достаточна лишь прямая коллизия между обоими обязательствами, т.е. невозможность выполнить одновременно оба обязательства в возникших обстоятельствах⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ См. пункт 241 выше.

⁶⁰⁵ "Номиналистский" подход к обязательствам, который отвергается здесь, мог бы иметь дополнительные последствия для главы V. Он укрепил бы очень узкую концепцию главы (охватывая лишь обстоятельства, исключающие ответственность, а не противоправность). Такой подход имел бы тенденцию к исключению статьи 34 о самообороне.

⁶⁰⁶ Текст предлагаемой статьи см. в пункте 656 ниже.

b) "Exceptio inadimplenti non est adimplendum"

314. Максима "exceptio inadimplenti non est adimplendum" (на которую часто ссылаются как на *exceptio inadimpleti contractus*) сводится к идее о том, что условием выполнения двустороннего обязательства одной стороной является постоянное выполнение этого обязательства другой стороной. Она связана с более широким принципом, гласящим, что одна из сторон не должна иметь возможности с выгодой для себя использовать допущенное ей самой нарушение. Это было сформулировано Постоянной палатой по делу о фабрике в Хожуве (Юрисдикция) следующим образом:

"Это ... общепринятый принцип в юриспруденции международного арбитража, а также в деятельности национальных судов, гласящий, что одна сторона не может воспользоваться тем, что другая сторона не выполнила какое-то обязательство или не прибегла к каким-то средствам получения сатисфакции, если первая сторона каким-то противоправным актом помешала последней стороне выполнить обязательство, о котором идет речь, или обратиться в суд как к средству, которое было бы открыто для нее"⁶⁰⁷.

Таким образом, *exceptio* действует точно так же, как и другие обстоятельства, исключающие противоправность, и требует рассмотрения в настоящем документе.

Применение *exceptio* в международном прецедентном праве

315. Применение было одним из вопросов, рассматривавшихся по делу об отводе вод из реки Маас (Нидерланды против Бельгии)⁶⁰⁸. По данному делу Нидерланды предъявляли претензию, в частности, относительно забора воды Бельгией для орошения и других целей из конкретного шлюза на бельгийской стороне, что, как утверждалось, было незаконным по двустороннему договору 1863 года. Бельгия утверждала, что использование ею шлюза не было неправомерным, учитывая аналогичное использование Нидерландами шлюза на ее стороне. Кроме того, она утверждала, что "построив некоторые сооружения вопреки условиям Договора, заявитель тем самым потерял право использовать ссылку на Договор против Ответчика". Суд поддержал основное утверждение Бельгии, в частности, сравнив использование обоих шлюзов:

"Ни один из этих шлюзов не является подающим, но тем не менее оба из них выпускают шлюзовую воду в канал и тем самым подают в него воду иным образом, нежели чем подающие сооружения, предусмотренные договором ... В этих обстоятельствах Суд находит затруднительным согласиться с тем, что Нидерланды в настоящее время имеют основание для жалобы в отношении строительства и эксплуатации шлюза, чему они сами подали пример в прошлом"⁶⁰⁹.

В своем особом мнении судья Альтамира отрицал, что обязательства обеих сторон носят двусторонний характер; соответственно, Бельгия не могла ссылаться на поведение Нидерландов как на обстоятельство, исключающее противоправность⁶¹⁰. Судьи Анцилотти (заявивший особое

⁶⁰⁷ P.C.I.J. Series A, No. 9 (1927), p. 31.

⁶⁰⁸ P.C.I.J. Series A/B, No. 70 (1937).

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 43.

мнение) и Хадсон не согласились с этим. Судья Анцилотти, касаясь дополнительного представления Бельгии, заявил, что:

"Я убежден, что принцип, лежащий в основе этого представления (*inadimplenti non est adimplendum*), настолько справедлив, настолько общепризнан, что он должен применяться и в международных отношениях. В любом случае, это один из тех "общих принципов права, признанных цивилизованными нациями", которые Суд применяет в силу статьи 38 своего Статута"⁶¹¹.

Судья Хадсон сослался как на аналогичные принципы английского права справедливости, так и на гражданско-правовые источники и заявил:

"Когда две стороны взяли на себя идентичное или взаимное обязательство и одна из сторон непрерывно не выполняет это обязательство, то, как представлялось бы, важный принцип справедливости состоял бы в том, чтобы не разрешать ей использовать аналогичное невыполнение этого обязательства другой стороной. Этот принцип находит свое выражение в так называемых максимах справедливости, которые имели большое влияние в творческий период развития англо-американского права... Весьма аналогичный принцип был принят в римском праве... Принцип *exceptio non adimpleti contractus* требовал от истца доказать, что он выполнил или предложил выполнить свое обязательство... Даже там, где кодекс хранит молчание по этому вопросу, Планиоль устанавливает общий принцип, гласящий: "Во всех двусторонних отношениях каждая из двух сторон может требовать то, что ей причитается, лишь в случае, если она сама соглашается выполнить свое обязательство". Этот общий принцип таков, что Международному Суду следует применять его очень умеренно. Безусловно, не считается, что полное выполнение всех своих обязательств по договору должно быть доказано в качестве условия, предшествующего обращению государства в международный суд с целью получить толкование этого договора. Тем не менее, в должном случае и при тщательном учете необходимых ограничений суд, связанный международным правом, не должен отказываться от применения столь очевидно справедливого принципа"⁶¹².

316. В "Апелляции, касающейся юрисдикции Совета ИКАО", Суд подчеркнул, что простое утверждение одной стороны договора о том, что другая сторона совершила материальное нарушение этого договора, не может позволить первой стороне в одностороннем порядке считать этот договор прекращенным или приостановленным⁶¹³. В своем особом мнении судья де Кастро прямо сослался на *exceptio* в контексте утверждения Индии о том, что "не может возникнуть никакого вопроса толкования или применения в отношении договора, который прекратил существование или действие которого было приостановлено"⁶¹⁴. Основываясь на принципе,

⁶¹¹ Ibid., p. 50.

⁶¹² Ibid., p. 70, citing, inter alia, Planiol, *Droit civil*, vol. 2, 6th ed. (1912), p. 320.

⁶¹³ *I.C.J. Reports 1972*, p. 42, at p. 67 (para. 38).

⁶¹⁴ Ibid., p. 124.

закрепленном в статье 60 Венской конвенции о праве международных договоров, "который вытекает из договорного характера договоров"⁶¹⁵, судья де Кастро заявил:

"Не следует оставлять без внимания тот факт, что эта норма открывает возможность ссылки на *exceptio inadimplenti non est adimplendum*. Нарушение обязательства не является причиной недействительности или прекращения договора. Оно является источником ответственности и новых обязательств или санкций. Вместе с этим именно материальное нарушение договора дает право потерпевшей стороне сослаться на него, с тем чтобы прекратить или приостановить действие договора"⁶¹⁶.

317. В деле о проекте Габчиково-Надьямарош этот вопрос возник в довольно конкретной и необычной форме. Как отмечалось выше, Суд счел, что Венгрия не имела оснований для приостановки и прекращения работы над проектом в период 1989-1991 годов, однако в равной мере и Чехословакия не имела права в одностороннем порядке отводить воды Дуная для целей своего "Варианта С". Соответственно обе стороны нарушили Договор 1977 года, однако Суд отказался позволить Венгрии использовать нарушение, допущенное Чехословакией (несомненно, материальное нарушение), в качестве основания для прекращения действия договора. Основываясь на выдержке из дела о фабрике в Хожуве, о котором говорилось выше, Суд заявил, что он не может:

"оставить без внимания тот факт, что Чехословакия совершила международно-противоправное деяние, задействовав Вариант С в результате собственного противоправного поведения Венгрии ... Венгрия своим собственным поведением нанесла ущерб своему праву прекратить действие Договора; это не изменило бы дела, даже если бы Чехословакия ко времени предполагаемого прекращения действия договора нарушила какое-то положение, имеющее исключительно важное значение для достижения цели Договора"⁶¹⁷.

Впоследствии Суд отметил, что "принцип *ex injuria jus non oritur* подтверждается заключением Суда о том, что правоотношение, созданное Договором 1977 года, сохраняется и не может в данном случае рассматриваться как утратившее действительность в результате противоправного поведения"⁶¹⁸. Вместе с тем следует отметить, что нарушение Договора,

⁶¹⁵ Ibid., p. 129.

⁶¹⁶ Ibid., p. 128 (footnote). Судья де Кастро добавляет далее, что "именно нарушение прав или обязательств, проистекающих из договоренности, лежит в основе *exceptio non adimpleti*" (стр. 129 текста на английском языке), указывая тем самым на ограничительные рамки утверждения Индии.

⁶¹⁷ I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 67 (para. 110).

⁶¹⁸ Ibid., at p. 76 (para. 133). В числе заявлений об особом мнении по данному вопросу см. заявление Председателя Швебея (там же, стр. 85 текста на английском языке) или особые мнения судей Герцега и Флайшхауэра, которые оба считают решающим элементом серьезность или отсутствие соразмерности нарушения Чехословакией своих обязательств в сравнении с нарушением, допущенным Венгрией: там же, стр. 198 текста на английском языке (судья Герцег) и стр. 212 текста на английском языке (судья Флайшхауэр, подчеркивающий, что "принцип, гласящий, что ни одно государство не может получать выгоды от своего собственного нарушения правового обязательства, не оправдывает чрезмерных ответных мер"). См. также (продолжение...)

допущенное Словакией позднее, было "вызвано" предшествовавшим нарушением, совершенным Венгрией (в том смысле, что оно было *causa sine qua non*), его причиной не служило ранее допущенное нарушение по смыслу решения по делу о фабрике в Хожуве. Вместо этого оно было, по мнению Суда, независимо противоправным.

Основы "exceptio" в сравнительном праве

318. Как указали судьи Анцилотти и Хадсон по делу об отводе вод из реки Маас, принцип, лежащий в основе *exceptio*, пользуется широким признанием в национальных правовых системах применительно ко взаимным или двусторонним обязательствам, т.е. там, где представляется ясным, что выполнение обязательства одной стороной является либо предварительным условием или одновременным условием выполнения того же или связанного с ним обязательства другой стороной. Аналогичная ситуация возникает, когда нарушение одной стороной является следствием и прямым результатом нарушения, ранее допущенного другой стороной (например, если задержка в завершении определенной работы одной стороной причинена задержкой в поставке необходимого оборудования другой стороной). Кроме того, в национальном праве (как в вышеупомянутых случаях, касающихся договоров) предметом рассмотрения, как представляется, служит обстоятельство, исключающее противоправность применительно к продолжающемуся выполнению обязательства, а не к его прекращению. Как отмечает Трейтель после тщательного анализа сравнительного права в этой области:

"Эффект *exceptio* в ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ необходимо отличать от эффекта прекращения действия ... Прекращение действия прекращает обязанность каждой стороны по выполнению, хотя обстоятельства, дающие такое средство, могут давать потерпевшей стороне право на возмещение ущерба; оно также дает потерпевшей стороне право на возврат к своему собственному выполнению после восстановления того, что эта сторона получила по договору. *Exceptio* не дает такого эффекта, однако порождает то, что было названо "позицией ожидания". Это "отлагательное возражение", которое не прекращает контракт, а просто дает право потерпевшей стороне в течение данного времени отказываться выполнять то, что входит в его долю ... Потерпевшая сторона может использовать *exceptio* как в судебных разбирательствах, так и во внесудебном порядке. Когда обстоятельства таковы, что они оправдывают отказ потерпевшей стороны от выполнения, то суд обязан приводить в действие *exceptio*: у него нет свободы действий в этом вопросе - даже в тех системах (таких, как французская), в которых средство в виде прекращения действия подпадает под дискреционные полномочия суда"⁶¹⁹.

319. Принцип *exceptio* отражен также в документах международного торгового права. К примеру, статья 80 Конвенции ЮНСИТРАЛ о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года просто предусматривает, что:

⁶¹⁸ (...продолжение)

заявление судьи Резека на стр. 86 текста на английском языке. Однако судья Беджаун решительно возражает против этой точки зрения, отмечая, что договоры "нельзя уничтожать, нарушая их. За исключением взаимного согласия, государства не могут избавиться от своих договорных обязательств с такой легкостью" (там же, стр. 138 текста на английском языке).

⁶¹⁹ G.H. Treitel, Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account (Oxford, Clarendon Press, 1987), pp. 310-311; его анализ см. pp. 245-317 ("защита отказа от выполнения").

"Сторона не может ссылаться на неисполнение обязательства другой стороной в той мере, в какой это неисполнение вызвано действиями или упущениями первой стороны".

Как представляется, для целей статьи 80 не важно, было ли противоправным или правомерным деяние или бездействие, которое явилось причиной неисполнения. Этот принцип сформулирован по-иному под рубрикой "отказ от исполнения" в статье 7.1.3 Принципов международных коммерческих договоров ЮНИДРУА, в которой предусматривается, что "когда выполнение должно осуществляться сторонами одновременно, любая сторона может отказаться от выполнения", если у другой стороны нет желания и способности к выполнению.

Следует ли признавать этот принцип в проекте статей?

320. В своем четвертом докладе о праве международных договоров сэр Джералд Фитцморис обсуждал этот принцип в рамках "обстоятельств, оправдывающих невыполнение". Он не был уверен, насколько правильно он классифицируется как оправдание "ab extra в силу действия общей нормы международного права" или "ab intra в силу одного из условий договора, подразумеваемого в нем на основании международного права"⁶²⁰. Однако он был уверен в том, что этот принцип существует, и он сформулировал его весьма широко:

"С учетом принципа взаимности и за исключением класса [многосторонних договоров "целостного" типа ..., в которых сила обязательства существует сама по себе, является абсолютной и присущей каждому участнику, независимо от его осуществления другими], невыполнение договорного обязательства одним из участников договора будет оправдывать, пока продолжается такое невыполнение, эквивалентное и аналогичное невыполнение другим участником или другими участниками"⁶²¹.

Его комментарий был также ясным в том плане, что это положение рассматривалось как общий принцип, а не только как применимый к договорным обязательствам:

"В международном праве существует общее норма о взаимности, подразумевающая, что невыполнение одним государством своих международных обязательств в том или ином конкретном отношении либо даст другим государствам право на аналогичное невыполнение в отношении этого государства, либо, так или иначе, лишит это государство права возражать против такого аналогичного невыполнения"⁶²².

Далее в комментарии упоминается дело, касающееся толкования мирных договоров (второй этап), в котором Суд отказался применить этот принцип к договору, предусматривающему создание арбитражной комиссии; противоправный отказ одной стороны в споре назначить своего собственного члена комиссии, как считалось, помешал учреждению комиссии в целом на том основании, что

⁶²⁰ Фитцморис, четвертый доклад, Ежегодник ... 1959 год, том II, стр. 45, 46.

⁶²¹ Там же, стр. 46.

⁶²² Там же, стр. 70 (выделено в оригинале).

"нарушение договорного обязательства не может быть исправлено путем создания комиссии, не являющейся такой комиссией, которая предусмотрена в договорах"⁶²³.

Это напоминает о попытке Чехословакии в деле о проекте Габчикова-Надьмарош придумать путем "приблизительного применения" такой вариант проекта, который был бы благоприятен для нее, когда она столкнулась с противоправным отказом Венгрии приступить к его осуществлению. Суд отверг этот довод на том основании, что нарушение Венгрией Договора 1977 года не может быть исправлено путем разработки проекта, не являющегося таким проектом, который был предусмотрен в Договоре⁶²⁴.

321. Комиссия не обсуждала четвертый доклад Фитцмориса, и этот вопрос не затрагивался его преемником сэром Хамфри Уолдоком. Под его руководством масштабы Венской конвенции были сужены, дабы рассматривать международный договор как инструмент, оставив в стороне большинство вопросов о выполнении договорных обязательств. С учетом статьи 73 Венской конвенции они были отнесены к теме, касающейся ответственности государств.

322. Вопрос об *excepio* рассматривался г-ном Рифагеном в контексте контрмер. В своем пятом докладе он предложил в качестве статьи 8 части второй следующий текст:

"С учетом статей 11-13 потерпевшее государство имеет право, в порядке взаимности, приостановить выполнение своих обязательств по отношению к государству, которое совершило международно-противоправное деяние, если такие обязательства соответствуют нарушенному обязательству или непосредственно связаны с ним"⁶²⁵.

⁶²³ I.C.J. Reports 1950, at p. 229, цитируется Фитцморисом, четвертый доклад, Ежегодник ... 1959 год, том II, стр. 71.

⁶²⁴ Или, как это было сформулировано Судом:

"даже если такой принцип существовал бы, он в силу самого своего определения мог бы применяться только в рамках данного договора. По мнению Суда, вариант С не отвечает этому главнейшему условию в отношении Договора 1977 года ... Верно, что Венгрия при заключении Договора 1977 года согласилась на то, чтобы перегорудить Дунай плотиной и пустить его воды через обводный канал. Однако Венгрия дала свое согласие только в контексте совместной деятельности и совместного пользования благами от нее. Приостановление и аннулирование этого согласия явились нарушением правовых обязательств Венгрии ... однако это отнюдь не означает, что Венгрия утратила свое основное право на справедливое и разумное совместное пользование ресурсами международного водотока".

I.C.J. Reports 1997, pp. 53-54 (paras. 76, 78). В отношении так называемого "принципа приблизительного применения" см. Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, особое мнение сэра Херша Лаутерпахта, I.C.J. Reports 1956, p. 46, и обсуждение в работе Rosenne, Breach of Treaty (Cambridge, Grotius, 1984), pp. 95-101.

⁶²⁵ Рифаген, пятый доклад, Ежегодник ... 1984 год, том II, часть первая, стр. 1, а проект комментария см. Рифаген, шестой доклад, Ежегодник ... 1985 год, том II, часть первая, стр. 12. Проект статьи 11 в том виде, в каком он был предложен Рифагеном, исключал применение статьи 8 в случае обязательств, вытекающих из многосторонних договоров и (продолжение...)

В ходе прений некоторые члены Комиссии указали на "тонкое и несколько формальное различие, проводимое между [проектом статьи 8] и приостановлением выполнения договорных обязательств"⁶²⁶. Г-н Аранджо-Руис также рассматривал этот вопрос как один из аспектов контрмер, отметив при этом, что:

"Возникающая здесь проблема заключается в том, чтобы посмотреть, может ли практика оправдывать проведение различия между такими "обычными" мерами, как приостановление и прекращение действия договора, и контрмерами в целом не только по причинам чисто описательного характера, но и с учетом правового режима, подлежащего кодификации или принятию каким-либо иным образом посредством прогрессивного развития. Так же, как и вопрос о так называемых "мерах взаимности" в целом, вопросы, касающиеся этих двух "обычных" мер, - вопросы, связанные с взаимоотношениями между правом международных договоров и законами об ответственности государств, - должны будут стать предметом дальнейшего изучения, прежде чем можно будет сформулировать какие-либо проекты статей"⁶²⁷.

Комиссия решила не рассматривать меры взаимности "в качестве отдельной категории контрмер" на том основании, что они "не нуждаются в особой трактовке"⁶²⁸.

Связь между принципом *exceptio* и другими процедурами

323. Как показывает эта история, при рассмотрении вопроса о том, включать ли принцип *exceptio* в главу V, прежде всего необходимо задаться вопросом о том, не выполняется ли его функция в достаточной мере двумя другими процедурами. Первая из них - это контрмеры. Практически в силу самого определения, когда одно государство нарушает синаллагматическое обязательство, отказ другого государства выполнить это обязательство будет законной контрмерой, поскольку она вряд ли будет непропорциональной и вполне может быть самой надлежащей из всех ответных мер. С другой стороны, принцип *exceptio* имеет гораздо более ограниченное применение, чем контрмеры, не подпадает под те же ограничения и является более конкретным откликом на то или иное нарушение, не влекущем такого унижения, которое часто ассоциируется с контрмерами. Правовая система может отвергать контрмеры, самопомощь, за исключением случаев самообороны, и репрессалии, но все равно найдет какую-то роль для *exceptio*. Хотя Комиссия уже отвергла категорию взаимных контрмер по причинам, которые являются достаточно убедительными в данном контексте, это не исключает возможности принятия какого-то варианта *exceptio* в главе V части первой - возможность, которую Комиссия еще не рассматривала⁶²⁹.

⁶²⁵ (...продолжение)

затрагивающих коллективные интересы государств-участников. Проект статьи 12 представлял собой клаузулу об исключениях, в которой шла речь о *jus cogens*.

⁶²⁶ Ежегодник ... 1984 год, том II, часть вторая, стр. 126 (пункт 373).

⁶²⁷ Аранджо-Руис, третий доклад, документ A/CN.4/440, 19 июля 1991 года, пункт 35.

⁶²⁸ Доклад Комиссии международного права, Ежегодник ... 1992 год, том II, часть вторая, стр. 23 (пункт 151).

⁶²⁹ См. там же и комментарий к статье 47, пункт (1), сноска 252.

324. Вторая альтернативная процедура - это приостановление действия договора по причине нарушения. В соответствии со статьей 60(1) Венской конвенции о праве международных договоров, существенное нарушение двустороннего договора одним из его участников дает другому участнику право прекратить договор или же приостановить его действие в целом или в части. В случае многостороннего договора единственная возможность, имеющаяся в распоряжении участника, пострадавшего от существенного нарушения, заключается в том, чтобы приостановить действие договора в его отношениях с государством, нарушившим договор, поскольку прекращение - это вопрос, который должен решаться всеми участниками договора⁶³⁰. В целом Конвенция уделяет немало внимания приостановлению действия договоров, несомненно, из-за желания оставить открытой возможность возобновления договорных отношений даже после существенного нарушения⁶³¹.

325. И все-таки сохраняются различия между использованием принципа *exceptio* в качестве обстоятельства, исключающего противоправность, и приостановлением действия договора на основании статьи 60 и эквивалентного ей положения обычного права. Во-первых, статья 60 применяется только к "существенным" нарушениям, которые определяются довольно узко, в то время как *exceptio* применяется к любому нарушению договора. Во-вторых, статья 60 позволяет приостановить действие всего договора в целом или (очевидно) любого сочетания его положений, в то время как *exceptio* позволяет не выполнять лишь то же самое или тесно связанное с ним обязательство. В-третьих, *exceptio* может также более легко применяться в случае обязательств, касающихся одновременного выполнения, с учетом официальной процедуры приостановления, предусмотренной в статье 65⁶³². И наконец, статья 60, разумеется, касается лишь

⁶³⁰ См. статью 60(2)(b) и (c). Довольно строгие положения статьи 44, касающейся делимости, не применяются к приостановлению действия договора по причине нарушения: см. статью 44(2) - предположительно на том основании, что государство, которое может прекратить весь договор по причине его нарушения, может приостановить действие не всего договора в целом. Однако на практике это может приводить к несправедливым результатам, если государство захочет приостановить действие тех положений, которыми устанавливаются определенные обязательства для него, одновременно пытаясь сохранить в силе те положения, которые наделяют его правами.

⁶³¹ В деле о проекте Габчиково-Надьмарош Суд, как представляется, придерживался той точки зрения, что Венгрия приостановила действие Договора 1977 года помимо какого-либо четкого положения Венской конвенции, позволяющего ей сделать это. Он заявил:

"Суд не может принять выдвинутый Венгрией аргумент о том, что в 1989 году, приостановив и впоследствии закончив работы, за которые она все равно несла ответственность, в Надьмароше и в Дунакилти, она, тем не менее, не приостановила действие самого Договора 1977 года ..."

I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 39 (para. 48). Сам контекст предполагает, что под всем этим подразумевается, что Венгрия, по сути дела, пыталась приостановить действие Договора, несмотря на ее заявления о том, что она действовала по необходимости (т.е. на основе обстоятельств, исключающих противоправность). Согласно статье 65 Венской конвенции, приостановление (как и прекращение) является формальным актом. Несколько странно говорить о том, что государство приостанавливает действие договора, если а) оно никогда не намеревалось сделать это и б) оно по закону не имеет право сделать это.

⁶³² В отношении процедуры ссылки на обстоятельства, исключающие противоправность, см. пункт 352 ниже.

приостановления договорных обязательств, в то время как нет никаких оснований полагать, что принцип *exceptio*, как он сформулирован в мнении по делу о фабрике в Хожуве, не применяется ко всем международным обязательствам, независимо от их происхождения.

Распознаваемые формы *exceptio*

326. Таким образом, есть определенное - хотя и не полное - совпадение между принципом *exceptio* и другими обсуждавшимися доктринами, и это подкрепляет мнение о том, что - с учетом поддерживающих его авторитетных источников права и лежащего в его основе в целом здравого смысла - в какой-то форме принцип *exceptio* следовало бы признать в главе V. Однако здесь необходимо выделить как минимум две разные формы *exceptio*. Одна из них, выраженная в мнении по делу о фабрике в Хожуве⁶³³ и в статье 80 Конвенции ЮНСИТРАЛ о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года⁶³⁴, требует, чтобы была причинно-следственная связь между нарушением обязательства государством А и его невыполнением государством В. Вторая, и более широкая, касается синаллагматических или взаимозависимых обязательств, когда каждое из них рассматривается, по сути дела, как дубликат другого: об этом говорилось судьей Хадсоном в деле об отводе вод из реки Маас⁶³⁵, в статье 7.1.3 Принципов ЮНИДРУА, регулирующих международные коммерческие контракты⁶³⁶, и сэром Джералдом Фитцморисом в его докладах⁶³⁷. Позиция большинства в деле о проекте Габчиково-Надьямарош, как представляется, была опять же иной⁶³⁸, хотя она все равно отражала общий принцип права, согласно которому никакой стороне не может быть дозволено извлекать пользу из своего собственного противоправного деяния.

327. Если взглянуть вначале на более широкую, синаллагматическую концепцию *exceptio*, становится ясно, что она может быть принята в главе V только лишь со многими оговорками и ограничениями. Эти исключения касались бы, как говорил Фитцморис, многосторонних договоров "целостного" типа (т.е. в которых выполнение не обусловлено взаимностью)⁶³⁹. Она не может оправдать нарушение норм, касающихся применения силы, или, в более широком плане, нарушение *jus cogens* и не выдерживает любого явного или четко подразумеваемого исключаящего воздействия первичной нормы. Она не может никак применяться к обязательствам *erga omnes*, например, обязательствам в области прав человека, гуманитарного права или международного уголовного права, что было признано Международным Судом в деле, касающемся применения Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (контрпретензии), когда он заявил:

⁶³³ См. пункт 314 выше.

⁶³⁴ См. пункты 319 выше.

⁶³⁵ См. пункт 315 выше.

⁶³⁶ См. пункт 319 выше.

⁶³⁷ См. пункт 320 выше.

⁶³⁸ См. пункт 317 выше.

⁶³⁹ См. пункт 320 выше.

"Босния и Герцеговина правильно указала на характер *erga omnes* обязательств, вытекающих из Конвенции о геноциде, ... и стороны справедливо признали, что ни в коем случае одно нарушение Конвенции не может служить оправданием для другого нарушения"⁶⁴⁰.

Представляется, что воздействие принципа *exceptio*, даже в его более широкой форме, является строго относительным и двусторонним: по словам Рифагена, оно было бы ограничено нарушениями, которые "соотносятся или непосредственно связаны с" предшествующим нарушением другой стороной⁶⁴¹.

328. Ограниченное подобным образом изложение синаллагматической формы *exceptio*, тем не менее, вызывает трудности в плане его применения, что можно видеть из опыта Организации Объединенных Наций в деле контроля за соблюдением соглашений о прекращении огня. Эти трудности были проанализированы, например, в докладе Генерального секретаря Хаммаршельда от 1956 года, касавшемся того, в какой степени нарушения любого из ближневосточных соглашений о перемирии 1949 года могут рассматриваться как оправдание ответного нарушения другой стороной (действующей иным образом, чем в порядке непосредственной самообороны)⁶⁴². В докладе упоминается "какая-то цепь действий и противодействий на них, которая, если ее не удастся порвать, не может не создать в конце концов угрозу для мира и безопасности", и далее говорится:

"Некоторая неопределенность в отношении объема обязательств, связанных с соглашениями о перемирии, по моему мнению, способствовала этим несчастным событиям ... Каждая сторона, естественно, считает, что соблюдение ею положений Соглашения о перемирии должно быть обусловлено соблюдением этого Соглашения другой стороной ... Очевидно, поэтому, что вопрос о такой взаимности должен быть подвергнут серьезному рассмотрению в целях его полного разъяснения. В данном случае самым важным обстоятельством является следующее: в какой степени нарушение одного или нескольких других положений Соглашения о перемирии одной стороной может рассматриваться как дающее право другой стороне действовать вопреки положению о прекращении огня, которое имеется во всех соглашениях о перемирии ... Сама логика соглашений о перемирии показывает, что нарушение других статей не может быть оправданием нарушения статьи о прекращении огня. Если это не будет признано, это будет означать, что любое такое нарушение может не только аннулировать весь режим перемирия, но, фактически, поставить под угрозу соглашение о прекращении огня. Только в силу этого соображения ясно, что соблюдение

⁶⁴⁰ I.C.J. Reports 1997, p. 243, at p. 258 (para. 35). См. также более категоричные высказывания судьи Веерамантри (особое мнение), *ibid.*, at pp. 292-294. Суд далее отметил, что, тем не менее, контрпретензия в связи с геноцидом может быть подана на основании статьи 80 правил "в той мере, в какой обе стороны добиваются своими соответствующими претензиями одной и той же юридической цели, а именно установления правовой ответственности за нарушения Конвенции о геноциде": *ibid.*, at p. 258 (para. 35).

⁶⁴¹ См. пункт 322 выше.

⁶⁴² S/3596 (Официальные отчеты Совета Безопасности, одиннадцатый год, Дополнение за апрель-июнь 1956 года, стр. 30-66), цитируется по Rosenne, *Breach of Treaty* (Cambridge, Grotius, 1984), pp. 111-115.

указанной статьи может быть обусловлено только аналогичным соблюдением этой статьи другой стороной"⁶⁴³.

Таким образом, в контексте, в котором не было строгой причинно-следственной связи между одним нарушением и другим, по мнению Генерального секретаря, только нарушение обязательства о прекращении огня, конкретизированного в определенной статье, может оправдать то, что в ином случае было бы нарушением этой статьи. Действительно, вполне возможно, что на основании Устава Организации Объединенных Наций любое основополагающее право на применение силы прекращает действовать при заключении соглашения о постоянном прекращении огня и что поэтому единственным исключением из обязательства о прекращении огня является право на самооборону⁶⁴⁴.

329. Основополагающая проблема заключается в том, что широкий взгляд на концепцию *exceptio* может приводить к эскалации несоблюдения и отрицанию - в практических целях - непрерывного действия обязательства. По этим причинам Специальный докладчик твердо убежден в том, что оправдание несоблюдения синаллагматических обязательств должно регулироваться а) законом, касающимся приостановления или прекращения действия этих обязательств (чего будет достаточно для решения большинства проблем, связанных с договорными обязательствами), и б) законом, касающимся контрмер. В этом случае вопрос сводится к тому, следует ли включать в главу V более узкую форму *exceptio*, признанную Судом в деле о фабрике в Хожуве⁶⁴⁵. Есть, несомненно, аргументы в пользу этого с точки зрения как прецедента или традиции, так и обычного здравого смысла. Для облегчения прений Специальный докладчик предлагает включить в главу V положение о том, что противоправность деяния государства исключается, если то, что помешало ему действовать в соответствии с рассматриваемым обязательством, было прямым результатом предшествующего нарушения того же или связанного с ним международного обязательства другим государством⁶⁴⁶.

с) Так называемая доктрина "чистых рук"

330. И наконец, следует кратко коснуться так называемой доктрины "чистых рук", которую иногда используют как "средство защиты" или, по крайней мере, как обстоятельство, объясняющее неприемлемость иска в делах об ответственности государств - главным образом, хотя и не всегда, в рамках дипломатической защиты. Например, в своем особом мнении по делу о военной и полувоенной деятельности в Никарагуа и против нее судья Швебель использовал эту

⁶⁴³ Там же, пункты 15-18.

⁶⁴⁴ Обсуждение см. в работе J. Lobel and M. Ratner, "By-passing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-fires and the Iraqi Inspection Regime" (1990) 93 AJIL 124, at pp. 144-152, со ссылками на выпущенную ранее литературу. Для Генерального секретаря эта проблема отчасти носила юрисдикционный характер, поскольку его конкретные полномочия на Ближнем Востоке предусматривали наблюдение за соглашениями о перемирии как таковыми.

⁶⁴⁵ См. пункт 314 выше.

⁶⁴⁶ Предлагаемое положение см. в пункте 356 ниже.

доктрину в качестве вспомогательной основы для отклонения претензии Никарагуа⁶⁴⁷. Большинство судей не ссылались напрямую на этот момент.

331. Доктрина едва упоминалась в предшествующей работе Комиссии по вопросу об ответственности государств. Специальный докладчик Гарсиа Амадор коснулся ее только в связи с темой "Ошибка со стороны иностранца", которая сейчас включена в статью 42 (2) части второй в качестве основы для ограничения объема причитающегося возмещения⁶⁴⁸. В той степени, в какой доктрина "чистых рук" может иногда служить основой для отклонения иска, касающегося дипломатической защиты⁶⁴⁹, она, как представляется, используется в качестве основания для неприемлемости, а не в качестве обстоятельства, исключающего противоправность или ответственность, и ее можно оставить для рассмотрения в рамках темы дипломатической защиты.

332. Даже в контексте дипломатической защиты авторитетные источники, поддерживающие существование доктрины "чистых рук", будь то в качестве основы для приемлемости или в каком-то ином качестве, являются, по словам Салмона, "довольно старыми и не единодушными"⁶⁵⁰. Речь идет, в основном, о лицах, причастных к работоторговле и нарушению нейтралитета, и, в частности, о серии решений Смешанной комиссии, созданной Соединенными Штатами Америки и Великобританией на основании Конвенции от 8 февраля 1853 года для урегулирования претензий судовладельцев о компенсации. По мнению Салмона, в случаях, когда иск считался неприемлемым:

"Так или иначе, представляется, что все эти дела характеризуются тем, что нарушение международного права со стороны потерпевшего было единственной законной причиной ущерба, по поводу которого был представлен иск, и что причинно-следственная связь между ущербом и поведением потерпевшего была свободной от какого-либо противоправного деяния со стороны государства-ответчика. Когда же, напротив, это последнее, в свою очередь, нарушало международное право посредством репрессий против заявителя, третейские судьи никогда не объявляли требование неприемлемым"⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at pp. 392-394.

⁶⁴⁸ Yearbook ... 1958, vol. II, p. 47, at pp. 53-54.

⁶⁴⁹ Как это было в двух решениях, цитируемых судьей Швобелем, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at pp. 393-394 (para 270): т.е. the Clark claim (1865), in J.B. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party, vol. III (Buffalo, NY, William S. Hein, 1995), pp. 2738-2739, и the Pelletier claim, Foreign Relations of the United States, 1887, p. 607. Аналогичный аргумент выдвигался в деле "Барселона трэкин": см. Pleadings, vol. X, p. 11, но не обсуждался самим Судом ни на одном из этапов этого дела.

⁶⁵⁰ J.J.A. Salmon, "Des "mains propres" comme condition de recevabilité des réclamations internationales", Annuaire français de droit international, vol. 10, p. 225 (1964), at p. 249.

⁶⁵¹ Ibid., at p. 261. См. также L. Carcia Arias, "La doctrine des "clean hands" en droit international public", Annuaire de l'Association des Auditeurs et des Anciens Auditeurs de l'Académie de droit international, vol. 30 (1960), p. 18; (продолжение...)

333. Верно то, что правовые принципы, базирующиеся на основополагающем понятии добросовестности, могут играть определенную роль в международном праве. К ним относится как принцип (он лежит в основе *exceptio*), согласно которому государство не может рассчитывать на свое собственное противоправное поведение, так и принцип *ex turpi causa non oritur actio*. Такие принципы могут порождать новые правовые последствия в сфере ответственности, как это уже, по-видимому, было с первым из них в деле о проекте Габчиково-Надьямарош⁶⁵². Однако это не означает, что новые и туманные принципы, подобные доктрине "чистых рук", должны признаваться в главе V. По мнению сэра Джералда Фитцмориса:

"Государство, виновное в незаконном поведении, может быть лишено необходимого *locus standi in judicio* для подачи жалобы об аналогичных противоправных действиях со стороны других государств, особенно если они явились следствием его собственного противоправного деяния или были начаты для противодействия ему - короче, были спровоцированы им. В некоторых случаях принцип законных репрессалий устранил какой бы то ни было аспект противозаконности из такой контрмеры"⁶⁵³.

Однако глава V не касается таких процедурных вопросов, как *locus standi*, или вопроса о приемлемости претензий. И при этом важно то, что даже в приведенной выше выдержке не проводится мысль о том, что незаконное поведение потерпевшего государства (а тем более факт отсутствия у него "чистых рук") является каким-то особым обстоятельством, исключающим противоправность поведения, приведшего к ущербу этому государству.

334. По этим причинам, по мнению Специального докладчика, нет оснований для включения доктрины "чистых рук" в качестве нового "обстоятельства, исключающего противоправность", отличного от *exceptio* или от контрмер. Напротив, вывод, к которому пришел Шарль Руссо, представляется до сих пор обоснованным: "нельзя рассматривать теорию "чистых рук" как институт общего обычного права"⁶⁵⁴.

5. Процессуальные и другие случаи, связанные со ссылкой на обстоятельства, исключающие противоправность

335. Единственным положением главы V, касающимся инцидентов или последствий ссылки на какое-либо обстоятельство, исключающее противоправность, является статья 35. Этим она отличается от довольно подробно разработанных положений, содержащихся в Венской конвенции о праве международных договоров и касающихся последствий ссылки на основания для

⁶⁵¹ (...продолжение)

A. Miaja de la Muela, "Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux", in Mélanges offerts à Juraj Andrassy (The Hague, Martinus Nijhoff, 1968), p. 189.

⁶⁵² См. пункт 317 выше.

⁶⁵³ G. Fitzmaurice, "The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law", Receuil des cours ..., vol. 92 (1957-II), p. 119, цитируется судьей Швебелем, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 394 (para. 271).

⁶⁵⁴ C. Rousseau, Droit international public. Tome V. Les rapports conflictuels, 5e éd. (Paris, Sirey, 1983), para. 170.

недействительности договора, прекращения договора или приостановления его действия. Необходимо рассмотреть ряд различных вопросов, начиная с самой статьи 35.

а) Возмещение убытков в случаях, когда делается ссылка на главу V

336. Положения статьи 35 уже были изложены⁶⁵⁵. Как явствует из самого ее заголовка, статья 35 касается оговорки в отношении вопросов возможного возмещения ущерба в отдельных случаях, охватываемых главой V. Она не предоставляет каких-либо прав на возмещение, хотя в отношении двух не упомянутых в ней случаев - контрмер и самообороны - она недвусмысленно подразумевает исключение любых таких прав.

337. Краткий комментарий к статье 35 показывает, что вопрос об оговорке в отношении ущерба впервые возник в 1979 году при обсуждении статьи 31, касающейся форс-мажора. Поскольку такая оговорка имела отношение к другим положениям главы V, она была отложена и вновь рассмотрена лишь в 1980 году. Хотя возможность возмещения доказывалась "особенно" настойчиво в связи с состоянием необходимости⁶⁵⁶, статья 35 была в конечном итоге включена как "оговорка, сформулированная в самых общих терминах", применимая ко всем обстоятельствам, перечисленным в главе V, за исключением самообороны и контрмер⁶⁵⁷. Но при этом было подчеркнуто, что включение статьи 35 "не предпрещает ни одного из принципиальных вопросов, которые могут возникнуть в связи с этим вопросом либо по поводу обязательства возмещения ущерба, которое будет рассмотрено в рамках второй части проекта", либо по поводу места этой статьи⁶⁵⁸. Ни в комментарии, ни в ходе прений, последовавших за выдвижением Редакционным комитетом предложения по статье 35, никак не обсуждалась ни государственная практика, ни доктрина по этому вопросу⁶⁵⁹.

Комментарии правительств к статье 35

338. Австрия предлагает переработать статью 35, с тем чтобы избежать возможности снижения действенности главы V в целом. Эта возможность должна возникать только тогда, когда международное право самостоятельно предусматривает основание для компенсации⁶⁶⁰. Франция идет еще дальше, предлагая исключить статью 35 на том основании, что она "предусматривает ответственность без вины"⁶⁶¹. Германия, по-видимому, предполагает, что компенсация должна

⁶⁵⁵ См. пункт 303 выше.

⁶⁵⁶ Комментарий к статье 35, пункт (3).

⁶⁵⁷ Там же, пункт (4).

⁶⁵⁸ Там же.

⁶⁵⁹ Тем не менее в отношении случая, когда компенсация была присуждена, хотя противоправность поведения была исключена, см. дело о "Компани Женераль де л'Оренок", UNRIAA, vol. X, p. 280 (1905), цитируемое в комментарии к статье 33, пункт (17).

⁶⁶⁰ A/CN.4/488, стр. 97.

⁶⁶¹ Там же.

быть ограничена случаем необходимости согласно статье 33⁶⁶². Соединенное Королевство приветствует статью 35, применимую к случаям (таким, как необходимость), когда обстоятельство, исключаящее противоправность, действует скорее как освобождение от обязательства, чем как оправдание⁶⁶³. Япония также поддерживает этот принцип, но предлагает употреблять какой-то другой термин, а не "возмещение", который связан с одним из аспектов репарации за противоправные деяния согласно части второй⁶⁶⁴.

Есть ли место для принципа возмещения убытков, когда обстоятельства исключают противоправность?

339. В комментарии излагается весьма осторожная позиция в отношении статьи 35, которая рассматривается как просто клаузула "без ущерба". Отчасти это могло объясняться надеждами на то, что данный вопрос будет рассмотрен в части второй, но этого не произошло. Однако, как указывает Япония, статья 35 не касается возмещения в рамках компенсации за противоправное поведение, что является темой части второй. Скорее она касается вопроса о том, следует ли все-таки ожидать от государства, ссылающегося на обстоятельство, исключаящее противоправность компенсации любых фактических убытков, понесенных любым другим государством, непосредственно затрагиваемым таким действием. В принципе, это - вполне правильное условие для того, чтобы позволить первому государству использовать обстоятельство, исключаящее противоправность. Этот аспект не имеет никакого отношения к общему вопросу о том, может ли государство быть "ответственным" за вред, причиненный законными действиями, наносящими ущерб другим государствам, что было предметом рассмотрения в рамках отдельной темы. Согласно вторичным нормам об ответственности, о которых как раз и идет речь в настоящем проекте статей, от государства обычно будет требоваться выплатить полное возмещение потерпевшему государству за поведение, которое (по смыслу статьи 16) не соответствует его международным обязательствам⁶⁶⁵. Если в проекте статей определяются обстоятельства, в которых предположительно потерпевшее государство не имеет на это права, вполне правильно то, что в проекте это делается с учетом оговорки, согласно которой любые фактические убытки, понесенные этим государством, за которые оно само не несет ответственности, должны покрываться государством, делающим ссылку. Формально это входит в сферу действия вторичных норм об ответственности, поскольку это связано с ситуацией, в которой ответственность государства *prima facie* возникает по смыслу проекта статей, однако сам проект статей далее четко исключает такую ответственность⁶⁶⁶. По сути дела, аргументом в пользу такого условия является то, что без него государство, чье поведение было бы в ином случае незаконным, сможет переложить бремя отстаивания своих собственных интересов или нужд на невинное третье государство.

340. С этим согласилась Венгрия, приводя аргумент о необходимости в деле о проекте Габчиково-Надьямарош. Со стороны Венгрии было бы несправедливо попытаться навязать Чехословакии все расходы в связи с аннулированием совместного проекта, когда аннулирование

⁶⁶² Там же.

⁶⁶³ Там же.

⁶⁶⁴ A/CN.4/492, стр. 15.

⁶⁶⁵ См. пункт 14 выше.

⁶⁶⁶ См. решение Международного Суда по делу о проекте Габчиково-Надьямарош, цитируемое в пункте 226 выше.

произошло по причинам, которые нельзя было вменить в вину Чехословакии (или, по крайней мере, только ей). Как было отмечено Судом,

"Венгрия явно признала, что в любом случае такое состояние необходимости не освобождало бы ее от обязанности выплатить возмещение ее партнеру"⁶⁶⁷.

Поскольку аргумент о необходимости был отклонен на других основаниях, решение о точном объеме такого возмещения в обстоятельствах данного дела не было принято⁶⁶⁸.

К каким из перечисленных в главе V обстоятельствам должна применяться статья 35?

341. По этим причинам нет никаких *a priori* оснований для исключения статьи 35 из проекта статей. Если ее сохранение означает, что по крайней мере отдельные из перечисленных в главе V обстоятельств являются обстоятельствами, исключающими ответственность, а не противоправность, то это также входит в сферу действия вторичных норм об ответственности, точно так же, как если бы они рассматривались как обстоятельства, смягчающие ответственность⁶⁶⁹. Таким образом, вопрос сводится к определению того, какие из рассматриваемых в главе V обстоятельств приводят - или могут привести - к возможности возмещения фактически понесенных убытков и как следует сформулировать статью 35.

342. Совершенно ясно, что статья 35 не должна применяться к самообороне или контрмерам, поскольку эти обстоятельства зависят от предшествующего противоправного поведения "целевого" государства и связаны с таким поведением и поскольку нет оснований для выплаты ему возмещения за последствия его собственного противоправного поведения. Если бы согласие было сохранено как обстоятельство, исключающее противоправность, его также следовало бы исключить из сферы действия статьи 35. Государство, чье согласие является основой для поведения другого государства (например, пролет над территорией или оккупация им территории), имеет, разумеется, право обусловить свое согласие выплатой какого-то сбора или арендной платы, либо возмещением причиненного вреда: этот вопрос должен решаться в ходе переговоров, когда дается согласие. Однако в силу приведенных выше причин в главе V нет места для статьи 29⁶⁷⁰.

343. Таким образом, остается три обстоятельства (форс-мажор, бедствие, необходимость), которые, в принципе, не зависят от поведения или воли предположительно потерпевшего государства. Что касается форс-мажора, то он определяется как происшествие, вызванное "непреодолимой силой или не поддающимся контролю государства непредвиденным внешним событием, которая/которое сделала/ сделало для государства материально невозможным действовать в соответствии с указанным обязательством"; более того, делающее ссылку государство не должно было содействовать своим собственным противоправным поведением возникновению ситуации форс-мажора и не должно было брать на себя риск возникновения форс-мажорного события⁶⁷¹. В

⁶⁶⁷ I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 39 (para. 48).

⁶⁶⁸ Здесь возникает отдельный вопрос, а именно вопрос об ответственности за накопленные издержки и ущерб: см. I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 81 (paras. 152-153).

⁶⁶⁹ См. пункт 228 выше.

⁶⁷⁰ См. пункт 241 выше.

⁶⁷¹ См. пункты 261-263 выше, а в отношении положений статьи 31 - пункт 356 ниже.

этих обстоятельствах не видится причин требовать, чтобы делающее ссылку государство приняло какое-то особое обязательство в отношении возмещения. Обстоятельства, не поддающиеся его контролю, сделали для него материально невозможным выполнить обязательство, и оно не брало на себя исключительную ответственность за их возникновение⁶⁷². С другой стороны, как уже отмечалось выше, есть весомые доводы в пользу возмещения фактических убытков в случаях, когда государство ссылается на необходимость, при том, по крайней мере, условии, что другое государство своим собственным невыполнением или своей небрежностью не вызвало ситуацию необходимости.

344. Что же касается бедствия, то, по мнению Специального докладчика, это положение ближе к аргументу о необходимости, чем к форс-мажору. В качестве примера можно взять судно, терпящее бедствие по причине погодных условий и уже поврежденное, которое заходит в иностранный порт для того, чтобы спасти жизнь своего экипажа. Почему же нельзя требовать, чтобы судно заплатило за вред, причиненный портовым установкам (например, в результате утечки жидкого топлива из пробитого топливного бака)? Требование о том, чтобы оно делало это, может содействовать ссылке на бедствие в качестве основы для спасения жизни, что должно отвечать интересам всех.

345. Что касается двух других обстоятельств, которые предлагается добавить в главу V, есть соображение насчет того, что ни одно из них не следует упоминать в статье 35. Соблюдение императивных норм отвечает общим интересам и нуждам всех государств в международном сообществе, и нет никаких оснований требовать от одного государства выплатить какому-то другому государству возмещение за требования, связанные с выполнением этой общей обязанности. Что же касается принципа *exceptio*, то, как и контрмеры, это зависит от противоправного поведения "целевого" государства, и здесь нет доводов в пользу контрмер. По этим причинам Специальный докладчик ограничил бы масштабы статьи 35 бедствием и необходимостью.

Вопросы формулировки: право или простая оговорка?

346. Остался один вопрос: если брать бедствие и необходимость, то следует ли сформулировать статью 35 как позитивное право или как оговорку? Однако в отношении первого варианта возникают определенные трудности, поскольку диапазон случаев является весьма широким, а практика - незначительной. С учетом всего этого предлагается сохранить формулу клаузулы об исключениях, но при этом усилить в определенной степени формулировку, с тем чтобы четко указать на то, что от невиновного третьего государства нельзя ожидать того, что оно будет в одиночку нести любые фактические убытки, вызванные ссылкой на бедствие или необходимость.

Выводы по статье 35

347. По вышеуказанным причинам статью 35 следует сохранить в отношении бедствия и необходимости. Ссылка на эти обстоятельства должна делаться "без ущерба ... для вопроса о

⁶⁷² Когда форс-мажор является результатом принуждения со стороны третьего государства, это государство может быть ответственным за последствия, причиненные предположительно потерпевшему государству: см. настоящий доклад, A/CN.4/498/Add.1, пункт 202. Что же касается выбора между делающим ссылку государством и третьим государством, то, несомненно, последнее должно нести ответственность.

финансовой компенсации за любой фактический вред или убытки, причиненные" деянием делающего ссылку государства⁶⁷³.

b) Временное действие ссылки на обстоятельства, исключющие противоправность

348. Комментарий к проектам различных статей в главе V четко указывает на то, что они исключают противоправность (и, таким образом, ответственность) только на тот период времени, в течение которого рассматриваемые обстоятельства продолжают существовать и удовлетворять условиям, установленным для ссылки на них. Тот же принцип был подтвержден Трибуналом в деле о судне "Рэйнбоу Уорриор" и Международным Судом в деле о проекте Габчиково-Надьямарош⁶⁷⁴. Хотя это положение, возможно, имплицитно присутствовало в главе V при ее принятии в первом чтении, важно, чтобы оно было изложено абсолютно четко. Разумеется, могут быть случаи, когда конкретные обстоятельства, исключющие противоправность, являются одновременно достаточной основой для прекращения действия основополагающего обязательства (например, нарушение договора, оправдывающее контрмеры, может быть "существенным" по смыслу статьи 60 Венской конвенции 1969 года и может позволить прекратить действие договора). С другой стороны, обязательство может быть в полной мере восстановлено или его действие, в принципе, в полной мере возобновлено, но при этом может потребоваться урегулировать варианты возобновления выполнения обязательства. Это не те вопросы, которые могут или должны решаться в проекте статей, однако, по меньшей мере, следует предусмотреть, что ссылка на обстоятельства, исключющие противоправность, делается без ущерба для "прекращения любого деяния, не соответствующего обязательству, о котором идет речь, и последующего соблюдения этого обязательства, если - и в той мере, в какой - обстоятельство, исключющее противоправность, более не существует"⁶⁷⁵.

c) Бремя доказывания

349. В принципе, ответственность государства не должна презюмироваться, и бремя установления такой ответственности лежит на государстве, которое доказывает ее⁶⁷⁶. Однако, когда поведение, противоречащее международному обязательству государства, присваивается этому государству и оно хочет уйти от своей ответственности, ссылаясь на определенное обстоятельство согласно главе V, положение меняется и бремя оправдания своего поведения или освобождения от ответственности за него ложится на это государство. Кроме того, часто могут возникать случаи, когда только делающее ссылку государство в полной мере осознает обстоятельства дела. Представляется, что этот результат в полной мере обеспечивается за счет существующей формулировки главы V и что никакого дополнительного положения не требуется.

d) Утрата права ссылаться на ответственность

350. Высказывалась мысль о том, что в проекте статей следует охватить вопрос об утрате права ссылаться на ответственность, по аналогии со статьей 45 Венской конвенции о праве

⁶⁷³ См. пункт 356 ниже.

⁶⁷⁴ См. пункт 224 выше.

⁶⁷⁵ См. пункт 356 ниже.

⁶⁷⁶ Как было сказано арбитром Губером в деле о претензиях испанской зоне Марокко, "международная ответственность государства не презюмируется"; см. UNRIIA, vol. II, p. 615.

международных договоров, которая озаглавлена "Утрата права ссылаться на основание недействительности или прекращения договора, выхода из него или приостановления его действия". Целый ряд предпринимавшихся ранее попыток кодификации касался элементов, которые вполне уместно рассматривать под этой рубрикой, в частности "согласие с невыполнением другим участником или другими участниками"⁶⁷⁷. С другой стороны, этот вопрос возникает только в том случае, если ответственность уже возможна, т.е. если все условия для возникновения международной ответственности государства удовлетворены. Таким образом, этот вопрос полностью относится к части второй проекта статей и будет обсужден в этих рамках.

е) Урегулирование споров в связи с обстоятельствами, исключаящими противоправность

351. Поскольку действие обстоятельств, рассматриваемых в главе V, заключается в том, чтобы исключить ответственность, которая в ином случае существовала бы по отношению к какому-то другому государству или государствам, здесь естественно возникает вопрос об урегулировании споров. Отражением этого является, например, связь, которая уже существует в части второй между контрмерами и урегулированием споров, а также связь, которую государства, участвовавшие в Венской конференции о праве международных договоров, настойчиво требовали установить между ссылкой на *jus cogens* по статьям 53 и 64 и урегулированием споров⁶⁷⁸.

352. Верно то, что вопрос об урегулировании споров, как правило, возникает в связи с проектом статей в целом, и особенно частью третьей. Однако, независимо от того, к какому выводу можно прийти в отношении части третьей, в связи с главой V возникает процедурный вопрос по аналогии со статьей 65 Венской конвенции о праве международных договоров. Если государство хочет использовать обстоятельство, исключаящее противоправность, т.е. освободиться от ответственности за то, что в ином случае было бы нарушением международного права, оно должно как минимум быстро уведомить другое государство или государства об этом факте и о последствиях с точки зрения выполнения им обязательства. Затем перед соответствующими государствами встанет задача попытаться урегулировать все возникающие вопросы с помощью процедур, предусмотренных в Уставе Организации Объединенных Наций, в частности в статье 33. К этой проблеме необходимо будет вернуться в контексте части третьей проекта статей, однако, по крайней мере пока, следует включить какое-то положение на этот счет в главу V⁶⁷⁹.

6. Выводы в отношении главы V

353. В самом начале настоящего обсуждения главы V было отмечено, что рассматриваемые в ней обстоятельства, по-видимому, распадаются на несколько категорий и что по крайней мере в отношении некоторых из них может оказаться более правильным говорить об обстоятельствах, исключаящих ответственность, а не противоправность⁶⁸⁰. По крайней мере в отношении форс-мажора, бедствия и необходимости альтернативная формулировка для целей главы V могла бы предусматривать, что "государство не несет ответственности за невыполнение им международного

⁶⁷⁷ Фитцморис, четвертый доклад, Ежегодник ... 1959 год, том II, стр. 44, 63.
См. пункты 215 и 237 выше.

⁶⁷⁸ См. также решение Арбитражного трибунала по делу о судне "Рэйнбоу Уорриор", пункт 269 выше.

⁶⁷⁹ Текст предлагаемого положения см. в пункте 356 ниже.

⁶⁸⁰ См. пункты 221-229 выше.

обязательства, если это невыполнение объясняется" одним из таких обстоятельств. Она может отличаться от формулировки в случае самообороны и, возможно, контрмер, где можно сказать, что обстоятельство исключает противоправность (и, следовательно, саму идею "невыполнения"). Коллидирующие требования императивной нормы и принцип *exceptio* в предложенной узкой формулировке, несомненно, также попадают во вторую категорию. Однако в целом Специальный докладчик не убежден в том, что следует проводить строгое разграничение между обстоятельствами, охватываемыми главой V. На самом деле, существует целый диапазон случаев, и четкий пример бедствия или даже необходимости может быть более убедительным в качестве обстоятельства, исключаящего противоправность, чем маргинальный случай самообороны. Представляется достаточным рассматривать все эти обстоятельства в рамках существующей общей рубрики главы V, проводя между ними конкретные предложенные различия и делая предложенные оговорки.

354. Второй вопрос, оставшийся открытым после обсуждения статьи 16, касается взаимосвязи между этой статьей и главой V⁶⁸¹. Было бы неэлегантно - и, к тому же, это означало бы уделение слишком большого внимания вопросу об освобождении от ответственности за невыполнение - ставить статью 16 (и *a fortiori* статьи 1 или 3) явно в зависимость от главы V. Статьи 1 и 3 являются по своему характеру изложением принципа, так же, как и статья 26 Венской конвенции о праве международных договоров (*pacta sunt servanda*), и в контексте проекта статей в целом нет необходимости в том, чтобы они содержали в себе какие-то дальнейшие оговорки. Фраза "по международному праву", предложенная Францией для включения в статью 16, является достаточной оговоркой для целей этой статьи⁶⁸². Франция также предложила поместить главу V в виде одной единственной статьи в главу III⁶⁸³. Сводить главу V в одну статью нежелательно, но вполне можно сделать нынешние главы III, IV и V подразделами одной главы, касающейся нарушения международного обязательства. Редакционному комитету можно подумывать над этой возможностью.

355. И наконец, возникает вопрос о порядке размещения различных обстоятельств, включенных в главу V. Первоначальный порядок был следующим: согласие, контрмеры, форс-мажор, бедствие, необходимость и самооборона (этот порядок, возможно, отчасти объясняется исторической связью между самообороной и необходимостью⁶⁸⁴). Однако в соответствии с современным международным правом самооборона имеет больше общего с контрмерами, чем с необходимостью, и должна быть сгруппирована с ними. Это же касается и принципа *exceptio inadimpleti contractus*, который также является реакцией на незаконное поведение государства, в отношении которого делается ссылка на обстоятельство. В целом представляется целесообразным разместить обстоятельства, которые сейчас охватываются главой V, в две подгруппы: во-первых, соблюдение императивной нормы, самооборона, контрмеры и принцип *exceptio*; затем идут форс-мажор, бедствие и необходимость, а после них - вспомогательные положения, обсуждавшиеся выше.

356. С учетом приведенных выше причин Специальный докладчик предлагает включить в главу V следующие статьи. В примечаниях, сопровождающих каждую статью, очень кратко разъясняются предлагаемые изменения.

⁶⁸¹ См. пункт 14 выше.

⁶⁸² См. пункты 8 и 14 выше.

⁶⁸³ См. пункт 216 выше.

⁶⁸⁴ См. обсуждение дела "Каролина", пункт 278 выше.

ГЛАВА V

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ ПРОТИВОПРАВНОСТЬ

Статья 29

Согласие

Примечание. Бывшая статья 29 касалась законно данного согласия в качестве обстоятельства, исключающего противоправность. Во многих случаях согласие государства, данное до совершения деяния, является достаточным для легализации деяния в международном праве, как, например, согласие на пролет над территорией и т.д. В других случаях согласие, данное после события, может быть равнозначно отказу от ответственности, но не препятствует возникновению ответственности во время совершения деяния. Таким образом, либо согласие является частью определяющих элементов противоправного деяния, либо оно уместно с точки зрения утраты права ссылаться на ответственность. Ни в том, ни в другом случае оно не является обстоятельством, исключающим противоправность, и поэтому статья 29 была исключена. См. также пункты 235-241 выше.

Статья 29 бис

Соблюдение императивной нормы (jus cogens)

Противоправность деяния государства, не соответствующего международному обязательству этого государства, исключается, если это деяние требуется в данных обстоятельствах в силу императивной нормы общего международного права.

Примечания. 1. Точно так же, как императивная норма международного права делает недействительным несогласующийся договор, она должна приводить к освобождению от ответственности за несоблюдение обязательства в тех редких - но, тем не менее, возможных - обстоятельствах, когда международное обязательство, не являющееся императивным по своему характеру, отменяется обязательством, являющимся императивным. Например, нельзя ссылаться на право транзита и прохода через территорию, если непосредственной целью осуществления этого права является незаконное нападение на территорию третьего государства. См. пункты 306-313 выше.

2. Императивные нормы общего международного права определяются в статье 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года как нормы, отклонение от которых недопустимо и которые могут быть изменены только последующими нормами, носящими такой же характер. Не представляется необходимым повторять это определение в статье 29 бис.

3. Статья 29 бис применяется только тогда, когда коллизия между императивной нормой и каким-то другим обязательством является явной и прямой в возникших обстоятельствах. Деяние, которое в ином случае является противоправным, должно конкретно требоваться императивной нормой в обстоятельствах дела, так чтобы у соответствующего государства не оставалось никакого иного выбора средств и никакой возможности соблюдения обоих обязательств.

4. Вопрос об урегулировании споров в связи со статьей 29 бис будет рассмотрен в контексте части третьей проекта статей.

Статья 29 тер

Самооборона

1. Противоправность деяния государства, не соответствующего международному обязательству этого государства, исключается, если это деяние является законной мерой самообороны, принятой в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций.

2. Пункт 1 не применяется к международным обязательствам, выраженным так, чтобы быть - или предназначенным для того, чтобы быть - обязательствами полной сдержанности даже для государств, участвующих в вооруженном конфликте или действующих в порядке самообороны, в частности к обязательствам гуманитарного характера, связанным с защитой людей в период вооруженного конфликта или общенационального чрезвычайного положения.

Примечания. 1. Пункт 1 ничем не отличается от пункта, принятого в предварительном порядке при первом чтении.

2. Пункт 2 добавлен для того, чтобы провести различие между обязательствами, связывающими даже государства, действующие в порядке самообороны (особенно в сфере международного гуманитарного права), и обязательствами, которые - хотя они и могут быть уместными соображениями при применении критериев необходимости и пропорциональности, которые являются частью законов самообороны, - не являются обязательствами "полной сдержанности". Формулировка пункта 2 использует формулировку консультативного заключения Международного Суда относительно применения ядерного оружия или угрозы его применения (I.C.J. Reports 1996, at p. 242 (para. 30)). Дополнительная фраза, конкретизирующая обязательства гуманитарного характера, взята из статьи 60 Венской конвенции о праве международных договоров и предназначена для того, чтобы выделить в качестве примера самую важную категорию этих обязательств полной сдержанности. См. пункты 296-302 выше.

3. Место этой статьи изменено, с тем чтобы приблизить ее к статьям 29 бис и 30 и подчеркнуть важность "неотъемлемого права" на самооборону в системе Устава Организации Объединенных Наций.

Статья 30

Контрмеры в отношении международно-противоправного деяния

[Противоправность деяния государства, не соответствующего обязательству этого государства в отношении другого государства, исключается, если это деяние является закономерной в соответствии с международным правом мерой в отношении этого другого государства, вызванной его международно-противоправным деянием.]

Примечание. Закономерные контрмеры исключают противоправность поведения, о котором идет речь, в отношении государства, чье противоправное поведение вызвало контрмеры. Однако формулировка статьи 30 зависит от тех решений, которые будут приняты при втором чтении в отношении включения и их формулировок статей в части второй, в которой подробно рассматриваются контрмеры. Статья 30 остается в квадратных скобках вплоть до рассмотрения вопроса о контрмерах в целом.

Статья 30 бис

Несоблюдение, вызванное предшествующим несоблюдением другим государством

Противоправность деяния государства, не соответствующего международному обязательству этого государства, исключается, если то, что помешало ему действовать в соответствии с таким обязательством, было прямым результатом предшествующего нарушения того же или связанного с ним международного обязательства другим государством.

Примечания. 1. В статье 30 бис находит отражение принцип, выраженный в формуле *exceptio inadimplenti non est adimplendum* (или, в случае договорных обязательств, *exceptio inadimplenti contractus*). Она имеет определенное отношение к контрмерам в том плане, что более позднее деяние (в ином случае - противоправное) государства А обусловлено предшествующим противоправным деянием государства В и является реакцией на него. Однако в случае *exceptio* связь между этими двумя деяниями является непосредственной и прямой. Как было отмечено Постоянной Палатой в деле о фабрике в Хожуве, этот принцип применяется только тогда, когда одно государство своим незаконным деянием фактически помешало другому государству выполнить его часть сделки, т.е. выполнить то же самое или связанное с ним обязательство. Иными словами, здесь существует прямая причинно-следственная связь, и речь отнюдь не идет о том, что одно нарушение провоцирует другое посредством репрессалии или возмездия. Например, когда государство А, не закончившее свою долю совместных работ, заставляет государство В отстать от согласованного графика, государство А не может жаловаться на задержку со стороны второго государства, поскольку в этом случае оно, по сути дела, пыталось бы воспользоваться своим собственным противоправным деянием. См. пункты 314-329 выше.

2. Из-за этой прямой причинно-следственной связи между двумя деяниями нет необходимости включать различные ограничения в отношении законных контрмер, которые применяются согласно части второй проекта статей, принятой при первом чтении. Этот принцип - весьма узкий, и он имеет свои собственные "встроенные" ограничения. В частности, он применяется только в том случае, если установлено предшествующее нарушение, если оно увязано причинно-следственной связью с более поздним деянием и если нарушения касаются одних и тех же или связанных друг с другом обязательств. С этой целью обязательство должно быть связано либо текстуально (как часть одного и того же документа), либо в силу того, что оно касается того же предмета или той же конкретной ситуации. См. пункт 326 выше.

3. Рассматривался вопрос о включении в статью 30 бис несколько более широкой ситуации, связанной с синаллагматическими обязательствами, т.е. обязательствами (обычно содержащимися в договоре) такого характера, что дальнейшее соблюдение обязательства одним государством становится обусловленным аналогичным соблюдением другим государством. В таком случае нет никакой прямой причинно-следственной связи между невыполнением государством А и невыполнением государством В. Государство В все равно может выполнять обязательство, однако это противоречило бы ожиданиям, лежащим в основе соглашения. Примером может быть соглашение о прекращении огня либо соглашение об обмене пленными или о взаимном уничтожении оружия. Вместе с тем считается, что эта ситуация в достаточной мере охвачена сочетанием других норм, касающихся толкования договора, применения контрмер и возможности приостановления или даже прекращения договора по причине его нарушения. См. пункты 327-329 выше.

Статья 31

Форс-мажор

1. Противоправность деяния государства, не соответствующего международному обязательству этого государства, исключается, если это деяние вызвано форс-мажором. Для целей настоящей статьи форс-мажор означает происшествие, вызванное непреодолимой силой или не поддающимся контролю государства непредвиденным внешним событием, которая/которое сделала/сделало материально невозможным в данных обстоятельствах выполнить обязательство.

2. Пункт 1 не применяется:

а) если возникновение форс-мажора является результатом - либо самостоятельно, либо в сочетании с другими факторами - противоправного поведения ссылающегося на него государства; или

б) если государство посредством обязательства взяло на себя ответственность за такое возникновение.

Примечания. 1. Статья 31 первоначально была озаглавлена "Форс-мажор и непредвиденный случай", однако отнюдь не все непредвиденные случаи квалифицируются как освобождающие от ответственности, в то время как форс-мажор, как он определен, в достаточной мере охватывает эту сферу. Заголовок статьи 31 был соответствующим образом упрощен без какого-либо ущерба для содержания самой статьи.

2. В своем первоначальном виде пункт 1 также охватывал случаи форс-мажора, которые делали невозможным для государства "понять, что его поведение не соответствует" обязательству. Это добавляло вызывающий путаницу субъективный элемент и, как представляется, противоречило принципу, согласно которому незнание в отношении противоправности (т.е. незнание закона) не является оправданием. Эти слова были добавлены для охвата таких случаев, как непредвиденная поломка навигационного оборудования, в результате которой самолет вторгается в пределы воздушного пространства другого государства. Слова "в данных обстоятельствах" предназначены для того, чтобы охватить именно эту ситуацию без необходимости ссылаться на понимание противоправности. См. пункт 260 выше.

3. Пункт 2 в том виде, в каком он был принят при первом чтении, предусматривал, что ссылка на форс-мажор "не применяется, если государство, о котором идет речь, содействовало возникновению ситуации материальной невозможности". Однако форс-мажор определяется достаточно узко в пункте 1, и это дополнительное ограничение, как представляется, заходит слишком далеко в плане ограничения ссылки на форс-мажор. Согласно параллельному основанию для прекращения договора, содержащемуся в статье 61 Венской конвенции о праве международных договоров, на материальную невозможность можно ссылаться, "если эта невозможность является результатом нарушения этим участником либо обязательства по договору, либо иного международного обязательства, взятого им на себя по отношению к любому другому участнику договора". По аналогии с этим положением в пункте 2(а) исключается ссылка на форс-мажор в случае, когда государство вызвало ситуацию или содействовало ее возникновению вследствие своего собственного противоправного поведения. См. пункт 261 выше.

4. Кроме того, вполне возможно, что посредством обязательства, о котором идет речь, государства взяли на себя ответственность за то или иное конкретное проявление форс-мажора. Пункт 2(б) исключает ссылку на форс-мажор в таких случаях. См. пункт 262 выше.

Статья 32

Бедствие

1. Противоправность деяния государства, не соответствующего международному обязательству этого государства, исключается, если исполнитель деяния, о котором идет речь, разумно полагал, что в ситуации бедствия не было иного пути спасти его жизнь собственную жизнь или жизнь других вверенных ему лиц.

2. Пункт 1 не применяется:

а) если ситуация бедствия является результатом - либо самостоятельно, либо в сочетании с другими факторами - противоправного поведения ссылающегося на него государства; или

б) если поведение, о котором идет речь, могло вызвать сравнимое или более тяжкое бедствие.

Примечания. 1. Эта статья по своей сути не отличается от той, которая была предложена при первом чтении. Однако некоторые изменения все-таки были сделаны. Во-первых, государственный агент, о действиях которого идет речь, должен был разумно считать - на основе информации, которая имелась или должна была бы иметься в его распоряжении, - что жизнь находится под угрозой. Ранее существовавший стандарт был абсолютно объективным, однако в случаях подлинного бедствия, как правило, не будет времени для проведения медицинских или иных исследований, которые оправдывали бы применение объективного стандарта.

2. Во-вторых, параллельно с предложенной статьей 31(2)(а) предлагается и новый вариант статьи 32(2)(а), причем, по сути дела, в силу тех же причин. Часто будут возникать случаи, когда государство, ссылающееся на бедствие, "содействовало", пусть даже косвенно, этой ситуации, однако представляется необходимым исключить его ссылку на бедствие только в том случае, если это государство способствовало возникновению ситуации бедствия посредством поведения, которое на самом деле является противоправным.

3. В-третьих, требование о том, чтобы бедствие было "крайним", было снято. Не совсем ясно, что оно добавляет к другим требованиям статьи 32. См. пункты 271-274 выше.

Статья 33

Состояние необходимости

1. Государство не может ссылаться на необходимость как на основание для исключения противоправности деяния не соответствующего международному обязательству этого государства, за исключением тех случаев, когда:

а) это деяние является единственным средством защиты существенного интереса этого государства от тяжкой и неминуемой угрозы; и

б) это деяние не наносит серьезного ущерба:

- i) существенному интересу государства, в отношении которого существовало указанное обязательство; или
 - ii) если обязательство было установлено для защиты каких-то взаимных или общих интересов, этим интересам.
2. В любом случае государство не может ссылаться на необходимость как на основание для исключения противоправности:
- a) если международное обязательство, о котором идет речь, проистекает из императивной нормы общего международного права; или
 - b) если международное обязательство, о котором идет речь, прямо или косвенно исключает возможность ссылки на необходимость; или
 - c) если государство, ссылающееся на необходимость, материально способствовало возникновению состояния необходимости.

Примечания. 1. Статья 33 соответствует тексту, принятому при первом чтении, с некоторыми редакционными поправками. В большинстве случаев они являются незначительными по своему характеру. Например, как и другие статьи в главе V, статья 33 должна быть выражена в настоящем времени, и нет необходимости ссылаться на "состояние необходимости" в этом тексте, поскольку термина "необходимость" вполне достаточно.

2. Следует отметить три изменения. Во-первых, пункт 1(b) был переработан, с тем чтобы четко указать на то, что в тех случаях, когда обязательство устанавливается в общих интересах (например, обязательство erga omnes), речь идет об этих самых интересах. Во-вторых, пункт 2(b) более не ограничивается договорными обязательствами. В-третьих, в пункте 2(c) используется фраза "материально способствовало", поскольку по природе вещей делающее ссылку государство, вполне возможно, в каком-то смысле способствовало ситуации, и вопрос заключается в том, были ли его действия в достаточной мере существенными, чтобы вообще лишить его права ссылаться на необходимость. См. пункты 290 и 291 выше.

Статья 34

Самооборона

Примечание. См. нынешнюю статью 29 тер.

Статья 34 бис

Процедура ссылки на обстоятельство, исключаящее противоправность

1. Государство, ссылающееся на обстоятельство, исключаящее противоправность, в соответствии с настоящей главой, должно настолько быстро, насколько это возможно после того, как оно обратило внимание на это обстоятельство, уведомить другое соответствующее государство или государства в письменном виде об обстоятельстве и о его последствиях для выполнения обязательства.

[2. Если возникает спор в отношении наличия обстоятельства или его последствий для выполнения обязательства, участники пытаются урегулировать этот спор:

а) в случае, связанном со статьей 29 бис, с помощью процедур, имеющих в их распоряжении на основании Устава Организации Объединенных Наций;

б) в любом другом случае, в соответствии с частью третьей.]

Примечание. Глава V в том виде, в каком она была принята при первом чтении, не содержала никакого положения о процедуре ссылки на обстоятельства, исключаящие противоправность, или процедуры урегулирования споров. Последний вопрос будет обсуждаться в связи с частью третьей проекта статей, и пункт 3 статьи 34 бис включен pro memoria в ожидании дальнейшего обсуждения вопросов, касающихся урегулирования споров. Однако, если государство желает сослаться на обстоятельство, исключающее противоправность, вполне разумно то, что оно должно уведомить другое соответствующее государство или государства об этом факте и о причинах этого, что и предусматривается в пункте 1. См. пункты 351 и 352 выше.

Статья 35

Последствия ссылки на обстоятельство, исключаящее противоправность

Ссылка на обстоятельство, исключаящее противоправность, в соответствии с настоящей главой делается без ущерба:

а) для прекращения любого деяния, не соответствующего обязательству, о котором идет речь, и последующего соблюдения этого обязательства, если - и в той мере, в какой - обстоятельство, исключаящее противоправность, более не существует;

б) в случае статей 32 и 33, для вопроса о финансовой компенсации за любой фактический вред или убытки, причиненные таким деянием.

Примечания. 1. В статье 35, принятой при первом чтении, содержалась оговорка в отношении возмещения ущерба, связанного с четырьмя из обстоятельств, исключающих противоправность, т.е. статьями 29 (согласие), 31 (форс-мажор), 32 (бедствие) и 33 (состояние необходимости). Статью 29 рекомендуется исключить (и, в любом случае, упоминание ее в статье 35 было сомнительным). В случае форс-мажора делающее ссылку государство действует под влиянием внешних сил, делающих для него материально невозможным выполнить обязательство, и оно не брало на себя исключительную ответственность за невыполнение. Однако в случае статей 32 и 33 у делающего ссылку государства имеется по крайней мере какой-то выбор, в то время как государство или государства, которые в ином случае имели бы право жаловаться на деяние, о котором идет речь, как нарушение обязательства по отношению к ним, не способствовали возникновению - и тем более не вызвали - ситуации бедствия или необходимости, и поэтому неясно, почему они должны терпеть фактический вред или убытки в интересах государства, ссылающегося на эти обстоятельства. Соответственно, статья 35 сохранена в отношении бедствия и необходимости. Без детального рассмотрения вопросов возмещения ее формулировка была несколько изменена, дабы сделать ее более нейтральной и мягкой, а также избежать технических трудностей с терминами "ущерб" и "возмещение". См. пункты 339-347 выше.

2. Кроме того, статья 35(а) была добавлена для того, чтобы было ясно, что глава V имеет чисто превентивное действие. Когда - и в той степени, в какой - обстоятельство, исключающее противоправность, прекращает существовать либо по какой-либо причине прекращает оказывать свое превентивное действие, обязательство, о котором идет речь (если предположить, что оно все еще действует), опять должно соблюдаться, и государство, освобожденное от ответственности за свое ранее несоблюдение, должно действовать соответствующим образом. См. пункт 348 выше.

3. С учетом более широкой сферы действия статьи 35 ее заголовок был изменен.
