



ГЕНЕРАЛЬНАЯ АССАМБЛЕЯ

Distr.
GENERAL

A/CN.4/507/Add.1
19 June 2000

RUSSIAN
Original: ENGLISH and
FRENCH

КОМИССИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Пятьдесят вторая сессия

Женева, 1 мая – 9 июня и 10 июля - 18 августа 2000 года

Третий доклад об ответственности государств,
подготовленный Специальным докладчиком
г-ном Джеймсом Кроуфордом

Дополнение

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
II. Часть вторая. Правовые последствия международно-противоправного деяния государства (продолжение)		
V. Глава II. Формы возмещения		
1. Общие соображения	120 – 123	3
2. Реституция	124 – 146	5
a) Нынешняя статья 43	124 – 129	5
b) Прекращение, реституция и компенсация: вопросы квалификации и приоритета	130 – 143	13
c) Изъятия, касающиеся реституции	144	23
d) Формулировка статьи 43	145 – 146	26

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
3. Компенсация	147 – 165	27
a) Нынешняя статья 44	147 – 153	27
b) Определение размера компенсации: общий принцип или детальные критерии?	154 – 160	32
c) Ограничение компенсации	161 – 164	41
d) Заключение	165 – 166	43
4. Сатисфакция	167 – 194	44
a) Нынешняя статья 45	167 – 177	44
b) Характер сатисфакции как средства защиты	178 – 181	49
c) Конкретные формы сатисфакции	182 – 192	51
d) Ограничения, сатисфакции: пункт 3 статьи 45	193	58
e) Выводы по статье 45	194	59
5. Проценты	195 – 214	60
a) Вопрос о процентах в проекте статей	195 – 198	60
b) Роль процентов по отношению к возмещению	199 – 212	62
c) Положение о процентах?	213 – 214	72
6. Уменьшение ответственности	215 – 222	73
a) Встречная вина	216 – 221	73
b) Уменьшение ущерба	222	77
7. Резюме выводов по главе 2 второй части	223	78

II. Часть вторая. Правовые последствия международно-противоправного деяния государства (продолжение)*

V. Глава II. Формы возмещения

1. Общие соображения

120. В настоящее время глава II называется "Права потерпевшего государства и обязательства государства, совершившего международно-противоправное деяние". Короче и проще было бы назвать ее "Формы возмещения". Такое название имеет несколько дополнительных преимуществ. Из него не следует, что права "потерпевших государств" во всех случаях строго соотносятся с обязательствами несущего ответственного государства²¹². Кроме того, оно согласуется с мнением о том, что на несущем ответственность государстве лежит (помимо прекращения) единственное общее обязательство, вытекающее из совершения международно-противоправного деяния, а именно обязательство предоставить полное возмещение. Формы возмещения зависят от обстоятельств; они рассматриваются в последовательном порядке в главе II, а также в предлагаемой Части 2-бис, касающейся имплементации ответственности.

121. В главе II, принятой в первом чтении, определены два общих принципа (прекращение и возмещение), которые в настоящее время предлагаются для включения в качестве таковых в главу I, а также четыре формы возмещения, а именно: реституция, компенсация, сатисфакция и заверения и гарантии неповторения (рассматриваемые, однако, как *suī generis*). В силу уже указанных причин лучше рассматривать заверения и гарантии в качестве одного из аспектов прекращения и будущего соблюдения, поскольку – подобно прекращению и в отличие от возмещения – они предполагают сохранение нарушенного правоотношения²¹³. В этом случае остаются три основные

* Специальный докладчик выражает благодарность Пьеру Бодо, Жаклин Пил, Джону Баркеру и Петросу Мавройдису за их помощь в подготовке настоящего доклада.

²¹² См. выше, пункт 84.

²¹³ См. выше, пункт 54.

формы возмещения. Специальный докладчик г-н Аранджио-Руис предложил также отдельную статью, посвященную процентам; Комиссия сократила ее до краткого упоминания о процентах в статье 44 (компенсация). Кроме того, в главе II следует рассмотреть вопрос о способствующей вине, который ранее был включен в пункт 2 статьи 42²¹⁴.

122. Помимо общего замечания о том, что следует реорганизовать структуру Части второй, "с тем чтобы учесть варианты, предусмотренные в Части первой"²¹⁵, правительства не высказали никаких конкретных комментариев относительно концепции и структуры Части второй.

123. Если учесть предложение о переносе ряда положений в главу I Части второй, то глава II, как представляется, может включать положения, касающиеся следующих вопросов:

- реституция в натуре (нынешняя статья 43);
- компенсация (нынешняя статья 44);
- сатисфакция (нынешняя статья 45);
- проценты (упомянуты в статье 44, но без выделения в отдельную статью);
- смягчение ответственности (нынешний пункт 2 статьи 42).

Возникает ряд дополнительных вопросов. Например, выбор способа возмещения пострадавшим/потерпевшим государством, последствия урегулирования в случае признания ответственности и норма, исключающая возможность получения двойного возмещения. Они будут рассмотрены в контексте предлагаемой Части 2-бис по имплементации ответственности.

²¹⁴ См. выше, пункты 19 и 33.

²¹⁵ A/CN.4/496, стр. 22, пункт 108.

2. Реституция

а) **Нынешняя статья 43**

124. Статья 43 гласит следующее:

"Реституция в натуре"

Потерпевшее государство вправе получить от государства, которое совершило международно-противоправное деяние, реституцию в натуре, т.е. восстановление положения, которое существовало до совершения противоправного деяния, в том случае, когда – и в том объеме, в каком – реституция в натуре:

- а) не является материально невозможной;
- б) не повлекла бы за собой нарушение обязательства, вытекающего из императивной нормы общего международного права;
- в) не налагала бы бремя, явно непропорциональное той выгоде, которую потерпевшее государство приобрело бы в результате получения им реституции в натуре вместо компенсации; или
- г) не ставила бы под серьезную угрозу политическую независимость или экономическую стабильность государства, которое совершило международно-противоправное деяние, в то время как потерпевшее государство не затрагивалось бы подобным образом, если бы оно не получило реституции в натуре".

Глава II строится на предположении о том, что реституция в натуре (далее именуемая просто реституцией) является первичной формой возмещения. В статье 43 дается довольно широкое определение реституции как "восстановления положения, которое существовало до совершения противоправного деяния", и описываются четыре исключительных случая, когда реституция не обязательна. Все это сформулировано не столь уж и многословно, однако цель заключается в том, чтобы дать возможность потерпевшему государству выбрать вместо реституции компенсацию или сатисфакцию: она достигается путем определения реституции в качестве права потерпевшего государства. Однако это не решает проблему множественности потерпевших государств или проблему (следует признать, возникающую редко) отсутствия такого выбора у потерпевшего государства. Оно может оказаться в подобной ситуации, например, в случае задержания лиц или незаконного захвата территории.

125. В комментарии к статье 43 реституция описывается как "первый из методов возмещения, имеющихся у государства, потерпевшего в результате международно-противоправного деяния"²¹⁶. В нем отмечается, что термин "реституция" иногда употребляется фактически в значении полного возмещения, но что предпочтение отдается более узкому и общепринятому значению "создания или воссоздания такой ситуации, которая сложилась бы или могла бы сложиться в том случае, если бы противоправное деяние не было совершено". Таким образом, для того чтобы получить возмещение необходимо лишь ответить на фактический вопрос о том, "каким являлось *status quo ante*?", а не на более абстрактный или теоретический вопрос о том, "какой была бы ситуация, если бы противоправное деяние не было совершено?"²¹⁷.

126. Далее в комментарии четко заявляется о "логическом и временном примате реституции в натуре" над возмещением эквивалентом, т.е. компенсацией. В то же время в нем отмечается, что потерпевшее государство часто делает выбор в пользу компенсации, а не реституции и что компенсация фактически является "наиболее часто используемой формой возмещения". Следует признать существование такой гибкости на практике, однако необходимо также увязать ее с утверждением о том, что реституция является первичной формой возмещения²¹⁸. Согласно комментарию, главный способ обеспечения такого рода увязки, по всей видимости, заключался бы в том, чтобы потерпевшее государство требовало компенсации или соглашалось на компенсацию, а не на реституцию²¹⁹. Однако в комментарии не рассматривается вопрос о том, какая ситуация возникла бы в том случае, если бы нескольким потерпевшим государствам не удалось достичь согласия относительно того, следует ли им настаивать на реституции или нет. В нем нет также четкого упоминания о существовании какого-либо выбора; это делается имплицитно путем квалификации реституции в качестве права потерпевшего государства, которым оно может воспользоваться или не воспользоваться. Однако (вне всякой связи с проблемами, обусловленными множественностью потерпевших государств) могут возникать ситуации, когда потерпевшее государство не вправе отказаться от реституции. Например, правительство государства, которое захвачено и аннексировано в нарушение норм, касающихся применения силы, вряд ли было бы вправе согласиться на

²¹⁶ Комментарий к статье 43, пункт 1, текст в *Ежегоднике... 1993 год*, том II (Часть вторая), стр. 68-74.

²¹⁷ Там же, пункт 2.

²¹⁸ Там же, пункт 3.

²¹⁹ Там же, пункт 4.

компенсацию вместо вывода оккупационных сил; аналогичные соображения были бы применимы в случае, если бы международно-противоправное деяние приняло форму насильственного задержания лиц. Возможно, с точки зрения чистого анализа такие ситуации связаны не столько с реституцией в строгом смысле этого слова, сколько с прекращением длящегося противоправного деяния, и особый акцент на "реституцию" в таких случаях вытекает из норм, касающихся выполнения обязательств, а не норм, касающихся возмещения. Отсюда ясно, что невыполнение обязательства не может служить оправданием в тех случаях, когда длящееся противоправное деяние представляет собой нарушение императивной нормы общего международного права (например, в случае незаконной оккупации государства). Это также касалось бы случая длящегося нарушения не могущего быть невыполненным обязательства в отношении соблюдения прав человека (например, в отношениях между государствами – участниками договора по правам человека). Однако последствия применения такого рода ограничений в отношении реституции в собственном смысле этого слова не рассматриваются ни в комментарии, ни вообще в литературе.

127. В комментарии рассматривается отдельный вопрос, а именно различие, которое иногда проводится между материальной реституцией (например, возвращение лиц, имущества или территории) и юридической реституцией (например, отмена законов). В практике государств существует множество примеров реституции и того, и другого вида. Уход Ирака из Кувейта после вторжения 1990 года является примером частичной материальной реституции, которая дополнялась также определенными формами правовой реституции, в том числе отменой иракского декрета, провозглашающего Кувейт одной из провинций Ирака. Кроме того, в рамках урегулирования спора – без какого-либо признания ответственности - стороны могут договариваться о комбинированных формах реституции, не предрешая окончательное решение вопроса: примером может служить комплексное урегулирование спора, связанного с арестом Канадой испанского рыболовецкого судна "Эстай"²²⁰. Ввиду отмеченной тенденции к сочетанию различных видов мер (правовых и фактических) в области реституции в комментарии делается вывод

²²⁰ См. дело "Fisheries Jurisdiction" (Испания против Канады), решение от 4 декабря 1998 года, пункт 21. Урегулирование между Канадой и ЕС предусматривало, в частности, освобождение судна и его капитана, возвращение залога и отмену канадских норм, применявшихся в отношении судов ЕС, занимающихся промыслом гренландского палтуса в регулируемом районе НАФО. Стороны также договорились о временных природоохранных и правоприменительных мерах. Как представляется, достигнутые в рамках этого дела между Канадой и Европейским союзом договоренности не привели к полному урегулированию спора: Испания продолжила разбирательство, возбужденное ею в Международном Суде, который, однако, принял постановление о том, что это дело не подпадает под его юрисдикцию.

об отсутствии необходимости проводить формальное различие между "материальной" и "юридической" реституцией в самой статье²²¹. Нет также никакой необходимости и в том, чтобы в статье четко рассматривался вопрос о реституции в международно-правовом плане, например в форме аннулирования международного притязания на юрисдикцию или территорию. В контексте урегулирования споров такие меры вполне могут быть реализованы путем заявления относительно истинного правового положения, даже если это формально налагает обязательства лишь на стороны разбирательства. Несмотря на положения статьи 59 Статута Международного Суда, практические последствия такого заявления вполне могут выражаться в установлении суверенитета соответствующего государства над своей территорией или юрисдикции над морскими ресурсами в более общем плане²²². Такое правовое состояние иногда называют "противопоставляемым" *erga omnes*", однако его не следует путать с обязательствами *erga omnes*, которые рассматриваются выше в настоящем докладе²²³. В комментарии делается вывод о том, что:

"единственная мера, которую, как правило, могут и правомочны принять на основе международного права международные органы в отношении внутриправовых актов, положений и ситуаций, - это объявить, что они нарушают международные обязательства и как таковые являются источниками международной ответственности, и далее заявить об обязательстве предоставить возмещение, причем такое, которое предполагало бы, в случае необходимости, признание недействительными или аннулирование внутриправовых актов со стороны самого государства-правонарушителя. Что касается вопроса о том, может ли международный суд непосредственно аннулировать международно-правовые нормы, акты, сделки или ситуации для целей возмещения в форме реституции в натуре, то Комиссия склонна ответить утвердительно, но заметить при этом, что, поскольку последствия решений международных судов, как правило, ограничиваются сторонами, любой акт или ситуация, последствия которых выходят за рамки двусторонних отношений сторон, могут быть изменены или аннулированы лишь самими государствами, если только в соответствующих документах не предусматривается иной порядок"²²⁴.

²²¹ Комментарий к статье 43, пункты 7 и 8.

²²² Как, например, в деле "Eastern Greenland", *P.C.I.J.*, Ser. A/B, № 53 (1933).

²²³ См. выше, пункты 97 и 106.

²²⁴ Комментарий к статье 43, пункт 9.

128. Затем в комментарии рассматриваются и обосновываются четыре изъятия в отношении реституции, предусмотренные в статье 43, принятой в первом чтении.

- a) Что касается невозможности реституции, то она может быть полной или частичной и она "проистекает из того факта, что характер и пагубные последствия события обуславливают физическую невозможность *restitutio*. Это может произойти либо по той причине, что предмет, подлежащий возврату, более не существует вследствие нанесения ему непоправимого ущерба, либо по причине того, что соответствующее положение дел претерпело фактическое изменение, обуславливающее невозможность физической *restitutio*"²²⁵.
- b) Второе "изъятие" касается гипотетических ситуаций, когда реституция была бы сопряжена с нарушением императивной нормы общего международного права, хотя никаких примеров возникновения подобных ситуаций не приводится (или же их сложно себе представить). В комментарии такие случаи "правовой невозможности" ограничиваются нарушениями императивных норм, когда возникающая правовая ситуация явно будет затрагивать все государства, а не только те, которые вовлечены в нее непосредственно. В нем выделяются случаи, когда реституция может ущемить права третьих государств: "если государство, которое обязано предоставить *restitutio*, может сделать это, лишь нарушив одно из своих международных обязательств в отношении "третьего" государства, то это фактически не затрагивает отношения по поводу ответственности между государством-правонарушителем и потерпевшим государством, правомочным требовать *restitutio* потерпевшему государству, с одной стороны, и "третьим" государством, с другой стороны"²²⁶. Разумеется, это верно: государство А может быть ответственно перед государством В за деяние, совершенное совместно с государством С, даже если такое деяние имеет форму заключения двустороннего договора. Однако проблема кроется не в ответственности, а в том, в какой форме должно быть произведено возмещение, и совершение правового акта несущим ответственность государством может привести к тому, что это государство окажется не в состоянии произвести реституцию. Возможно, такие случаи лучше рассматривать под рубрикой "невозможность". Например, в деле "Сальвадор против Никарагуа" заключение договора между Никарагуа и третьим

²²⁵ Там же, пункт 11.

²²⁶ Там же, пункт 12.

государством (Соединенными Штатами) было квалифицировано Межамериканским судом в качестве нарушения Никарагуа возникших ранее договорных обязательств Никарагуа по отношению к Сальвадору. Если предположить, что более позднее соглашение действительно, то прекращение его, действия не представляло собой нечто такое, что являлось исключительным правомочием Никарагуа. Поэтому Межамериканский суд отказался вынести решение относительно действительности более позднего договора и ограничился констатирующим заявлением²²⁷. Далее в комментарии отмечается, что государство не может обоснованно отказываться от предоставления реституции, ссылаясь на концепцию внутренней юрисдикции²²⁸: это представляется очевидным, поскольку, если в определенных случаях реституция предусматривается международным правом, рассматриваемый вопрос, по определению, выходит за рамки исключительно внутренней юрисдикции несущего ответственность государства²²⁹.

- с) Третье изъятие касается случаев, когда предоставление реституции вместо компенсации представляло бы собой при определенных обстоятельствах неравноценную замену. Согласно комментарию, это ограничение "основано на справедливости и разумности и пытается обеспечить справедливое равновесие между бременем государства-правонарушителя по предоставлению реституции в натуре и тем преимуществом, которое потерпевшее государство получит вследствие предоставления возмещения в этой конкретной форме, а не в форме компенсации"²³⁰. В подтверждение этой мысли в комментарии приводится ссылка на дело "Forests of Central Rhodopia", но и в этом случае речь идет

²²⁷ (1917) 11 A, *J.I.L. (Supplement)* p. 3.

²²⁸ Комментарий к статье 43, пункт 13.

²²⁹ Однако вне всякой связи с соображениями относительно внутренней юрисдикции следует отметить, что могут возникать случаи, когда интересы обеспечения юридической защищенности или прав третьих сторон делают реституцию практически невозможной. Например, заключение правительством контракта с компанией А в нарушение международных норм, регулирующих государственные закупки, может тем не менее оказаться юридически состоятельным и обусловить возникновение прав по этому договору для компании А. В таких случаях реституция (в смысле перезаключения контракта) может быть исключена.

²³⁰ Комментарий к статье 43, пункт 14.

скорее о невозможности или неосуществимости, чем о чрезмерном бремени²³¹ и уж в любом случае, как представляется, речь не идет о явной несоразмерности. В то же время в отношении пункта с) в комментарии утверждается, что отказ произвести реституцию может быть оправдан лишь "серьезным несоответствием между бременем, которое эта форма возмещения возложит на [несущее ответственность] государство, и преимуществом, которое извлечет из этого потерпевшее государство"²³².

- d) Четвертое изъятие в отношении реституции связано с еще одним "катастрофическим" сценарием, схожим с чрезвычайной ситуацией, предусмотренной в пункте 3 статьи 42, принятой в первом чтении, а именно ситуацией, когда полное возмещение может привести к лишению населения государства его собственных средств к существованию²³³. Согласно пункту d) статьи 43 и комментарий к нему, несущее ответственность государство не обязано производить реституцию, если это "создаст серьезную угрозу для его политической независимости или экономической стабильности, в то время как неполучение реституции в натуре не окажет сравнимого воздействия на потерпевшее государство". Здесь также не приводится никаких практических примеров: рассматриваемый случай характеризуется как "крайне исключительный ... и имеющий большее отношение к прошлому, чем к настоящему"²³⁴. Далее в комментарии рассматриваются проблемы компенсации за национализированные земли и отмечается, что общая национализация, произведенная в интересах общества на

²³¹ *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, p. 1405 (29 March 1933), цитируется в комментарии к статье 43, пункт 15. В данном деле судья указал на целый ряд причин, побудивших его прийти к заключению о том, что компенсация – это единственная практически осуществимая форма возмещения: на это указывал тот факт, что истец не обладал исключительным правом на лесохозяйственную деятельность и что другие лица, осуществлявшие вместе с ним такую деятельность, не выдвинули никаких требований; тот факт, что леса находились не в том состоянии, что в момент присвоения, и сложность определения того, действительно ли реституция оказалась бы возможна без детального изучения нынешнего состояния лесов; а также тот факт, что реституция могла бы затронуть права третьих лиц, возникшие у них в период после присвоения. *Ibid.*, at p. 1432. Данное дело подтверждает широкое толкование "невозможности" реституции.

²³² Комментарий к статье 43, пункт 16.

²³³ См. выше, пункты 38-42.

²³⁴ Комментарий к статье 43, пункт 17.

недискриминационной основе, является правомерной и что вопрос о компенсации в связи с национализацией регулируется соответствующей первичной нормой: поэтому в тех случаях, когда невыплата компенсации представляет собой международно-противоправное деяние, возмещение в счет такой невыплаты будет связано с выплатой денег, в том числе процентов, а не возвращением соответствующего имущества²³⁵.

129. В своих комментариях к статье 43 правительства выражают сомнение относительно некоторых из предусматриваемых ею изъятий, не ставя, однако, под сомнение в целом ее уместность. Соединенные Штаты, хотя и подчеркивают "приоритет компенсации над реституцией на практике", признают, что "на протяжении длительного времени реституция в натуре является одним из важных средств правовой защиты в международном праве, и она используется только в тех случаях, когда государство-правонарушитель незаконно захватило территорию или имеющую историческую или культурную ценность собственность"²³⁶. Франция предлагает заменить выражение "реституция в натуре" словами "восстановление ранее существовавшего положения", объясняя это тем, что первое выражение может предполагать "лишь реституцию в отношении какого-либо субъекта или лица"²³⁷. Как и правительства других стран, она сомневается в целесообразности некоторых изъятий, изложенных в подпунктах а)-d), которые, по ее мнению, могут подорвать значение общего принципа, отраженного в первом абзаце, и создать необоснованные преимущества для несущего ответственность государства. В соответствии с высказывавшимися им ранее возражениями против концепции *jus cogens* французское правительство выражает мнение о том, что пункт b) следует исключить; кроме того, оно считает, что "трудно понять, каким образом восстановление правомерного положения могло бы противоречить" императивной

²³⁵ В последние годы изменение политики в отношении реализованных ранее программ национализации земли и тенденция к приватизации обусловили принятие в целом ряде стран мер по возвращению земли и другого имущества их бывшим владельцам. Такие программы имеют свои собственные характерные черты и, по большей части, не связаны с реституцией по смыслу статьи 43.

²³⁶ A/CN.4/488, стр. 117.

²³⁷ Там же, стр. 116; такое же изменение следует внести в пункт 1 статьи 44 (там же, стр. 118). По мнению Узбекистана, первый абзац этой статьи следует дополнить положением, по сути предусматривающим, что "в случае невозможности осуществить реституцию предметов, обладающих индивидуальными признаками, по договоренности возможна передача предметов такого же рода или приблизительно одинаковых" (там же, стр. 117).

норме²³⁸. Соединенные Штаты подвергли также критике пункт с) как дающий возможность несущему ответственность государству уклониться от обязанности предоставления реституции в тех случаях, когда это возможно или предпочтительно; в связи с этим правительство Соединенных Штатов призывает пояснить выражение "бремя, явно не пропорциональное"²³⁹. Однако наибольшую озабоченность Соединенных Штатов вызывает пункт d): по их мнению, этот пункт следует исключить. Даже несмотря на согласие с тем, что это положение "может иметь относительно ограниченное практическое значение с учетом того, что на практике предпочтение отдается компенсации перед реституцией", Соединенные Штаты возражают против включения широких понятий, которые "не имеют определения и устоявшейся основы в международной практике" и которые, "по всей видимости, будут иметь последствия, выходящие за узкие рамки положений статьи 43"²⁴⁰. Япония считает, что слова "серьезную угрозу ... экономической стабильности" следует уточнить, с тем чтобы исключить возможность злоупотреблений со стороны государства-правонарушителя: однако к исключению этого пункта можно было бы прибегнуть лишь в крайнем случае, поскольку, по ее мнению, в таком положении в данном проекте статей есть необходимость²⁴¹.

b) Прекращение, реституция и компенсация: вопросы классификации и приоритета

130. Тот факт, что реституция признана в качестве главной формы возмещения в международном праве, не вызывает никаких сомнений, и, разумеется, ни у одного правительства не возникло в этой связи никаких вопросов. Более сложной проблемой являются связи между прекращением и реституцией, с одной стороны, и реституцией и компенсацией, с другой. Различие между прекращением и реституцией представляет собой в большей степени вопрос о принципиальном различии: как уже было показано, прекращение может создать длящееся и (в ряде случаев) не могущее быть невыполненным обязательство, даже когда возвращение к status quo ante вряд ли возможно. Что касается связи между реституцией и компенсацией, то различие между ними представляется

²³⁸ Там же, стр. 116.

²³⁹ Там же, стр. 117. Франция же, напротив, как представляется, имплицитно поддерживает это положение (там же, стр. 116).

²⁴⁰ Там же, стр. 117; см. также Францию (там же, стр. 116) и аналогичное мнение см. также A/CN.4/504, стр. 23, пункт 70.

²⁴¹ A/CN.4/492, стр. 17.

достаточно ясным: реституция предполагает возвращение к status quo ante, т.е. является одной из форм реституции in specie, в то время как компенсация заключается в предоставлении денег или иных ценностей взамен реституции. Проблема здесь кроется скорее в том, возможно ли сохранить принцип приоритета реституции в условиях общего превалирования компенсации в практике государств и судов. Оба эти вопроса должны быть рассмотрены по отдельности.

Прекращение и реституция

131. Вопрос о прекращении, которое может быть описано как реституция выполнения обязательства, уже обсуждался²⁴². В силу приведенных причин прекращение следует рассматривать, наряду с возмещением, в качестве одного из двух общих последствий совершения международно-противоправного деяния. Однако различие между ними не всегда является четким.

132. Например, в деле "Рейнбоу уорриор" Новая Зеландия требовала перевести двух агентов обратно в тюрьму на острове Хао по причине того, что (как постановил суд) обстоятельства, на которые ссылалась Франция для обоснования длящегося содержания ею агентов в ином месте, либо не существовали, либо перестали существовать. По мнению Новой Зеландии, в силу этого Франция была обязана перевести агентов обратно на остров и содержать их под стражей в течение оставшихся трех лет; это обязательство не истекло, поскольку для этой цели время, проведенное агентами не на острове, не подлежало учету. Суд с этим не согласился. По его мнению, обязательство было установлено на определенный срок, который истек, и поэтому в данном случае вопрос о прекращении не стоит²⁴³. И все же можно поставить вопрос так: если предположить, что это мнение верно с точки зрения толкования первичного обязательства, то каково право Новой Зеландии с точки зрения реституции? Нельзя утверждать, что реституция возможна лишь в случае, если нарушенное обязательство продолжает оставаться в силе (даже если это верно в отношении прекращения). Суд уклонился от ответа на данный вопрос, выразив мнение, что требование Новой Зеландии касается лишь прекращения. Однако Новая Зеландия, однозначно отказавшись от каких-либо претензий в плане выплаты компенсации, требовала перевести двух агентов обратно на остров, причем явно в форме реституции, даже если суд постановит (что и произошло), что вопросы прекращения противоправного поведения по данному делу более не возникают.

²⁴² См. выше, пункты 44-52.

²⁴³ U.N.R.I.A.A., vol. XX, p. 217 (1990), цитируется выше, пункт 47.

133. Очевидно, суд прежде всего был озабочен тем, чтобы положить конец длительному спору, причем таким образом, чтобы это в целом было приемлемо для обеих сторон. Будучи ограничен действием правила *non ultra petita* и отказом Новой Зеландии принять компенсацию вместо выполнения обязательства, суд отнюдь не стремился рассматривать аргументы, касающиеся выполнения обязательства, в контексте реституции. Однако в этой связи можно сделать вывод о том, что *status quo ante* для двух агентов – их пребывание в военной тюрьме на острове – не имело бы для Новой Зеландии никакого значения, если бы на Франции не лежало длящееся обязательство по содержанию их на острове. Перевод двух агентов обратно на остров представлял бы собой пустую формальность.

134. Из этого эпизода можно извлечь два урока. Во-первых, хотя, возможно, и уместно (как предлагает сама Франция²⁴⁴) определить реституцию как "восстановление ранее существовавшего положения", а не как простое возвращение лиц, имущества или территории, возвращение к *status quo ante* может иметь несущественное значение или вообще не иметь никакого значения в том случае, если нарушенное обязательство утрачивает свою силу. В то же время потерпевшее государство может быть лишено возможности отказаться от реституции, если несущее ответственность государство по-прежнему должно выполнять нарушенное обязательство, а потерпевшее государство не правомочно (или оно не является единственным, кто правомочен) освободить его от такого выполнения. Как в позитивном, так и в негативном плане проведение теоретического различия между прекращением и реституцией может иметь серьезные последствия с точки зрения обязательств соответствующих государств и имеющих в их распоряжении средств правовой защиты. Второй урок носит более общий характер: на практике органы по урегулированию споров проявляют гибкость при толковании позиций государств, являющихся сторонами в споре, и выборе определенного средства правовой защиты. Представляется, что ни один свод правил, касающихся последствий международно-противоправных деяний, не может исключить такую гибкость, независимо от того, насколько явное предпочтение в нем может быть отдано одной из форм возмещения в ущерб другой.

²⁴⁴ Выше, пункт 129.

Реституция и компенсация

135. Этот второй момент в равной степени касается и вопроса о связи между реституцией и компенсацией. Статья 43 посвящена первой из конкретных форм возмещения, рассматриваемых в главе II. В статье 44 речь идет о компенсации, выплачиваемой, однако, лишь "в том случае, когда – и в том объеме, в каком – такой ущерб не покрывается реституцией в натуре". Ясно, что таким образом Комиссия хотела закрепить жесткий принцип приоритета реституции над компенсацией. Это соответствовало точке зрения г-на Аранджио-Руиса, являвшегося в то время Специальным докладчиком, который подчеркнул, что "реституция в натуре имеет безусловный приоритет над любой иной формой репарации *lato sensu*, и в частности над возмещением эквивалентом"²⁴⁵. В соответствии с этим подходом потерпевшее государство может настаивать на реституции и иметь право на ее получение, если нет оснований для применения одного из изъятий, перечисленных в статье 43. Однако указанный подход был подвергнут критике за его излишнюю жесткость и несоответствие практике как рядом правительств, так и некоторыми авторами²⁴⁶. Он также расходится с подходом, закрепленным в отношении реституции в ряде национальных правовых систем²⁴⁷.

²⁴⁵ Предварительный доклад, *Ежегодник ... 1998 год*, том II, Часть первая, стр. 48 (пункт 114), со ссылками на ранее опубликованные материалы. Позднее он отметил "чисто статистическое преобладание возмещения эквивалентом ... в совокупности с логичным приматом реституции в натуре", там же, стр. 53 (пункт 131).

²⁴⁶ См., в особенности, С. Gray, "The Choice between Restitution and Compensation" (1999) 10 *EJIL* 413.

²⁴⁷ Исторически в системах общего права в гражданском судопроизводстве применяется единственное средство правовой защиты, не связанное с возвратом имущества, а именно возмещение убытков, в отношении которого действуют только специальные изъятия, касающиеся исполнения в натуре и других средств защиты, основанных на праве справедливости. Однако в настоящее время положение постепенно меняется: шире применяются указанные средства правовой защиты и развиваются нормы в области реституции. Об исполнении в натуре см., например, *Cooperative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores Ltd.* [1998] A.C. 1. О реституции см., например, *Kleinwort Benson Ltd. v. Glasgow City Council* [1999] 1 A.C. 153.

136. В деле "Passage through the Great Belt (Provisional Measures of Protection)" (Финляндия против Дании)²⁴⁸ Финляндия требовала принятия временных мер защиты в целях предотвращения строительства моста через пролив Большой Бельт, который, по ее утверждению, затруднил бы проход буровых судов и нефтяных платформ в нарушение ее прав на свободный проход, закрепленных в целом ряде международных договоров. В ответ на это Дания заявляла, в частности, что, даже если строительство моста, возможно, и будет ущемлять права Финляндии на проход, это будет происходить от случая к случаю и будет касаться лишь небольшой части судов, пользующихся данным проливом. Поскольку права Финляндии могли быть надлежащим образом защищены с помощью финансовых и иных средств, решение о реституции явилось бы для Дании "чрезмерно обременительным". А если Финляндия не имела права требовать отказа от строительства моста, она *a fortiori* не имела права на применение временных мер.

137. Суд отказался вынести решение о принятии временных мер. Настоятельной необходимости в них не было, поскольку фактически проход оставался бы открытым в течение трех или более лет и за это время данное дело можно было бы решить по существу. Однако он не согласился с аргументом Дании относительно невозможности реституции. Отметив, что действия, предпринимаемые одной стороной в период рассмотрения дела, не должны затрагивать права другой стороны, он заявил, что:

"несмотря на то, что на данном этапе Суд не обязан предопределять характер решения, которое он может вынести по существу дела, и несмотря, однако, на то, что в принципе может быть установлено, что строительство объекта ущемляет законное право, нельзя и не следует *a priori* исключать возможность вынесения судебного заключения о том, что строительство таких объектов должно быть прекращено, что их конструкция должна быть изменена, или что они должны быть демонтированы..."²⁴⁹.

²⁴⁸ I.C.J. Reports 1991, p. 12.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 19 (пункт 31). Судья *ad hoc* Бромс истолковал эту часть решения как непризнание "догадок в отношении Дании", откуда следовало, что Финляндия не будет иметь никаких прав на реституцию в натуре даже в том случае, если она выиграет дело по существу: *Ibid.*, p. 30

138. В деле "Vienna Convention on Consular Relations (Request for Provisional Measures)" (Парагвай против Соединенных Штатов) Парагвай требовал и добился принятия временных мер в попытке предотвратить казнь Анхеля Бреарда, одного из его граждан, осужденных за убийство. Свою претензию Парагвай основывал на признанном факте, что Соединенные Штаты не уведомили Парагвай об аресте Бреарда в нарушение требования об уведомлении в соответствии с подпунктом b) пункта 1 статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях²⁵⁰. Соединенные Штаты утверждали, что вопрос о реституции не может быть поднят в рамках Конвенции; все, на что имеет право Парагвай, - это извинения и заверения в неповторении, что Соединенные Штаты и сделали. В частности, Соединенные Штаты заявили, что "автоматическое признание начатого судебного разбирательства недействительным и восстановление status quo ante в качестве санкции за неуведомление не только не подтверждается практикой государств, но и оказалось бы нежизнеспособным"²⁵¹. Парагвай же, напротив, настаивал на полной реституции: "любая уголовная ответственность, возложенная в настоящее время на г-на Бреарда, должна быть соответствующим образом снята судебными органами Соединенных Штатов, и должно быть восстановлено status quo ante, с тем чтобы г-н Бреард мог воспользоваться правом, предоставленным ему в соответствии с положениям Венской конвенции, при любом новом судебном разбирательстве, возбужденном против него"²⁵².

²⁵⁰ *I.C.J. Reports*, 1998 p. 248.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 254 (para.18).

²⁵² *Ibid.*, p. 256 (para. 30).

139. И в этом случае Суд отказался рассматривать вопрос о взаимосвязи между отстаиваемым правом и реституцией как средством правовой защиты. Для большинства судей оказалось достаточным, что "казнь Бреарда сделала бы невозможным для Суда удовлетворение требования Парагвая и тем самым причинила бы непоправимый вред отстаиваемым Парагваем правам"²⁵³.

140. Практически аналогичные вопросы возникли и по другому делу, касавшемуся смертного приговора, когда не было направлено консульское уведомление: речь идет о деле "LaGrand" (Германия против Соединенных Штатов Америки)²⁵⁴. В данном деле Суд также, действуя *ex parte* в соответствии с пунктом 1 статьи 75 своих правил процедуры, вынес решение о принятии временных мер²⁵⁵. Это дело остается *sub judice*.

141. Вышеописанные случаи касались применения временных мер, когда необходимо было найти баланс между защитой отстаиваемых (но еще не установленных) прав государством-истцом и уважением позиции государства-ответчика, в отношении которого *ex hypothesi* еще не установлено, что оно совершило противоправное деяние (вообще или в каком-либо определенном отношении). Однако между ними есть различия. В деле "Great Belt" отстаиваемое право представляло собой именно то право, которое являлось бы предметом рассмотрения по существу, а именно право беспрепятственного прохода полностью сооруженных платформ через пролив Большой Бельт. Именно поэтому Суд отказался исключить вероятность того, что реституция может послужить надлежащим

²⁵³ *Ibid.*, p. 257 (para. 37). Судья Ода не согласился с этим, хотя и проголосовал вместе с другими членами Суда "по гуманитарным соображениям": *ibid.*, p. 262. Председатель Швобель подчеркнул важность принципа выполнения международных договоров: "Извинение и принятие на федеральном уровне положения об избежании в будущем подобных ошибок отнюдь не облегчает участи обвиняемого, которому, по утверждению Парагвая, был причинен или мог быть причинен вред в результате того, что он был лишен доступа к консульской помощи, а это уже вопрос существа". *Ibid.*, p. 259.

²⁵⁴ *I.C.J. Reports*, 1999 p. 9.

²⁵⁵ Следует отметить, что в обоих случаях обвиняемые были казнены, несмотря на принятые решения. См. "Agora: *Breard*" (1998) 92 *AJIL* 666. Рассмотрение дела "*Breard*" было впоследствии прекращено по просьбе Парагвая.

средством правовой защиты (даже если это, гипотетически, будет иметь следствием отмену проекта строительства моста или внесение в него существенных изменений)²⁵⁶. В делах, касающихся смертного приговора, связь между нарушением обязательства направить консульское уведомление и осуждением обвиняемого лица являлось косвенной и опосредованной. Вполне могло бы случиться так, что последующий судебный процесс оказался бы в полной мере надлежащим и справедливым и факт неуведомления не оказал бы никакого влияния на приговор. Соединенные Штаты были вправе привлечь к суду обвиняемого за совершение преступления, караемого смертной казнью, и не являлись стороной никакого договора, запрещающего вынесение смертного приговора. Вопрос о реституции мог бы возникнуть лишь в том случае, если бы была установлена достаточная причинно-следственная связь между фактом неуведомления со стороны Соединенных Штатов и исходом судебного процесса. К моменту проведения судебного процесса направление предварительного уведомления *как такового* оказалось невозможным, поскольку время для выполнения обязательства прошло и его не могло бы заменить никакое более позднее выполнение.

142. Таким образом, то, что представляет собой реституция, зависит, по крайней мере в определенной степени, от содержания первичного обязательства, которое было нарушено. В делах, не связанных с простым возвращением потерпевшему государству лиц, имущества, имеющейся у него или принадлежащей ему территории (реституция в узком смысле этого слова), понятие возвращения к *status quo ante* должно применяться с учетом тех или иных прав и юрисдикции соответствующих государств. Это имеет особое значение, когда затрагивается процессуальное обязательство, обуславливающее осуществление основных правомочий государства. Реституция в таких случаях, если она вообще возможна, не должна допускать получение потерпевшим государством после имевшего место события больше того, на что оно имело бы право при выполнении обязательства.

²⁵⁶ Обязательство Дании разрешить проход через пролив Большой Бельт (независимо от его объема) по своему характеру являлось длящимся, и поэтому устранение любого незаконного препятствия представляло бы собой как прекращение, так и реституцию. См. выше, пункты 45 и 134.

Иными словами, понятие "status quo ante" является относительным, и, если государство-ответчик могло бы получить и правомерно получило бы тот же или практически тот же результат и без нарушения обязательства, понятие *общего* возвращения к существовавшему ранее положению может быть исключено²⁵⁷.

143. По мнению Специального докладчика, эти ограничения и оговорки в отношении принципа реституции могут быть учтены путем тщательной проработки формулировки статьи 43 и изъятий из нее, а также путем включения в комментарий надлежащих пояснений. Вопрос заключается в том, следует ли, опираясь на это, придерживаться принципа примата реституции. С учетом всего вышеизложенного – следует. Верно, что источник, на который обычно ссылаются для обоснования такого примата – дело "Chorzów Factory"²⁵⁸, - фактически не решает данного вопроса, поскольку к моменту принятия решения Германия требовала лишь выплаты компенсации, а не возвращения имущества. Верно также, что суды и трибуналы обходят молчанием вопрос о присуждении полномасштабной реституции и что решение, возможно, в наибольшей степени ассоциируемое с идеей реституции, - решение единоличного арбитра Дююи по арбитражному делу "Техасо"²⁵⁹ – было подвергнуто широкой критике²⁶⁰ и не

²⁵⁷ Однако это не исключает возможность того, что примененная ранее процедура все же может быть практически полностью воспроизведена, если обстоятельства не изменились настолько, чтобы такое воспроизведение оказалось бессмысленным или несоразмерно обременительным. Эти элементы отражены в национальных правовых нормах, касающихся реституции, в качестве принципов, таких, как доверие и изменение позиции bona fide. Подобные факторы учитывались, по крайней мере имплицитно, при рассмотрении Международным Судом вопросов реституции по делу "Gabčíkovo-Nagymaros Project", *I.C.J. Reports*, 1997, p. 7.

²⁵⁸ *P.C.I.J., Series A*, No. 17 (1928) p. 47, цитируется выше, пункт 24.

²⁵⁹ *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award on the Merits, 19 January 1977, 53 I.L.R. 389 at pp. 507-8 (para. 109).

²⁶⁰ См., например, World Bank Study, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment* (IBRD, Washington, 1992) vol. I, p. 140. Взвешенный анализ см. R. Higgins, "The Taking of Property by the State" 176 *Recueil des Cours* 321 (1982) at pp. 314-321.

использовалась в качестве прецедента в более поздних смешанных арбитражных разбирательствах²⁶¹. Однако они являлись именно смешанными арбитражными разбирательствами, когда право государства-ответчика на принудительное отчуждение частной собственности (и его суверенитет над своими природными ресурсами) сопоставлялось с взятыми им на себя обязательствами по охране этих ресурсов, будь то по международному договору или иным образом. В контексте межгосударственных отношений реституция в принципе играет жизненно важную роль, особенно в силу своей тесной связи с вопросом выполнения международных обязательств. Вторым основанием для сохранения принципа примата реституции является то, что правительства практически не изъявляют никакого желания от него отказываться. Несмотря на сомнения, выраженные одним или двумя правительствами²⁶², статья 43, принятая в первом чтении, в которой закрепляется приоритет реституции с рядом изъятий, получила всеобщую поддержку. Действительно, большинство высказанных замечаний направлено на сокращение числа и сферы охвата изъятий из данного принципа, а не на отказ от него. В-третьих, отказ от принципа примата реституции потребовал бы от Комиссии определить, – исходя из правовой презумпции в пользу компенсации, – те случаи, когда требуется исключительно предоставление реституции. Соединенные Штаты отметили, что реституция имеет особое значение в тех случаях, когда речь идет о "незаконном захвате территории или имеющей историческую или культурную ценность собственности"²⁶³, однако, разумеется, не только в таких случаях. Кроме того, формулирование этой мысли в виде изъятия могло бы означать, что в неохватываемых им случаях государства могут – после имевшего место события – купить себе право не соблюдать свои международные обязательства. Принцип приоритета реституции следует сохранить, ограничив его действие четко оговоренными изъятиями.

²⁶¹ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, 12 April 1977, 62 I.L.R. 140 at p. 200. См. также принятое ранее решение, *BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic*, 10 October 1973 and 1 August 1974, 53 I.L.R. 297 at p. 354.

²⁶² См. выше, пункт 129.

²⁶³ A/CN.4/488, стр. 117.

с) **Изыятия, касающиеся реституции**

144. Четыре изъятия в отношении реституции, сформулированные в статье 43, описаны выше²⁶⁴.

- а) Материальная невозможность. Не может быть никаких сомнений в том, что нельзя требовать реституции в том случае, когда она становится "материально" (т.е. практически, *materiellement*) невозможной; эта оговорка признана как в частном определении по делу "Chorzów Factory"²⁶⁵, вынесенном судом при рассмотрении дела "Forests of Central Rhodopia"²⁶⁶, так и в литературе. Не подвергалась эта мысль сомнению и в комментариях правительств.
- б) Нарушение императивной нормы. Не вызывает также сомнений и то, что нельзя требовать реституции в том случае, если это будет сопряжено с нарушением императивной нормы (а именно, нормы *jus cogens*). Сложность же, по замечанию Франции²⁶⁷, заключается в том, чтобы представить себе подобную ситуацию в реальности. Одним из примеров могла бы служить ситуация, возникшая в деле "Northern Cameroons"²⁶⁸. Тогда Камерун утверждал, что управление Северным Камеруном в рамках административного союза с колонией Нигерия и последующее проведение плебисцита отдельно в Северном Камеруне является нарушением соглашения об опеке. Однако с одобрения Генеральной Ассамблеи действие этого соглашения было прекращено: таким образом было реализовано волеизъявление народа. Поэтому отменить это решение путем реституции само по себе означало бы проигнорировать это волеизъявление. Камерун, полностью осознавая это, а также другие трудности, требовал от Суда лишь констатирующего заявления; однако Суд отказал ему на том основании, что это решение не может иметь никакой юридической силы для государства-ответчика, а именно Соединенного Королевства.

²⁶⁴ См. выше, пункт 128.

²⁶⁵ *P.C.I.J., Series A*, No. 17 (1928), p. 47, ("если это невозможно"); см. выше, пункт 24.

²⁶⁶ *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, p.1405 (29 March 1933); см. выше, пункт 128.

²⁶⁷ См. выше, пункт 129.

²⁶⁸ *I.C.J. Reports*, 1963, p. 16.

Вопрос о нарушении императивной нормы не поднимался и не рассматривался²⁶⁹. По мнению Специального докладчика, ситуация, предусматриваемая пунктом b) статьи 43, уже покрывается статьей 29-бис. Как уже отмечалось, обстоятельства, исключаящие противоправность (в том числе конфликт с императивной нормой общего международного права), применимы в равной степени ко вторичным обязательствам, рассматриваемым в рамках Части второй, включая обязательство реституции²⁷⁰. Поэтому пункт b) статьи 43 не является необходимым и может быть исключен²⁷¹.

- c) Реституция, налагающая явно непропорциональное бремя. В соответствии с пунктом c) статьи 43 реституция не должна производиться в том случае, если выгода, которую потерпевшее государство приобретет в результате получения им реституции (в отличие от компенсации), существенно превышает бремя его предоставления несущим ответственность государствам. Это положение, возможно, было бы применимо, например, в деле "Great Belt"²⁷², если бы мост все же был построен до того, как Финляндия подняла вопрос о праве на проход. Если затраты несущего ответственность государства на демонтаж строения полностью не пропорциональны выгоде, приобретаемой потерпевшим государством или

²⁶⁹ В прошлом вопросы международной правомерности затрагивались в рамках дел, касавшихся ареста невольничьих судов и других мер по борьбе с работорговлей (см., например, *The Le Louis* (1817) 2 Dods 210; *Buron v. Denman* (1848) 2 Ex. 167; А.Р. Rubin, *Ethics and Authority in International Law* (Cambridge, CUP, 1997), pp. 97 ff.). Однако, по крайней мере со времен Берлинского конгресса 1885 года, не было ни одного случая, когда возникал бы вопрос о возвращении бывших рабов путем реституции. В деле Эйхмана Аргентина сняла свое требование в отношении реституции Эйхмана, обвинявшегося в военных преступлениях и преступлениях против человечности: см. резолюцию 138 (1960) Совета Безопасности от 23 июня 1960 года; Совместное аргентинско-израильское коммюнике от 3 августа 1960 года, перепечатанное в *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, District Court, 12 December 1961, 36 I.L.R. 5, 59 (para. 40).

²⁷⁰ См. выше, пункт 7 (1). О статье 29-бис см. *Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят первой сессии (Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10, 1999 год)*, пункты 306-318.

²⁷¹ Более важным случаем является длящееся противоправное деяние в нарушение императивной нормы (например, длящийся геноцид или другое преступление против человечности). Подобные случаи касаются прекращения и выполнения, а не реституции: см. выше, пункт 126.

²⁷² См. выше, пункты 136 и 137.

государствами в результате его строительства, реституции требовать нельзя. Не возражая против пункта с), Соединенные Штаты все же предлагают уточнить выражение "бремя, явно не пропорциональное той выгоде, которую потерпевшее государство приобрело бы...". Однако, как и в других определениях принципа пропорциональности, в самом тексте сложно дать более точную формулировку²⁷³. Возможно, было бы целесообразно лишь подчеркнуть, что в данном случае понятие пропорциональности касается не только затрат и расходов и что следует также учитывать серьезность нарушения с точки зрения сложности восстановления status quo ante. Представляется, что достаточно будет изложить это в комментарии.

- d) Несоразмерная угроза политической независимости или экономической стабильности несущего ответственность государства. Целый ряд государств резко выступают против этого четвертого изъятия, по которому также не приведено ни одного достойного примера. Общий вопрос о возмещении, которое может привести к лишению населения его средств к существованию (пункт 3 статьи 42), принятой в первом чтении), уже рассматривался выше²⁷⁴; при этом было подчеркнуто, что реституция в ее обычном понимании представляет собой возвращение территории, лиц или имущества, противоправным образом захваченных или удерживаемых, или в более общем плане возвращение к ситуации, которая существовала до нарушения: трудно представить, каким образом такое возвращение могло бы поставить под угрозу политическую независимость или экономическую стабильность государства, совершившего нарушение. В любом случае, если реституция создает вероятную и непропорциональную угрозу политической независимости или экономической стабильности несущего ответственность государства, то это вполне будет подпадать под действие положений третьего изъятия (пункт с) выше). Именно поэтому пункт d) также является лишним.

²⁷³ См. в целом DW Greig, "Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties" (1994) 44 *Virginia JIL* 295 at p. 398.

²⁷⁴ См. выше, пункты 38-42.

d) Формулировка статьи 43

145. Что касается формулировки этой статьи, то Франция подвергла критике использование термина "реституция в натуре" в статье 44 на том основании, что он не ограничен возвращением похищенного имущества или территории. Однако смысл этого выражения всем понятен и для всех приемлем, и определение этого термина по сути сводится к словам "восстановление ранее существовавшего положения". Во-вторых, в пункте с) статьи 43 в его первоначальной формулировке устанавливался баланс между затратами несущего ответственность государства и выгодой, приобретаемой потерпевшим государством в результате получения им реституции. Однако вполне может возникнуть такая ситуация, когда от одного и того же деяния пострадают несколько или даже множество государств (или других субъектов), и необходимо будет в равной степени учесть интересы каждого из них. Это должно быть соответствующим образом отражено в формулировке пункта с).

146. По мнению Специального докладчика, статью 43 можно сформулировать следующим образом:

"Реституция

Государство, совершившее международно-противоправное деяние, обязано произвести реституцию в натуре, т.е. восстановить положение, которое существовало до совершения противоправного деяния, в том случае, когда – и в том объеме, в каком – реституция в натуре:

- a) не является материально невозможной; ...
- c) не налагала бы бремя, явно не пропорциональное той выгоде, которую получили бы те, кто пострадал от совершения этого деяния, в результате получения реституции вместо компенсации".

3. Компенсация

а) **Нынешняя статья 44**

147. Статья 44 гласит:

"Компенсация

1. Потерпевшее государство вправе получить от государства, которое совершило международно-противоправное деяние, компенсацию за ущерб, причиненный таким деянием, в том случае, когда – и в том объеме, в каком – такой ущерб не покрывается реституцией в натуре.

2. Для целей настоящей статьи компенсация охватывает любой экономически оценимый ущерб, понесенный потерпевшим государством, и может включать в себя проценты и, в соответствующих случаях, упущенную выгоду".

148. Несмотря на формальный приоритет, который отдан реституции в статье 43, в комментарии к статье 44 признается, что компенсация является "главным и основным средством защиты, используемым после завершения какого-либо международно-противоправного деяния"²⁷⁵. Денежная компенсация отличается от выплат, предлагаемых или присуждаемых в порядке сатисфакции, поскольку ее функция состоит исключительно в компенсации ущерба; она должна соответствовать, насколько это возможно, ущербу, понесенному потерпевшим государством в результате нарушения. Несмотря на то, что по многочисленным делам, рассматривавшимся арбитражными судами, уже приняты решения, в той или иной степени касающиеся вопроса об определении размера компенсации, в комментарии предлагается не детализировать содержание статьи 44 на том основании, что "нормы о компенсации должны носить сравнительно общий и гибкий характер"²⁷⁶. В комментарии рассматриваются вопросы причинности, включая влияние

²⁷⁵ Комментарий к статье 44, пункт 1, текст в *Ежегоднике ... 1993 год*, том II (Часть вторая), стр. 74-84.

²⁷⁶ Там же, пункт 3.

множественных причин²⁷⁷, однако в отношении главного вопроса, а именно определения размера компенсации, в нем приводятся лишь такие общие заявления, как, например, заявления типа: "компенсация представляет собой соответствующее средство защиты в случае причинения "экономически оцененного ущерба", т.е. ущерба, который может быть оценен в экономическом смысле"²⁷⁸, в том числе морального и материального ущерба²⁷⁹. Под компенсацией понимаются только денежные выплаты²⁸⁰, хотя непонятно, почему она не могла бы также принимать форму – с чем все согласились – предоставления каких-либо иных ценностей.

149. Далее в комментарии анализируется вопрос о присуждении процентов и упущенной выгоды. Проценты рассматриваются ниже в качестве отдельной категории²⁸¹. Вопрос об упущенной выгоде исследуется пространно, но весьма недоказательно. В комментарии отмечается, что

"компенсация за *lucrum cessans* в литературе и на практике поддерживается менее широко, чем возмещение за *damnum emergens*. При присуждении упущенной выгоды, по-видимому, было бы неуместно присуждать проценты на капитал, используемый для получения прибыли, за один и тот же период времени по той простой причине, что капитал не может одновременно приносить проценты и теоретически использоваться для извлечения прибыли... Главная цель заключается в избежании "двойной компенсации" применительно ко всем формам возмещения"²⁸².

²⁷⁷ Там же, пункты 6-13. О ходе обсуждения см. выше, пункты 27-29 и 31-37.

²⁷⁸ Там же, пункт 16.

²⁷⁹ Там же, пункт 17.

²⁸⁰ Там же, пункт 18, см. цитируемый Grotius, *De Iure Belli ac Pacis* (1636), Вк. II, Ch. 17, § 17: "деньги являются общим мерилем ценных вещей".

²⁸¹ См. ниже, пункты 195-214.

²⁸² Комментарий к статье 44, пункт 27.

После обзора соответствующих прецедентов (включая расхождение в решениях Арбитражного суда по рассмотрению взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов по делам, касавшимся экспроприации имущества) в комментарии делается следующий вывод:

"С учетом расхождений во мнениях в отношении компенсации за *lucrum cessans* Комиссия пришла к выводу о том, что было бы чрезвычайно трудно разработать в этом отношении конкретные нормы, которые могли бы получить значительную поддержку... Правовая регламентация всех этих вопросов пока не является достаточно определенной, и на данном этапе Комиссия посчитала себя неспособной дать конкретные ответы на эти вопросы или сформулировать в связи с ними четкие нормы. Поэтому она сочла предпочтительным оставить на усмотрение соответствующих государств или любой третьей стороны, участвующей в урегулировании спора, решение в каждом отдельном случае вопроса о том, должна ли быть выплачена компенсация за упущенную выгоду"²⁸³.

По этому поводу в пункте 2 статьи 44 сказано лишь, что компенсация "может включать в себя... в соответствующих случаях, упущенную выгоду": более слабое одобрение трудно себе представить.

150. В комментариях правительств по статье 44 поднимается целый ряд важных вопросов. Во-первых, есть ли необходимость в более детальном положении. Ряд правительств придерживаются мнения о том, что ввиду сложности и важности затрагиваемых проблем было желательно получить дополнительные рекомендации относительно стандарта компенсации по обычному международному праву, особенно в том, что касается "оценки денежного ущерба", включая проценты и упущенную выгоду²⁸⁴. Франция выступает против "слишком сжатой" формулировки статьи 44 (особенно по сравнению с детализированными статьями 45 и 46) и ратует за возвращение "к более подробному варианту", основанному на работе, проделанной г-ном Аранджио-Руисом в его втором докладе (1989 год), и на международной практике и юриспруденции²⁸⁵.

²⁸³ Там же, пункт 39.

²⁸⁴ Дания от имени стран Северной Европы (A/CN.4/488, стр. 118); см. также A/CN.4/496, стр. 28, пункт 125 (где подчеркивается необходимость обеспечения большей юридической защищенности), и A/CN.4/504, стр. 23, пункт 71.

²⁸⁵ A/CN.4/488, стр. 118; см. также A/CN.4/496, стр. 28, пункт 125, и A/CN.4/504, стр. 23, пункт 71 (например, "принцип, согласно которому ущерб, понесенный гражданином, является мерилем ущерба, понесенного государством").

Другие же, напротив, указывают на необходимость обеспечения определенной гибкости при решении конкретных дел; по их мнению, достаточно закрепить общий принцип компенсации в статье 44. Они также отмечают, что "подробное и всеобъемлющее рассмотрение правовых норм о возмещении и компенсации отнимет много времени и затянет завершение работы Комиссии"²⁸⁶.

151. В отношении содержания этого общего принципа правительства придерживаются мнения о том, что в принципе сумма подлежащей выплате компенсации точно соответствует стоимости реституции, которую получило бы потерпевшее государство. Соединенные Штаты рассматривают нынешнюю формулировку пункта 1 в качестве "укоренившегося принципа, отраженного в обычном международном праве и многочисленных многосторонних и двусторонних соглашениях". По их мнению, тот факт, что компенсация должна выплачиваться в случае непредоставления реституции, четко указывает на то, что сумма причитающейся компенсации должна быть эквивалентна стоимости реституции²⁸⁷. Япония же, напротив, обеспокоена возможным истолкованием пункта 1 таким образом, что "государство-нарушитель будет иметь возможность отклонить требование потерпевшего государства относительно (финансовой) компенсации, ссылаясь на то, что не была доказана полная невозможность получения реституции в натуре". Такое прочтение данного положения, таким образом, "значительно ограничило бы свободу потерпевшего государства выбрать такую форму полного возмещения, которую оно сочтет уместной"²⁸⁸.

152. Другая проблема связана с необходимостью включения ссылки на проценты и упущенную выгоду в пункт 2 и надлежащим формулированием любой такой ссылки. По мнению одних правительств, нет никакой необходимости в упоминании о выплате процентов и компенсации в связи с упущенной выгодой в качестве правового обязательства²⁸⁹. Такую позицию, как представляется, занимает французское правительство, которое предлагает изменить формулировку данного пункта следующим образом:

²⁸⁶ A/CN.4/496, стр. 28, пункт 124.

²⁸⁷ A/CN.4/488, стр. 118 и 119; Соединенные Штаты делают специальную ссылку на дело "Lusitania" и дело "Letelier" и отмечают, что этот принцип "также применялся в делах, связанных со смертью в результате противоправного деяния".

²⁸⁸ A/CN.4/492, стр. 17.

²⁸⁹ A/CN.4/504, стр. 23, пункт 71.

"Для целей настоящей статьи под подлежащим возмещению ущербом, вытекающим из международно-противоправного деяния, понимается любой ущерб, имеющий непрерывную причинно-следственную связь с этим деянием"²⁹⁰. В то же время другие правительства твердо заявляют, что "с точки зрения реального ущерба, понесенного истцом, выплата процентов является не факультативной, а обязательной"²⁹¹. Поэтому в пункте 2 должно быть предусмотрено, что компенсация "должна" (а не "может") включать проценты²⁹². Соединенные Штаты ссылаются на решения Арбитражного суда по рассмотрению взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов и Компенсационной комиссии Организации Объединенных Наций в подтверждение своей позиции, согласно которой нынешняя формулировка пункта 2 "не только противоречит подавляющему большинству норм прецедентного права по этому вопросу, но и подрывает принцип "полного возмещения"²⁹³.

153. В этих комментариях поднимается целый ряд вопросов, касающихся статьи 44. Один из них, вопрос о процентах, рассматривается отдельно ниже²⁹⁴. Однако главный поднятый вопрос заключается в том, следует ли в статье 44 более детально излагать общепринятые принципы определения размера компенсации, а также в том, какие ограничения можно было бы ввести в отношении определения размера полной компенсации, с тем чтобы избежать наложения непропорционального бремени на несущее ответственность государство.

²⁹⁰ A/CN.4/488, стр. 119.

²⁹¹ Соединенное Королевство (там же, стр. 118); см. также A/CN.4/496, стр. 28, пункт 125 ("выплата процентов должна быть базовой и общей нормой, связанной с компенсацией").

²⁹² Соединенные Штаты считают, что без внесения такого изменения статья 44 представляла бы собой "шаг назад в области международно-правового регулирования возмещения" (A/CN.4/488, стр. 120). См. также A/CN.4/504, стр. 23, пункт 71, в котором одно правительство утверждает, что замена слова "может" словом "должна" "лишило бы государство-правонарушитель стимула затягивать выплату компенсации", в то время как другое поддержало идею о том, что, прежде чем включить положение о процентах, следует предусмотреть для государства-правонарушителя "достаточный льготный период" в отношении выплаты компенсации. Представляется, что правительство, предлагающее эту замену, не склонно выступать за исключение слов "в соответствующих случаях" перед словами "упущенную выгоду" (см. Монголия, A/CN.4/488, стр. 118).

²⁹³ Там же, стр. 120.

²⁹⁴ См. ниже, пункты 195-214.

b) Определение размера компенсации: общий принцип или детальные критерии?

154. В своем втором докладе г-н Аранджио-Руис достаточно детально исследовал проблему "возмещения эквивалентом", предложив два альтернативных варианта статьи - один короткий, а другой более детальный. Как следует из комментария Комиссии, она отдала предпочтение короткому варианту, который и стал статьей 44²⁹⁵. Как следствие, некоторые из вопросов, проанализированных г-ном Аранджио-Руисом в его втором докладе - различие между моральным ущербом физическим лицам и государству, различие между законной и незаконной экспроприацией, методы оценки стоимости экспроприированного имущества, особенно, когда это касается "функционирующего предприятия", - рассмотрены в рамках статьи 44 и комментария к ней весьма кратко, либо вообще не рассмотрены.

155. По всей видимости, при выработке более конкретных норм, касающихся компенсации, необходимо проявлять осторожность. Если в некоторых областях (в частности, в области дипломатической защиты, особенно в том, что касается ареста имущества или причинения ему ущерба) существует множество нормообразующих источников, то в области оценки материального ущерба в межгосударственных отношениях (т.е. вне сферы дипломатической защиты) за последнее время принято сравнительно небольшое число мотивированных решений. Возмещения убытков истцы требовали примерно по одной трети дел, возбужденных в Международном Суде, однако к настоящему времени Суд присудил возмещение убытков лишь по одному из них - по делу "Corfu Channel (Assessment of Compensation)"²⁹⁶. Действительно, утверждалось, что Суд испытывает определенное неприятие в отношении вынесения решений о возмещении убытков в отличие от констатирующих заявлений или иных мер. Например, в деле "Nuclear Tests" (Новая Зеландия против Франции) после того как Франция взяла на себя обязательство не производить новые взрывы в атмосфере, несмотря на невыполнение

²⁹⁵ См. Аранджио-Руис, *Второй доклад*, в Ежегоднике... 1989 год, том II, Часть первая, стр. 3-29, а текст его предложений см. там же, стр. 56. Доклад Редакционного комитета см. Yearbook... 1992, vol. I, pp. 219-220. С 1989 года юриспруденция и практика продолжали претерпевать дальнейшие изменения, которые обобщены, в частности, М. Iovane, *La Riparazione nella Teoria e Nella Prassi dell'Illecito Internazionale* (Milan, Guiffre, 1990), Е. Decaux. "Responsabilité et réparation", in *La responsabilité dans le système international: colloque du Mans*, (Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 1991), pp. 47-190, а также в источниках, указанных ниже. Общий опыт сравнительного правоведения всесторонне обобщен Н. Stoll, "Consequences of Liability: Remedies", in А. Tunc (ed.), *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. XII, ch. 8.

²⁹⁶ *I.C.J. Reports* 1949, p. 249. См. С. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), pp. 77-95, который дает несколько скептический анализ практики.

требования Новой Зеландии о выплате компенсации, Суд вынес решение о спорности данного дела²⁹⁷. В деле "The Gabčíkovo-Nagymaros Project", когда обе стороны требовали друг у друга выплаты значительной компенсации, Суд сначала подтвердил классические нормы, касающиеся возмещения и компенсации, а затем выразил мнение о том, что в отношении возмещения убытков было бы уместно достичь "соглашения о выплате нулевых сумм" (в отличие от финансовых взносов на дальнейшее осуществление проекта). Соответствующий отрывок гласит следующее:

"Существует вполне устоявшаяся норма международного права, согласно которой потерпевшее государство имеет право на получение компенсации от государства, которое совершило международно-противоправное деяние, за причиненный им ущерб. В настоящем решении Суд пришел к заключению, что обе стороны совершили международно-противоправные деяния, и отметил, что эти деяния послужили причиной нанесения ущерба сторонам; как следствие, Венгрия и Словакия обе обязаны выплатить компенсацию и обе имеют право на ее получение. Так, Словакия имеет право на компенсацию за ущерб, причиненный Чехословакии, а также ей самой, в результате принятия Венгрией решения о приостановлении и последующем прекращении строительства в Надьямароше и Дунакилити, поскольку эти действия привели к задержке пуска электростанции в Габчиково и изменению режима ее работы после пуска. Венгрия же имеет право на компенсацию за ущерб, причиненный в результате изменения русла Дуная, так как Чехословакия, введя в строй объект, и Словакия, обеспечивая его функционирование, лишили Венгрию принадлежащей ей по праву доли участия в общих водных ресурсах и использовали эти ресурсы преимущественно в своих собственных интересах.

Однако с учетом того, что обе стороны причинили взаимный вред, Суд хотел бы отметить, что вопрос о компенсации мог бы быть удовлетворительно решен в рамках общего урегулирования, если бы каждая из сторон отказалась от всех финансовых требований и встречных требований или аннулировала их"²⁹⁸.

Можно заключить, что в обоих случаях Суд не рассматривал вопросы компенсации (в отличие от восстановления законности или пресечения предположительно противоправного поведения) в качестве центральных вопросов по делу. Однако в деле

²⁹⁷ *I.C.J. Reports* 1974, p. 457 at pp. 475-6 (пункты 55-58). Cf. *Request for an Examination of the Situation...*, *I.C.J. Reports* 1995, p. 288 at p. 305 (пункт 59).

²⁹⁸ *I.C.J. Reports* 1997, p. 7 at p. 81-6 (пункты 152-3). См. также пункты 169-70 (судья Ода).

"Gabcíkovo-Nagymaros", в частности, он подтвердил применение устоявшихся норм права в отношении возмещения, включая компенсацию, в тех случаях, когда затрагиваются межгосударственные отношения. Кроме того, не следует искать некий глубокий смысл в факте отсутствия решений Суда о присуждении компенсации. В одних случаях государства предпочитали удовлетворить требования путем возмещения убытков (без предрешения окончательного урегулирования вопроса), не доводя дело до вынесения судебного решения по существу²⁹⁹ или даже решения в отношении юрисдикции³⁰⁰. В других случаях стороны стремились решить вопросы после присуждения или вынесения решения в отношении принципа ответственности или дела прекращались по другим причинам³⁰¹. Несколько находящихся на рассмотрении дел касаются требований (или включают требования) о возмещении, а также ряда встречных требований о возмещении³⁰².

156. Помимо Международного суда, вопросы возмещения, включая компенсацию, рассматриваются и другими действующими судами и трибуналами.

²⁹⁹ По аналогии с делом "*Certain Phosphate Lands in Nauru*", *I.C.J. Reports* 1992 p. 240; постановление Суда о прекращении дела после урегулирования см. в *I.C.J. Reports* 1993 p. 322; *Case concerning Passage through the Great Belt*, *I.C.J. Reports* 1992 p. 348 (постановление о прекращении дела после урегулирования).

³⁰⁰ По аналогии с *Aerial Incident of 3 July 1988*, *I.C.J. Reports* 1996 p. 9 (постановление о прекращении дела после урегулирования).

³⁰¹ Дело "*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*" было прекращено после подачи Никарагуа письменного требования о выплате компенсации: *I.C.J. Reports* 1991 p. 47 (постановление о прекращении дела).

³⁰² Встречные требования были признаны приемлемыми в следующих делах: *Case concerning Application of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) Counter-claims*, *I.C.J. Report* 1997 p. 243; *Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Counter-claims*, *I.C.J. Report* 1998 p. 190; *Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, постановление от 30 июня 1999 года.

- Арбитражный суд по рассмотрению взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов принял большое число решений и постановлений по вопросам определения размера ущерба и стоимости экспроприированного имущества. В настоящее время на рассмотрении находится большое число межгосударственных требований о возмещении³⁰³.
- Суды и другие органы по правам человека, в частности Европейский и Межамериканский суды по правам человека, наработали определенную практику в отношении того, что именно статья 41 (ранее 50) Европейской конвенции по правам человека квалифицирует в качестве "справедливой компенсации"³⁰⁴. До настоящего времени суммы компенсации и убытков, присуждавшиеся или рекомендовавшиеся этими органами, как правило, являлись небольшими по своему размеру, хотя практика в этой области продолжает развиваться³⁰⁵.

³⁰³ Обзор практики Суда в области определения размера и компенсации см., в частности, G. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996) chs. 5, 6, 12; C.N. Brower & J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Nijhoff, The Hague, 1998), chs. 14-18; M. Pellonpää, "Compensable Claims Before the Tribunal: Expropriation Claims", in R.B. Lillich & D.B. McGraw (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, 1998) pp. 185-266; D.P. Stewart, "Compensation and Valuation Issues", *ibid.*, pp. 325-385.

³⁰⁴ Статья 41 (новый порядковый номер в соответствии с Протоколом № 11 1994 года) гласит:

"Если Суд объявляет, что имело место нарушение положений Конвенции или Протоколов к ней, а внутреннее право Высокой Договаривающейся Стороны допускает возможность лишь частичного возмещения, Суд, в случае необходимости, присуждает выплату справедливой компенсации потерпевшей стороне".

Практика Суда свидетельствует о том, что "компенсация" включала элементы как компенсации, так и сатисфакции по смыслу данных проектов статей.

³⁰⁵ См. полезный обзор, проведенный D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999) chs. 8, 9. См. далее ниже, пункт 157.

- Суды ИКСИД, учрежденные в соответствии с Вашингтонской конвенцией 1965 года, вправе присуждать убытки или принимать другие меры при урегулировании споров, касающихся инвестиций, между государствами-участниками и гражданами других государств. Некоторые из таких требований связаны с прямым применением норм международного права³⁰⁶.
- Международный трибунал по морскому праву присудил значительные убытки по различным категориям плюс проценты в своем первом деле, рассмотренном по существу³⁰⁷.
- Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций является несудебным органом, учрежденным Советом Безопасности для рассмотрения требований к Ираку о выплате компенсации, "прямо" связанных с его вторжением в Кувейт в 1990 году³⁰⁸. В компетенцию Комиссии входит вынесение решений

³⁰⁶ См., например, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka* (1990) 4 ICSID Reports, p. 245.

³⁰⁷ *The M.V. Saiga (No. 2)*, judgment of 1 July 1999, paras. 170-177; reprinted at 38 I.L.M. 1323 (1999).

³⁰⁸ См. выше, пункт 28. В дополнение к процитированным здесь работам см. S. Boelaert-Suominen, "Iraqi War Reparations and the Laws of War: a Discussion of the Current Work of the United Nations Compensation Commission with Specific Reference to Environmental Damage During Warfare", *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 50, 1996, pp. 225-316; G. Christenson, "State Responsibility and the UN Compensation Commission: Compensating Victims of Crimes of State", in R. Lillich (ed.), *The United Nations Compensation Commission* (Irvington, Transnational Publishers, New York, 1995) pp. 311-364; A. Gattini, "La riparazione dei danni di guerra causati dall'Iraq", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 76, 1993, pp. 1000-1046; B. Graefrath, "Iraqi Reparations and the Security Council", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 55, 1995, pp. 1-68; C. Romano, "Woe to the Vanquished? A Comparison of the Reparation Process after World War I (1914-18) and the Gulf War (1990-1)", *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, 1997, pp. 61-190.

относительно ответственности Ирака "по международному праву"³⁰⁹, и Комиссия вырабатывает руководящие принципы присуждения компенсации, которые подлежат утверждению Советом управляющих (в составе членов Совета Безопасности). Эти руководящие принципы применялись при рассмотрении весьма многочисленных требований³¹⁰.

157. Всякий раз, когда создается специальный трибунал или другой орган, правомочный рассматривать требования, касающиеся ответственности государств, и присуждать компенсацию, возникает вопрос о том, являются ли принимаемые им решения частью "специального режима" в области возмещения, эквивалентного *lex specialis*. Не вызывает

³⁰⁹ Резолюция 687 Совета Безопасности от 3 апреля 1991 года, пункт 16.

³¹⁰ Руководящие принципы и решения Комиссии можно найти по адресу: <http://www.unog.ch/uncc/decision.htm>. Особый интерес для целей настоящего анализа представляют следующие решения:

- Решение 3: S/AC.26/1991/3; 23 октября 1991 года: Физическое увечье и душевное страдание и мучение;
- Решение 7: S/AC.26/1991/7/Rev.1; 17 марта 1992 года: Критерии в отношении дополнительных категорий претензий;
- Решение 8: S/AC.26/1992/8; 27 января 1992 года: Установление верхних пределов компенсации за душевное страдание и мучение;
- Решение 9: S/AC.26/1992/9; 6 марта 1992 года: Положения и выводы в отношении компенсации коммерческих потерь: виды убытков и определение их размера;
- Решение 11: S/AC.26/1992/11; 26 июня 1992 года: Право военнослужащих вооруженных сил коалиции союзников претендовать на получение компенсации;
- Решение 13: S/AC.26/1992/13; 25 сентября 1992 года: Дальнейшие меры во избежание многократного возмещения заявителями претензий;
- Решение 15: S/AC.26/1992/15; 4 января 1993 года: Компенсация коммерческих потерь, возникших в результате незаконного вторжения Ирака и оккупации им Кувейта, в тех случаях, когда торговое эмбарго и связанные с ним меры также явились одной из причин таких потерь;
- Решение 16: S/AC.26/1992/16; 4 января 1993 года: Присуждение процентов;
- Решение 19: S/AC.26/Dec.19 (1994); 24 марта 1994 года: Военные расходы;
- Решение 40: S/AC.26/Dec.40 (1996); 18 декабря 1996 года: Решение по претензии в связи с тушением пожаров на нефтепромыслах.

сомнения то, что в деятельности вышеупомянутых органов (а также в функционировании Механизма Всемирной торговой организации по урегулированию споров, который в своих действиях однозначно ориентирован на прекращение, а не возмещение³¹¹) в большей или меньшей степени присутствуют элементы *lex specialis*. В принципе государства вправе создавать такие механизмы для урегулирования споров, которые будут заниматься лишь определенными аспектами наступления ответственности, фактически игнорируя или не учитывая другие аспекты. Однако существует презумпция против создания полностью замкнутых режимов в области возмещения, а также верно и то, что каждый из упомянутых в предыдущем пункте органов в той или иной степени подвержен влиянию стандарта возмещения по общему международному праву. Кроме того, практика в этой области развивается весьма динамично, хотя примечательно то, что судебные органы все еще продолжают ссылаться на принцип "Chorzów Factory", а также на деятельность данной Комиссии. Например, основополагающее решение Межамериканского суда по правам человека, касающееся вопроса о возмещении, гласит, в частности, следующее:

"Возмещение ущерба, причиненного в результате нарушения международного обязательства, представляет собой полную реституцию (*restituto in integrum*), что включает восстановление существовавшего ранее положения, возмещение в связи с ликвидацией последствий нарушения и компенсацию имущественного и неимущественного ущерба, включая душевное страдание. В отношении душевного страдания Суд придерживается мнения о том, что компенсация может присуждаться по международному праву, в частности в связи с нарушениями прав человека. Возмещение должно основываться на принципах справедливости... [Пункт 1 статьи 63 Американской конвенции] не касается возможностей обеспечения эффективности средств возмещения, предусматриваемых внутренним правом государства-участника, несущего ответственность за нарушение, и не ограничивает такие возможности, в силу чего [Суд] свободен от пороков, дефектов или недостатков национального права и действует независимо от него. Это означает, что при присуждении соответствующего возмещения Суд должен опираться на

³¹¹ Соглашение о создании Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 года, приложение 2, Договоренность о правилах и процедурах урегулирования споров, особенно статья 3 (7), которая предусматривает выплату компенсации "лишь в том случае, если немедленная отмена меры неосуществима, и в качестве временной меры до отмены меры, которая противоречит подпадающему под действие настоящих положений соглашению". В ВТО понятие "компенсации" касается поведения не в прошлом, а в будущем... см. там же, статья 22. О различии между прекращением и возмещением в ВТО см., например, *Australia - Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, Panel Report, 21 January 2000, WT/DS126/RW, para. 6.49.

Американскую конвенцию и применимые принципы международного права"³¹². Аналогичным образом в деле "Papamichaelopoulos" Европейский суд по правам человека отметил, что:

"Противоправность подобного лишения владения неизбежно затрагивает критерии, подлежащие использованию для определения возмещения, которое обязано предоставить государство-ответчик, поскольку материальные последствия законной экспроприации нельзя уподобить последствиям незаконного лишения владения. Ценным источником в этой области для Суда является международное прецедентное право, т.е. решения судов и арбитражных судов; хотя такое прецедентное право касается в большей степени экспроприации промышленных и коммерческих предприятий, принципы, определенные в этой сфере, действительны и для ситуаций, подобных той, которая рассматривается в рамках настоящего дела"³¹³.

158. Таким образом, вероятность того, что решения специальных международных судов о компенсации могут содержать элементы *lex specialis*, не дает оснований Комиссии отказываться от принципа полной компенсации, закрепленного в статье 44. В то же время это служит причиной колебаний относительно более детального раскрытия содержания данного принципа, поскольку он применяется - и, по-видимому, будет продолжать применяться - различными органами по-разному в разных контекстах. К тому же есть еще две причины для проявления осторожности:

³¹² *Velásquez Rodríguez case*, I.A.C.H.R. Ser. C No. 7 (1989) at pp. 26-27, 30-1.

³¹³ *Papamichaelopoulos v. Greece (Article 50)*, E.C.H.R. Ser. A No. 330-B (1995) at para. 36. Суд также сослался на заключение по делу "Chorzów Factory": *ibid.* В целом о развитии стандартов компенсации в области прав человека см. Shelton (1999); A Randelzhofer & C. Tomuschat (eds.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights* (Nijhoff, The Hague, 1999); R. Pisillo Mazzeschi, "La Riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione Europea", *La Comunità Internazionale*, vol. 53 (1998) p. 215.

- Во-первых, больше всего споров по поводу количественной оценки ущерба возникает в связи с экспроприированным имуществом, где (за исключением особых случаев, таких, как само дело "Chorzów Factory" или дело "Paramichaelopoulos") речь идет о содержании первичного обязательства выплатить компенсацию. В связи с разработкой данных проектов статей в задачу Комиссии не входит проведение различия по существу между законным и незаконным отчуждением или уточнение содержания какого бы то ни было первичного обязательства³¹⁴.
- Во-вторых, на данном этапе, когда Комиссия приняла решение рассматривать вопрос о дипломатической защите в качестве отдельной темы (но все же в рамках общей сферы ответственности), вопросы квалификации, возникающие в контексте причинения ущерба иностранным гражданам, более уместно рассматривать в пределах именно этой темы.

159. Несмотря на вышеизложенные соображения, следует подчеркнуть, что если и существуют четкие и более детальные нормы в отношении определения размера компенсации, которые можно сформулировать, будь то в порядке чистой кодификации или прогрессивного развития права, то их надлежит сформулировать. Сложность заключается в том, что в отличие от общих принципов, изложенных в статьях 42 и 44, совершенно неясно, существуют ли подобные нормы³¹⁵. Решения отражают все

³¹⁴ О вопросах, касающихся экспроприации и стоимостной оценки имущества, приносящего доход, см., например, G.M. Erasmus, *Compensation for Expropriation: A Comparative Study* (Reese & UK National Committee of Comparative Law, Oxford, 1990); P.M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, pp. 474-505; E. Penrose, G. Joffe & G. Stevens, "Nationalisation of Foreign-Owned Property for a Public Purpose: An Economic Perspective on Appropriate Compensation", *Modern Law Review*, vol. 55, 1992, pp. 351-367; W.C. Lieblich, "Determinations by International Tribunals of the Economic Value of Expropriated Enterprises", *Journal of International Arbitration*, vol. 7, 1990, pp. 37-67; W.C. Lieblich, "Determining the Economic Value of Expropriated Income-Producing Property International Arbitrations", *Journal of International Arbitration*, vol. 8, 1991, pp. 59-80; P. Friedland & E. Wong, "Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies", *ICSID Review*, vol. 6, 1991, pp. 400-430; S.K. Seyed Khalil, "The Place of Discounted Cash Flow in International Commercial Arbitrations: Awards by Iran-United States Claims Tribunal", *Journal of International Arbitration*, vol. 8, 1991, pp. 31-50; C. Chatterjee, "The Use of the Discounted Cash Flow Method in the Assessment of Compensation", *Journal of International Arbitration*, vol. 10, 1993, pp. 19-24; H. Dagan, *Unjust Enrichment* (Cambridge, CUP, 1997) ch. 6.

³¹⁵ См. также заключение г-на Аранджио-Руиса: *Второй доклад* (1989 год), пункт 28.

многообразии фактических ситуаций, влияние конкретных первичных обязательств³¹⁶, оценок соответствующего поведения сторон (с точки зрения как серьезности нарушения, так и последующего поведения сторон) и, в более общем плане, задачу достижения справедливого и приемлемого урегулирования. Как отмечает Олдрич, "когда [международные судьи] выносят сложное решение, подобное тому, которое касается суммы компенсации, причитающейся в связи с экспроприацией прав... они неизбежно должны будут принять во внимание соображения справедливости независимо от того, признаны они или нет"³¹⁷. Опыт в этом и ином контексте свидетельствует о том, что, хотя влияние соображений справедливости и норм пропорциональности в международном праве и можно проиллюстрировать примерами, попытка их детального формулирования скорее всего будет обречена на неудачу.

160. В силу этих причин Специальный докладчик поддерживает принятое в 1992 году Комиссией решение сформулировать статью 44 в общих и гибких выражениях. Можно ограничить принцип полной компенсации целым рядом конкретных изъятий, в частности нормой о недопущении двойного возмещения и, возможно, нормой *non ultra petita*, хотя такие ограничения в большей степени касаются применения норм ответственности, чем определения *quantum* на уровне принципа. Они соответствующим образом будут рассмотрены ниже наряду с вопросом об уменьшении ответственности³¹⁸

с) Ограничение компенсации

161. Вместе с тем необходимо рассмотреть следующий вопрос: вопрос об ограничении компенсации. Правовые системы обычно опасаются возникновения обязательств на неопределенную сумму в отношении неопределенной категории потерпевших, и особый контекст межгосударственных отношений по меньшей мере усиливает такие опасения. В международном праве не существует *общего* эквивалента ограничения исковых требований или ограничения ответственности, которые используются с этой целью во внутригосударственном праве. Государство – не компания с ограниченной ответственностью, и официального механизма решения проблем неплатежеспособности государств не существует. С учетом того, что государства могут вмешиваться в жизнь

³¹⁶ Момент, который особенно выделил Броунли: *State Responsibility Part I* (Oxford, Clarendon Press, 1983) pp. 223-227.

³¹⁷ Aldrich (1996) p. 242. Приведенный отрывок касается вопроса об определении размера компенсации применительно к "праву добывать и продавать нефтепродукты", однако он имеет более широкую сферу применения.

³¹⁸ См. ниже, пункты 215-222.

людей и в хозяйственные отношения, а также с учетом расширения материального международного права, затрагивающего и то, и другое, возможность неопределенной ответственности, несомненно, существует – даже если обычно на практике она не возникает³¹⁹.

162. Проблема ограничения непомерно больших требований компенсации уже обсуждалась в контексте прежней статьи 42, пункт 3, где предусматривается, что возмещение не должно приводить к лишению населения его средств к существованию³²⁰. По указанным причинам это положение излишне в том, что касается реституции и сатисфакции, однако оно заслуживает рассмотрения в контексте компенсации, поскольку нормы, касающиеся прямого или непосредственного характера ущерба, полностью не исключают присуждения в некоторых случаях огромных сумм в порядке компенсации.

163. Однозначный ответ на эти опасения заключается в том, что они преувеличены, что компенсация подлежит выплате лишь в том случае, если потеря была фактически понесена как результат (прямой, непосредственный, не чересчур отдаленный) международно-противоправного деяния государства, и что в таких случаях нет оснований для того, чтобы требовать от потерпевшего (потерпевших) самому покрывать причиненный ему ущерб. Кроме того, если государства желают установить ограничения режимов ответственности в конкретных областях особо опасной деятельности (например, нефтяное загрязнение, ядерные аварии), то они могут всегда сделать это. В частности, неизменным итогом упорядоченных процедур рассмотрения претензий (предусматривали ли они соглашения о твердой выплате или создание смешанных комиссий или арбитражей по рассмотрению взаимных претензий) было значительное общее сокращение подлежащей выплате компенсации в сравнении с истребованными суммами³²¹. Согласно этой точке зрения, основания для общего положения по этому вопросу не имеются.

³¹⁹ См., например, чернобыльское дело, которое тем не менее не повлекло за собой каких-либо фактических требований возложения ответственности: см. J. Woodliffe, "Chernobyl: Four Years On", *International & Comparative Law Quarterly*, 39 (1990) 461, pp. 466-468.

³²⁰ См. выше, пункты 38-42.

³²¹ См. выше, пункт 41, примечание 77. Аналогичный итог можно отметить и в случае созданных ранее смешанных арбитражей.

164. Специальный докладчик склонен согласиться с этим. Однако рассмотрение вопроса о том, следует ли включить пункт 3 статьи 42 или аналогичное положение в статью 44, чтобы учесть случаи катастрофической или непредвиденной ответственности, – это дело Комиссии. В любом случае вопрос об уменьшении ответственности и уменьшении размера ущерба путем использования ссылки на поведение потерпевшего государства уместен в проекте и рассматривается ниже³²².

d) Заключение

165. По этим причинам Специальный докладчик предлагает следующую редакцию статьи 44:

"Компенсация

Государство, совершившее международно-противоправное деяние, обязано компенсировать любой причиненный тем самым экономически оценимый ущерб, в том объеме, в каком такой ущерб не покрывается реституцией".

По сравнению с вариантом, принятым в первом чтении, в формулировку были внесены некоторые редакционные изменения, имеющие по существу второстепенный характер. Во-первых, как и другие статьи в этой части, статья 44 изложена как обязательство ответственного государства. Ссылка потерпевшего государства или потерпевших государств на эту ответственность будет рассмотрена в части второй-бис. Разумеется, каждое государство может ссылаться на обязательство выплатить компенсацию только в той мере, в какой оно само понесло ущерб, или в той мере, в какой оно надлежащим образом требует возмещения ущерба, понесенного его гражданами или юридическими лицами³²³. Во-вторых, два пункта прежней статьи 44 были сведены в один пункт, охватывающий любой экономически оценимый ущерб. Нет необходимости упоминать об упущенной выгоде как отдельной рубрике ущерба, в особенности из-за того, что любое подобное упоминание неизбежно должно сопровождаться оговоркой (создающей "декодифицирующие" последствия, по поводу чего многие правительства высказали возражения по прежнему тексту³²⁴). В некоторых обстоятельствах компенсация

³²² См. ниже, пункты 195-214.

³²³ То, в какой мере государство может требовать возмещения от имени потерпевших лиц или компаний в результате международно-противоправного деяния государства, будет подробнее рассмотрено в рамках темы дипломатической защиты.

³²⁴ См. выше, пункты 149, 152.

упущенной выгоды предоставляется, а в других – нет, и попытка точно их указать противоречила бы общей стратегии статьи 44 как изложения общего принципа. Более конкретно различные рубрики подлежащего компенсации ущерба (включая упущенную выгоду) могут быть рассмотрены в комментарии. Вопрос о процентах будет рассматриваться в отдельной статье³²⁵.

166. Комиссии предстоит решить, потребуется ли более детальная формулировка принципа компенсации в тексте статьи 44, и в этом случае соответствующие предложения будут представлены в одном из следующих выпусков настоящего доклада. Вместе с тем Специальный докладчик предпочел бы, чтобы совокупность международно признанных норм и принципов компенсации в отношении меры возмещения ущерба рассматривалась в комментарии более дискурсивным образом. Среди прочего, это можно будет сделать с необходимой степенью гибкости.

4. Сатисфакция

а) Нынешняя статья 45

167. Статья 45 предусматривает:

"Сатисфакция"

1. Потерпевшее государство вправе получить от государства, совершившего международно-противоправное деяние, сатисфакцию за ущерб, в частности моральный ущерб, причиненный таким деянием, в том случае, когда – и в том объеме, в каком – это необходимо для обеспечения полного возмещения.

2. Сатисфакция может принимать одну или несколько из следующих форм:

- а) извинение;
- б) номинально-символическое возмещение;
- в) в случаях грубого нарушения прав потерпевшего государства – возмещение, отражающее тяжесть такого нарушения;

³²⁵ См. ниже, пункты 195-214.

d) в случаях, когда международно-противоправное деяние является результатом серьезных поступков со стороны должностных лиц или преступного поведения должностных или частных лиц, - применение к виновным дисциплинарных мер воздействия или их наказание.

3. Право потерпевшего государства на получение сатисфакции не служит оправданием для выдвижения требований, которые могли бы затронуть достоинство государства, совершившего международно-противоправное деяние".

168. Согласно комментарию, сатисфакция должна охватывать "только нематериальный ущерб государству", иначе названный понесенным им "моральным уроном"³²⁶. Ранее авторы выражали это в таких терминах, как "честь" или "достоинство": эти термины в настоящее время кажутся достаточно архаичными, хотя термин "достоинство" сохранился в пункте 3 статьи 45. Пункт 1, упоминая о "сатисфакции за ущерб, в частности моральный ущерб, причиненный таким деянием", призван обозначить "любой нематериальный вред, причиненный государству в результате международно-противоправного деяния". Это предмет сатисфакции³²⁷.

169. В комментарии отмечается, что сатисфакция – это "довольно исключительное" средство, которое имеется не в каждом случае. Это передается выражением "в том случае, когда – и в том объеме, в каком – это необходимо для обеспечения полного возмещения"³²⁸. В пункте 2 представлен перечень мер, форму которых принимает сатисфакция. Так, извинение, которое "охватывает выражение сожаления, принесение извинений, отдавание почестей флагу и так далее ... занимает важное место в международной юриспруденции": даже если некоторые из его форм (например, отдавание почестей флагу) "по-видимому, исчезли из современной практики", требования извинений стали встречаться чаще и стали играть более важную роль³²⁹. Другая форма, не упомянутая в пункте 2, - это "признание поведения государства-нарушителя противоправным международным трибуналом"³³⁰.

³²⁶ Комментарий к статье 45, пункт 4, текст в "Ежегоднике ... 1993", том II (Часть вторая), стр. 84-90.

³²⁷ Там же, пункт 5.

³²⁸ Там же, пункт 6.

³²⁹ Там же, пункт 9.

³³⁰ Там же, пункт 10.

170. Возмещение, "отражающее тяжесть такого нарушения" носит "исключительный характер ... присуждается пострадавшей стороне сверх фактической потери, когда правонарушение отягчалось такими обстоятельствами как насилие, угнетение, злой умысел, обман или коварство со стороны нарушителя"³³¹. Так, в деле "Рейнбоу уорриор" Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций постановил, что Франция должна принести официальные извинения за нарушение и выплатить Новой Зеландии 7 млн. долл. США; эта сумма намного превысила размер фактически причиненного ущерба и явно была присуждена в порядке сатисфакции³³². В комментарии не предполагается, что такая форма сатисфакции ограничивается "международными преступлениями", как те определяются в прежней статье 19. Даже применительно к "деликтам" сатисфакция выполняет функцию, которая, имея "искупительный характер" или не имея его, выражает серьезность дела и нанесенного ущерба и в этом смысле является аспектом полного возмещения³³³.

171. Кроме того, часто истребуется и осуществляется наказание виновных должностных лиц, однако его "широкое применение ... может повлечь за собой неоправданное вмешательство во внутренние дела государств. Поэтому [Комиссия] ограничила сферу применения подпункта d) преступным поведением как официальных представителей, так и отдельных лиц и серьезными проступками должностных лиц"³³⁴.

172. В более общем плане необходимо установить известный предел в отношении мер, которые могут истребоваться в порядке сатисфакции, в свете прежних злоупотреблений, не совместимых с принципом равноправия государств³³⁵. В этом заключается смысл пункта 3³³⁶.

³³¹ Там же, пункт 12.

³³² Там же, пункт 13.

³³³ Там же, пункты 21-24.

³³⁴ Там же, пункт 15 (подчеркнуто в оригинале).

³³⁵ В комментарии не приводится пример таких злоупотреблений, однако г-н Аранджио-Руис в своем втором докладе дает два таких примера: совместная нота, направленная китайскому правительству в 1900 году после боксерского восстания, и требование конференции послов к Греции в деле Теллини в 1923 году: второй доклад (1989 года), пункт 124. Оба примера связаны с коллективными требованиями.

³³⁶ Комментарий к статье 45, пункт 25.

173. Ни одно из правительств, представивших комментарии по статье 45, не ставит под сомнение его актуальность и необходимость: все поддерживают то мнение, что сатисфакция – это важная и вполне обоснованная форма возмещения в международном праве³³⁷. Тем не менее по трем пунктам этой статьи было высказано много замечаний, касающихся существа и формы. Что касается пункта 1, то главный вопрос затрагивает понятие морального ущерба. В своем комментарии Япония указывает, что слова "в частности моральный ущерб" слишком неясны и их следует исключить³³⁸. С другой стороны, как Германия, так и Соединенные Штаты согласились с тем, что возмещение морального ущерба закрепилось в практике государств. Однако оба этих правительства считают, что "моральный ущерб равнозначен ущербу в форме психологических потрясений и страданий, и [что] возмещение обычно состоит из денежной компенсации": таким образом, по их мнению, положение о моральном ущербе следует перенести в статью 44³³⁹.

174. Что касается пункта 2, то первый вопрос, поднятый правительствами, касается понятия "штрафного возмещения ущерба", подразумеваемого в подпункте с) пункта 2. Несколько правительств утверждают, что понятие возмещения ущерба в порядке наказания не поддерживается практикой государств или международной юриспруденцией, и предлагают снять соответствующее положение в статье 45³⁴⁰. С другой стороны, Чешская Республика считает целесообразным, чтобы Комиссия "вернулась еще раз к вопросу о возможности штрафных убытков в случае преступления"³⁴¹. Ввиду характера *sui generis*, который имеет международную

³³⁷ Монголия характеризует статью 45 как "крайне важную" (A/CN.4/488, стр. 121).

³³⁸ A/CN.4/492, стр. 17 (см. также A/CN.4/504, стр. 23, пункт 72, где высказано предложение о необходимости определения термина "моральный ущерб").

³³⁹ A/CN.4/488, стр. 121. Правительство Германии проводит различие между моральным ущербом, понесенным гражданами государства, и моральным ущербом, нанесенным непосредственно государствами: последняя ситуация, хотя она и "менее определена", может также оправдывать денежную компенсацию "как одну из форм сатисфакции за посягательства на достоинство государства" (там же, стр. 121).

³⁴⁰ Германия (там же), Австрия (призвавшая Комиссию дополнительно изучить этот вопрос, поскольку это понятие известно в некоторых внутригосударственных правовых системах; там же, стр. 122), Соединенные Штаты (там же, стр. 124), Япония (A/CN.4/492, стр. 17). Швейцария предлагает снять подпункт 2 с) по другим соображениям, а именно ввиду того, что он затрагивает вопросы компенсации, уже регулируемые статьей 44 (A/CN.4/488, стр. 124).

³⁴¹ A/CN.4/488, стр.122.

ответственность, отсутствие концепции штрафных убытков в некоторых национальных правовых системах не является, как считает Чешская Республика, непреодолимой проблемой. Помимо того, что штрафные убытки были присуждены в нескольких международных делах, «как правило, нелегко отличить подлинные штрафные убытки, т.е. выходящие за рамки простого возмещения, от "щедро" назначенной компенсации, которая должна покрыть детально оцененный моральный ущерб»³⁴². Кроме того, «"[в]несение концепции штрафных убытков в проекты статей позволило бы наделить режим ответственности за "преступления" крайне полезной функцией априорного разубеждения»³⁴³.

175. Государства также прокомментировали и другие положения пункта 2 статьи 45. Например, обращалось внимание на возможность включения в этот пункт новых форм "конструктивного возмещения", признанных в деле "Рейнбоу уорриор"³⁴⁴. Франция предлагает ряд других изменений³⁴⁵. По ее мнению, можно было бы включить новый подпункт, "где речь бы шла о признании судом наличия международно-противоправного деяния"; он гласил бы следующее:

"объявление противоправности деяния компетентным международным органом, не зависимым от сторон".

Франция также считает, что в подпункте а) перед словами "принесение извинений" следует добавить слова "выражение сожаления и"³⁴⁶ и что в подпункте d) слова "дисциплинарных мер воздействия или их наказание" следует заменить словами "дисциплинарных или уголовных санкций". В том что касается последнего подпункта, мнения в достаточной степени разделились: хотя высказывалось соображение, что он "учитывает озабоченность внутригосударственного характера относительно дисциплинарных мер воздействия по отношению к должностным лицам, которая не

³⁴² Там же, стр. 123 (чешское правительство ставит вопрос, сохраняют ли свою актуальность в современном международном праве решения по делам о судах "Картаж" и "Лузитания"; см. также A/CN.4/504, стр. 23-24, пункт 72).

³⁴³ A/CN.4/488, стр. 122.

³⁴⁴ A/CN.4/504, стр. 23-24, пункт 72.

³⁴⁵ A/CN.4/488, стр. 123-124.

³⁴⁶ Узбекистан предлагает аналогичное дополнение, а также включение фразы "оказание особых почестей пострадавшему государству" (там же, стр. 124).

должна отражаться в проектах статей"³⁴⁷, Австрия считает, что он должен лучше отражать современную практику государств, в частности "возрастающее число многосторонних документов, в которых подчеркивается обязанность государств преследовать в судебном порядке и выдавать индивидов за противоправные деяния, определенные в этих документах"³⁴⁸.

176. Наконец, Соединенные Штаты предлагают исключить пункт 3 на том основании, что «термин "достоинство" не имеет определения (и, пожалуй, ему крайне трудно найти определение как правовому принципу), а потому этим положением могли бы злоупотреблять государства, стремящиеся избежать обеспечения сатисфакции в какой бы то ни было форме»³⁴⁹.

177. Таким образом, статья 45, по-видимому, вызывает три вопроса, соответствующие трем ее пунктам: во-первых, вопрос об общем характере сатисфакции и о ее связи с "моральным ущербом", во-вторых, об исчерпывающем или неисчерпывающем характере форм сатисфакции, указанных в пункте 2, а также о некоторых моментах, касающихся содержания этого перечня, и, в-третьих, вопрос о необходимости пункта 3 и его формулировке.

b) Характер сатисфакции как средства защиты

178. Нет сомнения в том, что сатисфакция за нематериальный вред, причиненный одним государством другому государству, признается международным правом. По этому поводу в решении по делу "Рейнбоу уорриор" Арбитраж постановил следующее:

«В практике государств и международных судебных органов давно установилась практика использования сатисфакции как средства защиты или формы возмещения (в широком смысле) применительно к нарушению международного обязательства. Такая практика в первую очередь касается случая морального или юридического ущерба, непосредственно причиненного государству, в особенности в отличие от случая ущерба лицам, затрагивающего международную ответственность. Чрезвычайно полезный и подробный анализ всего этого вопроса дан проф. Аранджио-Руисом в его втором докладе (1989 года)... Он свидетельствует о той широкой поддержке, которую сатисфакция получила в литературе, а также в

³⁴⁷ A/CN.4/504, стр. 24, пункт 72.

³⁴⁸ A/CN.4/488, стр. 122.

³⁴⁹ Там же, стр. 125, см. также A/CN.4/504, стр. 23-24, пункт 72.

судебной практике и практике государств, как "особое средство правовой защиты в случае нанесения ущерба достоинству, чести или престижу государства" (пункт 106). В этом смысле сатисфакция может принимать и принимает различные формы. Аранджио-Руис упоминает о выражении сожаления, наказании виновных, гарантии неповторения, выплате символического или номинального возмещения ущерба или компенсации на более широкой основе, а также о решении международного судебного органа, признающего поведение государства противоправным... В настоящее время Арбитраж обращается к последней из этих форм сатисфакции за международный вред. В данном деле стороны согласились, что в принципе такое признание нарушения могло бы быть сделано – хотя Франция отрицает, что она нарушила свои обязательства, а Новая Зеландия также требует заявления и предписания о возвращении. Нет сомнения в том, что такое правомочие не только существует, но и рассматривается как существенная санкция»³⁵⁰.

179. Согласно комментарию к статье 45, сатисфакция "определяется не только типом ущерба, в отношении которого она применяется как конкретное средство правовой защиты, но и типичными формами..."³⁵¹. Разумеется, это правильно, однако здесь есть та проблема, что в пункте 1 сатисфакция никак не определяется: в нем использован термин "сатисфакция", а затем в нем в общем плане говорится об "ущербе, в частности моральном ущербе", причиненном потерпевшему государству. Это вызывает ряд вопросов.

180. Первый – это термин "моральный ущерб", который некоторые государства считают собственно составляющим предмет компенсации, в частности когда она касается индивидов³⁵². По первоначальной схеме г-на Аранджио-Руиса моральный ущерб, понесенный индивидами, охватывается проектом статьи 8, в то время как моральный ущерб, понесенный государством, охватывается статьей 10 о сатисфакции³⁵³. Хотя это различие не было отвергнуто Комиссией, оно оказалось выпущено, когда статьи в итоге были приняты.

³⁵⁰ *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX (1990) p. 217, pp. 272-3 (paras. 122-3).

³⁵¹ Комментарий к статье 45, пункт 9.

³⁵² Пункт 173 выше.

³⁵³ См. в особенности статью 8, вариант В, в которой говорится о "любом подлежащем экономической оценке ущербе..., включая любой моральный ущерб, понесенный гражданами потерпевшего государства": второй доклад (1989 год), стр. 74 (пункт 191).

181. Применительно к индивидам термин "моральный ущерб" (термин, сам по себе известный не всем правовым системам) обычно понимается как охватывающий нематериальный ущерб, такой, как боль и страдание, потерю близких, а также чувства обиды и унижения из-за вторжения в семейную или частную жизнь человека. Очевидно имеются такие формы понесенных людьми потерь, которые (если причинившее их деяние признается соответствующей правовой системой противоправным) могут компенсироваться в денежном выражении, даже если определение их размера всегда будет условным и весьма приблизительным. Наоборот, применительно к государствам понятие "морального ущерба" менее ясно. Несомненно, имеются случаи ущерба *per se*, причиненного государствам, когда фактического материального ущерба понесено не было – например непродолжительное нарушение территориальной неприкосновенности государства летательным аппаратом или судном, принадлежащим другому государству. Однако многое из того, что включают в термин "моральный ущерб" применительно к государствам, на самом деле связано с тем, что можно было бы охарактеризовать как нематериальный юридический вред, вред, связанный с фактом нарушения обязательства, вне зависимости от его материальных последствий для данного государства. Чтобы избежать путаницы с понятием морального ущерба применительно к индивидам, предлагается избегать термина "моральный ущерб" в статье 45 и использовать вместо этого термин "нематериальный вред" ("préjudice immatériel")³⁵⁴. Исходя из этого более детального определения сатисфакции, по-видимому, не требуется.

с) Конкретные формы сатисфакции

182. Переходя к конкретным формам сатисфакции, перечисленным в пункте 2, прежде всего следует отметить тот момент, что в самом комментарии содержится противоречие по вопросу о том, являются ли перечисленные формы сатисфакции исчерпывающими, или нет. Согласно пункту 9 этот перечень не является исчерпывающим, в то время как согласно пункту 16 во "вводной части пункта 2 ясно указывается, что этот пункт содержит исчерпывающий перечень форм сатисфакции, которые могут использоваться в сочетании друг с другом"³⁵⁵. Этот момент существенен, поскольку наиболее важная форма сатисфакции в современной судебной практике, деклараторное решение, в этом перечне отсутствует. В самом деле, во вводной части пункта 2 используется слово "может", что,

³⁵⁴ В этом смысле данный термин рекомендует С. Dominicé, "De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par l'État", в *L'Ordre Juridique International entre Tradition et Innovation. Recueil d'Études* (PUF, Paris, 1997) p. 349, p. 354.

³⁵⁵ Представляя статью 45, Председатель Редакционного комитета также выразил мнение, что в пункте 2 "содержится исчерпывающий перечень форм сатисфакции": "Ежегодник... 1992", том I, стр. 248 (пункт 57).

видимо, предполагает неисчерпывающий характер перечня. По мнению нынешнего Специального докладчика, он и на самом деле должен быть неисчерпывающим. Надлежащая форма сатисфакции будет зависеть от обстоятельств и не может быть предписана заранее³⁵⁶.

Заявления

183. Если бы перечень в пункте 2 был исчерпывающим, то очевидно, что он включал бы в себя ссылку на заявления суда или иного судебного органа. На самом деле такая ссылка содержится в варианте статьи 45, впервые предложенном г-ном Аранжио-Руисом³⁵⁷, а Франция предлагает его эквивалент³⁵⁸. В обоих случаях в основе этого лежит классическое заявление Международного суда в деле об инциденте в проливе Корфу ("Corfu Channel Case (Merits)"), в котором Суд, признав противоправной операцию по очистке вод от мин ("операцию Ритейл"), проведенную после взрыва британским военным флотом, указал:

"для обеспечения уважения международного права, органом которого он является, Суд должен объявить, что действия британского военного флота представляли собой

³⁵⁶ В деле "Рейнбоу Уорриор" Арбитраж, оставив без удовлетворения требования Новой Зеландии о реституции и/или прекращении и отказавшись присудить компенсацию, сделал несколько заявлений в порядке сатисфакции, а также вынес рекомендацию "содействовать [сторонам] в завершении нынешнего неприятного дела". Конкретно он рекомендовал Франции внести 2 млн. долл. США в фонд, который предстояло учредить "для развития тесных и дружественных связей между гражданами обеих стран". См. *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX (1990) p. 217 at p. 274 (paras. 126-127). Вне всякой связи с тем, что это было сделано *ultra petita*, было уместно облечь это в форму рекомендации, поскольку осуществление этого было возможно лишь в силу договоренности. Подробнее см. L. Migliorino, "Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction: à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du Rainbow warrior", *Revue Générale de droit international public*, vol. 96, 1992, p. 6.

³⁵⁷ Первоначальное предложение содержало следующий пункт:

"3. Признание противоправного характера совершенного деяния компетентным международным судебным органом может служить соответствующей формой сатисфакции".

"Второй доклад" (1989 год), стр. 74 (пункт 191).

³⁵⁸ Пункт 175 выше.

нарушение албанского суверенитета. Это заявление находится в соответствии с просьбой, заявленной Албанией через ее адвоката, и само по себе является надлежащей сатисфакцией"³⁵⁹.

184. Эта позиция была воспринята во многих последующих делах, включая арбитражное дело о судне "Рейнбоу уорриор"³⁶⁰, в такой степени, что можно сказать, что констатирующее заявление стало нормальной и, безусловно, первой формой сатисфакции в случае нематериального вреда государству³⁶¹. Сказав, что она является первой, Специальный докладчик не имеет в виду, что она является главной или же что она исключает более строгие формы сатисфакции, когда те оправданны. Однако констатирующее заявление оказывается на первом месте в двух смыслах: а) в некоторых случаях оно может быть достаточной формой сатисфакции (как в случае "операции Ритейл" в деле об инциденте в проливе Корфу); б) даже тогда, когда такого заявления недостаточно, оно представляет собой необходимую основу других форм сатисфакции, которые могут потребоваться в конкретных случаях. Такая общая применимость констатирующего заявления как формы сатисфакции, связанной в соответствующих случаях с извинением или выражением сожаления, должна быть признана в проекте статей, в котором было бы полезно отделять их от более конкретных форм возмещения, в настоящее время перечисленных в пункте 2.

185. Вместе с тем с этим связана та трудность, что проект статей изложен в терминах правоотношений государств, в частности ответственного государства, а не в терминах правомочий или юрисдикции судебных органов. Государство не может, так сказать, предоставлять или предлагать констатирующее заявление в отношении себя самого: это может быть сделано лишь компетентной третьей стороной. Заявление о нарушении международного обязательства, сделанное потерпевшим государством, представляет собой требование; будучи сделано виновным государством, оно представляет собой подтверждение. В проекте статей должно быть указано, что именно ответственное

³⁵⁹ *I.C.J. Reports* 1949, p. 4 at p. 35, воспроизводится в *dispositif*, p. 36. Это был единственный пункт, по которому Суд был единогласен.

³⁶⁰ См. пункт 178 выше.

³⁶¹ О ведущей роли деклараторной защиты как сатисфакции за нематериальный вред см., например, C.Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987) pp. 17-18 (arbitral tribunals), 96-107 (International Court), 127-131 (European Court of Justice), 155-6 (human rights courts).

государство должно сделать вследствие международно-противоправного деяния (т.е. его вторичные обязательства); то, что оно не сделало, может быть затем присуждено компетентным судебным органом в порядке возмещения. Соответственно статья 45 должна сначала указывать - как форму сатисфакции - признание нарушения и, при необходимости, извинения или выражения сожаления.

Номинальные и штрафные убытки

186. Что касается того, что может быть названо "вторым срезом" форм сатисфакции, то по указанным причинам их следует изложить неисчерпывающим образом. Имеется множество других возможностей, включая, например, надлежащее расследование причин происшествия, вызвавшего вред или ущерб, создание специального фонда для выплаты сумм компенсации соответствующим лицам и т.п. Однако необходимо сказать несколько слов по поводу двух категорий, упомянутых в статье 45, - возмещение ущерба и привлечение к дисциплинарной или уголовной ответственности.

187. Разумеется, обычно ущерб возмещается путем компенсации за причиненный вред, что относится к статье 44. В настоящее время в пункте 2 статьи 45 упомянуты два других вида возмещения, а именно: номинально-символическое возмещение и возмещение, "отражающее тяжесть" нарушения. Они вызывают самые разные вопросы.

188. В некоторых системах номинально-символическое возмещение присуждается для того, чтобы отразить факт нарушения, при котором причинение какого бы то ни было ущерба потерпевшей стороне доказано не было. Тем не менее нарушение было совершено, и номинально-символическое возмещение должно это отразить: подобное возмещение носит символический, а не реальный характер. В тех правовых системах, где по результату разбирательства присуждаются судебные издержки, присуждение номинально-символического возмещения может предусматривать возмещение издержек, однако в международной арбитражной и судебной практике это невозможно, поскольку издержки почти всегда несет каждая из сторон, и в любом случае они не будут зависеть от того, составила ли присужденная сумма возмещения 1 доллар США (1,0734 евро). Здесь

есть также тот момент, что присуждение номинально-символического возмещения иногда должно было пониматься как решение, *неблагоприятное* для истца, означая, что иск не имеет существа и носит чисто технический характер³⁶². Хотя эпизодические примеры присуждения международными судебными органами номинально-символического возмещения имеются, в современной практике они редки³⁶³. Нынешний Специальный докладчик сомневается в ценности номинально-символического возмещения как формы сатисфакции в современном международном праве. В частности, неясно, чего этим можно достичь по сравнению с тем, что могло бы быть достигнуто посредством соответствующего констатирующего заявления. Предполагая, что вновь предложенный дополнительный пункт будет охватывать разные виды возмещения, он сомневается в том, что о номинально-символическом возмещении необходимо упоминать отдельно.

³⁶² См. D.M. Walker, *The Oxford Companion to Law* (Oxford, Clarendon Press, 1980), p.883. Такое возмещение, как 500 долларов за 24-часовое содержание под стражей или 100 долларов за краткое задержание судна, в этом смысле не представляет собой номинально-символического возмещения, особенно с учетом покупательной способности таких сумм в это время. См., соответственно, дело "Моке", решение от 16 августа 1871 года, Moore, *International Arbitrations*, vol, IV, p. 3411; дело "Arends", *U.N.R.I.A.A.* vol. X. p. 729, pp. 729-730 (1956), указываемые Аранджио-Руисом во втором докладе (1989 года), стр. 46 (пункт 115).

³⁶³ См. Gray (1987) pp. 28-29 и ссылки. По-видимому, не было случая присуждения номинально-символического возмещения международным судебным органом в межгосударственном деле после присуждения Франции арбитражем 1 французского франка в деле "Lighthouses Arbitration": *U.N.R.I.A.A.* vol. XII, p. 155, p. 216 (1956). Номинально-символическое возмещение было присуждено арбитражем Международного центра по урегулированию инвестиционных споров в деле "AGIP Spa v. Government of the Popular Republic of the Congo" (1979) 1 ICSID Reports 306, p. 329 (3 французских франка в отношении *lucrum cessans*, что представляется противоречием в терминах), а также Европейским судом по правам человека в деле "Engel case" (Article 50) ECHR Ser. A vol. 22, p. 69 (1976) ("символическое возмещение" в 100 нидерландских гульденов). В обоих этих делах значительные суммы были присуждены по другим рубрикам. В других делах судебные органы сочли, что присуждение номинально-символического возмещения ничего не добавляет к заявлению о нарушении: *The Carthage*. *U.N.R.I.A.A.* vol. XI, p. 449, pp. 460-1 (1913); *The Manouba*, *U.N.R.I.A.A.* vol. XI, p. 463, p. 475 (1913).

189. Присуждение значительного возмещения ущерба в порядке сатисфакции, даже в отсутствие любого доказательства материального ущерба, - это другой вопрос, и вполне можно представить обстоятельства, в которых оно было бы уместно³⁶⁴.

Под "существенным возмещением ущерба" понимается любое возмещение, не являющееся чисто номинальным или символическим, даже если оно невелико. Подпункт с) пункта 2 статьи 45 предусматривает "в случаях грубого нарушения прав потерпевшего государства [выплату] возмещения, отражающего тяжесть такого нарушения".

Представляется, что он не предусматривает выплату чего-либо иного помимо номинально-символического возмещения ущерба в порядке сатисфакции в случаях, не связанных с грубыми нарушениями: иными словами, по рубрике сатисфакции могут быть присуждены либо незначительные суммы возмещения, либо весьма значительные суммы, но ничего среднего. Является ли такое ограничение правильным, зависит, по крайней мере отчасти, от того, касается ли подпункт с) пункта 2 штрафных убытков в собственном смысле слова, или же он касается главным образом того, что в некоторых национальных правовых системах известно под названием "увеличенного" или "присуждаемого в порядке наказания" возмещения ущерба.

190. В этом пункте второй доклад г-на Аранджио-Руиса не оставляет двусмысленности. В предложенной им статье 10 упоминаются "номинально-символические или штрафные убытки", хотя в самом докладе скорее говорится о "возмещении ущерба, имеющем исполнительный характер"³⁶⁵. По мнению нынешнего Специального докладчика, если необходимо предусмотреть штрафные убытки в строгом смысле слова, их и следует называть штрафными убытками и присуждать – если присуждать – лишь в редких случаях явного и грубого нарушения. Возможно, формулировка в подпункте с) в этом отношении двусмысленна, однако ее цель вполне очевидна. По словам председателя Редакционного комитета, этот подпункт должен был касаться того,

«что в обычном праве называется "exemplary damages". В данном случае речь идет о высшей степени возмещения убытков, предоставленного потерпевшей стороне сверх эквивалента фактических убытков, когда к ущербу, который был причинен, добавляются отягчающие обстоятельства: насилие, подавление, недоброжелательство, мошенничество, злонамеренные действия виновной стороны. Цель такого вида возмещения - назидание. Редакционный комитет не использовал

³⁶⁴ Такое возмещение было присуждено Канаде в деле "The *I'm Alone*", *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, p. 1609 (1935), и Новой Зеландии в решении Генерального секретаря по делу "Рейнбоу уорриор", *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, p.224 (1986).

³⁶⁵ Второй доклад (1989 год), стр. 74 (пункт 191). См. также стр. 54-56.

выражение "exemplary damages", поскольку у него, по-видимому, нет эквивалента в других языках, но решил вместо этого изложить содержание данного понятия... Выражение в случаях "грубого нарушения" имеет целью [установить] высокий предел, после достижения которого этот вид сатисфакции станет возможным»³⁶⁶. Совершенно очевидно, что комитет (подход которого одобрила Комиссия) отказался от концепции штрафных убытков для целей статьи 45³⁶⁷. В этом нынешний Специальный докладчик полностью разделяет позицию, занятую в 1992 году. В отсутствие специального режима присуждения штрафных убытков в буквальном смысле этого слова в случае ответственности государств правомочия и основания для присуждения штрафных убытков практически отсутствуют³⁶⁸. Вопрос о том, можно ли и следует ли создать такой режим, лучше всего затронуть при рассмотрении статей 12 и 51-53.

191. Поэтому вопрос заключается в том, должно ли возмещение выплачиваться в порядке сатисфакции за неденежный ущерб государствам в случаях, не связанных с "грубым нарушением". Разумеется, в прошлых судебных решениях и в соглашениях об урегулировании есть примеры выплаты скромных, но не номинальных сумм за неденежный ущерб, и Специальный докладчик не видит никаких причин исключать такие случаи a priori. Поэтому в нынешнем подпункте с) он предлагает опустить фразу "в случаях грубого нарушения".

³⁶⁶ "Ежегодник... 1992", стр. 248 (пункт 57).

³⁶⁷ Как отметил нынешний Специальный докладчик, возможность присуждения штрафных убытков является также одним из особых последствий, предусмотренных в случае "международных преступлений" в главе IV второй части: Кроуфорд, первый доклад (A/CN.4/490/Add.1, 1998), пункт 51.

³⁶⁸ См. дела, указанные в первом докладе (1998), пункт 63. См. также S.Wittich, "Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages in the Law of State Responsibility", *Austrian Review of International and European Law*, vol 3, 1998, p.31; N. Jorgensen, "A Reappraisal of Punitive Damages in International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 68. 1997, p.247.

Дисциплинарные или иные меры воздействия, применяемые к физическим лицам

192. Дисциплинарные меры воздействия или уголовное наказание – еще одна конкретная форма сатисфакции, упомянутая в пункте 2, которая может быть уместной в особых случаях. Хотя, Редакционный комитет, принимая этот пункт, выразил мнение, что они будут "редки"³⁶⁹, на практике такие случаи имели место, хотя, возможно, и не всегда ясно, истребовалось уголовное преследование за противоправное деяние в порядке сатисфакции или как аспект исполнения какого-либо первичного обязательства. Включение такой категории в серьезных случаях соответствует установившимся концепциям сатисфакции, однако Специальный докладчик согласен с тем соображением французского правительства, что выражение "привлечение к дисциплинарной или уголовной ответственности" предпочтительнее, чем "дисциплинарные меры воздействия... или наказание...". В соответствии с принципом разделения властей исполнительная ветвь государственной власти по сути не может взять на себя обязательства большего, чем в надлежащем порядке передать серьезное дело своим органам судебного преследования для целей расследования и уголовного преследования; разумеется, она не может гарантировать наказания лиц, еще не осужденных за какое-либо преступление.

d) Ограничение сатисфакции: пункт 3 статьи 45

193. Одно из правительств предложило исключить пункт 3³⁷⁰, руководствуясь, в частности, тем соображением, что понятие "достоинство" чересчур расплывчато для того, чтобы служить основанием для юридического ограничения. Возражение против выражения такого рода не лишено смысла; с другой стороны, в прошлом под видом "сатисфакции" не раз предъявлялись чрезмерные требования³⁷¹, и известные ограничения здесь, по-видимому, нужны. Предлагается, чтобы требования в порядке сатисфакции ограничивались мерами, "соразмерными данному вреду"; кроме того, они не должны принимать форму, унижительную для соответствующего государства.

³⁶⁹ "Ежегодник... 1992", стр. 248 (пункт 59).

³⁷⁰ См. пункт 176 выше.

³⁷¹ См., например, пункт 172 выше, сноска 124. В этих самих по себе чрезмерных требованиях использовалась неудовлетворительная и субъективная терминология "достоинства" потерпевшего государства.

е) **Выводы по статье 45**

194. По этим причинам Специальный докладчик предлагает следующий вариант статьи 45:

"Сатисфакция

1. Государство, совершившее международно-противоправное деяние, обязано предложить сатисфакцию за любой нематериальный вред, причиненный таким деянием.

2. Сначала сатисфакция должна принимать форму признания нарушения, сопровождающегося в соответствующих случаях выражением сожаления или официальным извинением.

3. Кроме того, если этого требуют обстоятельства, сатисфакция может принимать такие дополнительные формы, которые необходимы для обеспечения полного возмещения, включая, среди прочего:

[а) номинально-символическое возмещение;]

б) возмещение, отражающее тяжесть такого вреда;

с) когда нарушение является результатом серьезных проступков со стороны должностных лиц или преступного поведения любого лица, - применение к виновным дисциплинарных мер воздействия или их привлечение к уголовной ответственности.

4. Сатисфакция должна быть соразмерна данному вреду и не должна принимать форму, унижительную для ответственного государства".

5. Проценты

а) Вопрос о процентах в проекте статей

195. Вопрос о процентах бегло затрагивается в пункте 2 статьи 44. В нем лишь говорится, что "компенсация... может включать в себя проценты...". Комментарии к пункту 2 статьи 44 несколько более подробны и отражают более глубокое рассмотрение данного вопроса г-ном Аранджио-Руисом в его втором докладе³⁷². Там он поддержал общую норму наличия права на проценты, охватывающего период с возникновения претензии до фактической выплаты и не ограничивающегося требованиями в отношении заранее оцененной суммы. Кроме того, по его мнению, выплата сложных процентов "должна назначаться тогда, когда доказана их необходимость для обеспечения полной компенсации за ущерб, понесенный потерпевшим государством"³⁷³. В то же время в предложенной им статье 9 о начислении процентов не излагалось какой-либо общей нормы права на простые (в отличие от сложных) проценты и оно ограничивалось указанием периода времени, за который должны начисляться проценты, причитающиеся "за потерю прибыли...[с] денежной суммы"³⁷⁴. Это предполагает, что выплата процентов ограничивается требованиями в отношении заранее оцененной суммы и даже, возможно, требованиями в отношении упущенной выгоды (хотя это могло быть лишь вопросом формулировки). Однако, если основной принцип заключается в том, что в той мере, в какой это необходимо для обеспечения полного возмещения, потерпевшее государство имеет право на проценты с истребуемой суммы, не ясно, как такие ограничения могут быть оправданы a priori.

³⁷² Второй доклад (1989 года), стр. 29-40 (пункты 77-105).

³⁷³ Там же, стр. 40 (пункт 105).

³⁷⁴ Там же, стр. 74. Предложенная им статья гласит следующее:

"1. В случае, когда причитающаяся за потерю прибыли компенсация включает в себя проценты к денежной сумме, такие проценты:

- а) начисляются с первого дня, который не учитывался для целей компенсации при расчете основной присуждаемой суммы;
- б) начисляются до наступления дня осуществления платежа.

2. Сложные проценты присуждаются по необходимости, для того чтобы обеспечить полную компенсацию, и ставка процентов будет наиболее удовлетворяющей достижению этого результата".

196. В ходе обсуждения при первом чтении отмечалось противоречие между аргументацией в пользу начисления процентов, изложенной в докладе, и предложенной статьей 9, и были высказаны сомнения в отношении приемлемости детального рассмотрения охватываемых вопросов³⁷⁵. Редакционный комитет снял эту статью, сочтя, что "было бы чрезвычайно трудно разработать по таким вопросам точные нормы, способные получить широкую поддержку". По мнению Комитета, было достаточно "установить общий принцип и изложить его достаточно гибко, оставив судье или третьей стороне, привлеченной к урегулированию спора, определение в каждом конкретном случае, должны ли выплачиваться проценты..."³⁷⁶.

197. Пункт 2 статьи 44, несомненно, изложен "достаточно гибко"; трудность с ним связана с тем, что он не содержит никакого "общего принципа", говоря лишь о его возможности. Согласно комментарию, эта формулировка должна была "уточн[ить], что не существует автоматического права на выплату процентов и нет презумпции в пользу потерпевшего государства"³⁷⁷, хотя в нем и отмечается, что в практике государств, "как представляется, присуждение процентов дополнительно к основной сумме компенсации находит поддержку"³⁷⁸. Очевидно, Редакционный комитет попытался провести в пункте 2 различия между присуждением процентов и возмещением упущенной выгоды. Поскольку последнее предоставляется лишь "в соответствующих случаях", из этого следует, что проценты должны присуждаться в большем числе случаев³⁷⁹. Однако такой вывод не

³⁷⁵ "Ежегодник... 1990", том I, стр. 183, 187-188, 191, 194, 197, 204, 207, 210, 214, 217, 219, 224, 225, 229, 230, 232, 233, 236, 244. Судья по состоявшимся прениям, Комиссия хотела бы принять предложение, сосредоточенное на общем *праве* на проценты, как на *праве*, необходимом для предоставления полного возмещения, однако испытывала то затруднение, что предложенная статья 9 "рассматривает лишь вторичную проблему", в связи с которой имеется неоднозначная практика: там же, стр. 191 (пункт 10) (г-н Томушат); ср. там же, стр. 194 (пункт 10) (г-н Огисо: "слишком детальные нормы по таким вопросам, как начисление процентов и сложных процентов, по которым нет достаточной ясности в международном праве").

³⁷⁶ "Ежегодник... 1992", том I, стр. 247 (пункт 48).

³⁷⁷ Комментарий к статье 44, пункт 24.

³⁷⁸ Там же, пункт 25.

³⁷⁹ "Ежегодник... 1992", том I, стр. 247 (пункт 49) (г-н Янков, Председатель Редакционного комитета).

является ни достаточно обоснованным, ни убедительным: во всех статьях говорится, что компенсация "может" включать проценты. Однако комментарий опирается на более прочную основу, выражая то мнение, "что определение *dies a quo* и *dies ad quem* при подсчете процентов, выборе ставки процентов и определении сложных процентов представляет собой вопрос, который должен решаться в каждом конкретном случае"³⁸⁰.

198. Как отмечалось в пункте 152 выше, некоторые правительства выступают за достаточно сдержанный подход к теме процентов в пункте 2 статьи 44; другие были весьма критичны, отметив, что он ведет к расшатыванию того установившегося принципа, что проценты должны при необходимости присуждаться для компенсации потерпевшей стороне потери, вызванной международно-противоправным деянием. В этой связи следует отметить, что ни Специальный докладчик, ни кто-либо из членов Комиссии в ходе обсуждения при первом чтении не отрицал этого принципа; наоборот, почти все, выступавшие по этой теме, прямо поддержали его.

b) Роль процентов по отношению к возмещению³⁸¹

199. В связи с замечаниями правительств и другими критическими замечаниями по поводу проекта статей возникают два вопроса: первый – какова фактическая роль присуждения процентов как аспекта возмещения за международно-противоправное деяние; второй – стоит ли включить в проект статей положение, касающееся процентов.

³⁸⁰ Комментарий к статье 44, пункт 26.

³⁸¹ О процентах как о вопросе международного общего права см., например, I. Brownlie, *State Responsibility Part I* (Oxford, Clarendon Press, 1983) pp. 227-229; J. Barker, "The Valuation of Income Producing Property in International Law" (Кембриджский университет, докторская диссертация 1998 года), глава 7 и указанные в ней работы. О проектах в международном сравнительном и частном праве см., например, M. Hunter, V. Triebel, "Awarding Interest in International Arbitration" (1989) 6 *Journal of International Arbitration* p. 7; J.Y. Gotanda, "Awarding Interest in International Arbitration" (1996) 90 *AJIL* 40; J.Y. Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (Kluwer, The Hague, 1998), chs. 2-3.

Общий принцип?

200. Что касается первого вопроса, то во втором докладе г-на Аранджио-Руиса содержится полезный обзор прецедентов и доктрин. Наличие по крайней мере общей нормы в пользу присуждения, при необходимости, процентов для достижения полного возмещения также поддерживается юриспруденцией более недавнего времени.

201. Следует отметить, что в первом (и, как оказалось, единственном) случае, когда Постоянная палата в самом деле определила размер компенсации, полагающейся за международно-противоправное деяние, она включила в него присуждение процентов. В деле "The Wimbledon" Палата присудила простые проценты по ставке 6% с даты принятия решения, очевидно на том основании, что проценты подлежат выплате лишь "с того момента, когда установлен размер причитающейся суммы и установлено обязательство произвести платеж"³⁸². Хотя размер компенсации был определен на основе фактических издержек, вызванных вынужденным изменением пути следования французского судна, претензия имела публично-правовой характер и была заявлена из нарушения договора³⁸³. В деле "Corfu Channel Case (Assessment of Compensation)"³⁸⁴, другом деле о межгосударственном требовании, вопрос о процентах не поднимался.

202. Вопросы о присуждении процентов часто возникали в других судебных органах как в делах, где основное требование было связано с ущербом частным сторонам, так и в делах о межгосударственных требованиях в строгом смысле слова³⁸⁵. В этой связи следует отметить опыт Трибунала по рассмотрению взаимных претензий Ирана и

³⁸² *P.C.I.J.*, Ser. A No. 1 (1923), p. 32. Палата согласилась с требованием Франции об установлении 6-процентной ставки как справедливым, учтя "нынешнюю финансовую конъюнктуру в мире и... конъюнктуру межгосударственных займов".

³⁸³ Постоянная палата сочла необходимой выплату процентов еще и "*Chorzów Factory Claim (Merits)*" *P.C.I.J.*, Ser. A No. 17 (1928), p. 17 ("сумма, эквивалентная 5% годовых с даты реквизиции по дату платежа"). Проценты фактически присуждены не были, поскольку сумма компенсации впоследствии была согласована между сторонами.

³⁸⁴ *I.C.J. Reports*, 1949, p. 244.

³⁸⁵ В своем первом деле об определении размеров компенсации Международный трибунал по морскому праву присудил проценты по различным ставкам в отношении разных категорий потерь: см. *M.V. Saiga (No. 2)*, judgement of 1 July 1999, para 173; воспроизводится в 38 *I.L.M.* 1323 (1999).

Соединенных Штатов³⁸⁶. В деле "Исламская Республика Иран против Соединенных Штатов Америки" (дело А-19) полный состав Трибунала признал, что его общая юрисдикция в отношении рассмотрения претензий включает в себя правомочие присуждать проценты, однако он не стал устанавливать единообразные нормы присуждения процентов, полагая, что это относится к юрисдикции каждой камеры и связано с "осуществлением предоставленных им дискреционных полномочий при решении каждого конкретного дела"³⁸⁷. По поводу вопроса принципа Трибунал постановил следующее:

«Требования в отношении процентов являются частью истребуемой компенсации и не представляют собой отдельного основания иска, требующего независимого юрисдикционного удовлетворения их самих. В соответствии со статьей V Заявления об урегулировании претензий настоящий Трибунал должен разрешать претензии "на основе уважения права". Делая это, он регулярно рассматривал проценты, когда те истребовались, как образующие составную часть "претензии", которую он обязан разрешить. Трибунал отмечает, что камеры были последовательны в присуждении процентов как "компенсации за ущерб, причиненный ввиду отсрочки платежа"... Более того, арбитражные суды обычно присуждают проценты как часть присужденной суммы возмещения ущерба вне зависимости от отсутствия любого прямого упоминания процентов в *compromis*. С учетом того, что правомочие присуждать проценты непосредственным образом вытекает из правомочия Трибунала разрешать претензии, исключение такого правомочия могло бы быть установлено лишь в силу прямого положения в Заявлении об урегулировании претензий. Никакого такого положения не существует. Таким образом, Трибунал заключает, что он явно правомочен присуждать проценты в качестве компенсации за причиненный ущерб»³⁸⁸.

³⁸⁶ См. G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran – United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996) pp. 474-479; C.N. Brower & J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Nijhoff, The Hague, 1998) ch. 18.

³⁸⁷ (1987) 16 Iran – US Claims Tribunal Reports 285, p. 290. Как отмечает Aldrich (1986) pp. 475-6, практика трех камер была не вполне единообразной.

³⁸⁸ (1987) 16 Iran – US Claims Tribunal Reports 285, pp. 289-90.

В отношении межправительственных претензий Трибунал присудил проценты по другой, несколько меньшей ставке³⁸⁹. В некоторых делах он не присуждал проценты, например, там, где присужденная твердая сумма была сочтена отражающей полную компенсацию или где имелись другие особые обстоятельства³⁹⁰.

203. Вопросу о процентах посвящено решение 16 Совета управляющих Компенсационной комиссии Организации Объединенных Наций. Оно предусматривает следующее:

- "1. Проценты будут присуждаться с даты возникновения потери до даты платежа по ставке, достаточной для того, чтобы компенсировать выигравшим дело заявителям утрату возможности использовать основную сумму, присужденную в качестве возмещения.
2. Методы расчета и выплаты процентов будут рассмотрены Советом управляющих в надлежащее время.
3. Проценты будут выплачиваться после основной суммы возмещения"³⁹¹.

Здесь мы вновь видим комбинацию принципиального решения в пользу присуждения, в необходимых случаях, процентов для компенсации заявителю претензии и гибкость в плане применения этого принципа; в то же время проценты, будучи формой компенсации, рассматриваются как вторичный элемент, занимающий подчиненное место по отношению к основной сумме претензии.

³⁸⁹ См. Brower & Brueschke (1998) pp. 626-7, со ссылками на дела. Была принята ставка в 10% в отличие от 12% по коммерческим претензиям.

³⁹⁰ См. Aldrich (1996), pp. 476-776, а также см. подробный разбор решений третьей камеры (Виралли, Брауэр, Ансари) в *McCullough & Co. Inc. v. Ministry of Post, Telegraph & Telephone & others* (1986) 11 Iran – US CTR, pp. 26-31.

³⁹¹ S/AC.26/1992/16, "Присуждение процентов", 4 января 1993 года.

204. Иногда проценты также присуждаются - или по крайней мере их присуждение предусматривается - судебными органами по правам человека, даже если компенсационная практика этих органов достаточно консервативна и иски почти всегда подаются на неустановленную сумму. Это делается для того, чтобы, например, защитить реальный размер присужденного возмещения, подлежащего выплате частями за определенный период времени, т.е. он принимает форму процента за отсрочку платежа³⁹².

205. В своей более недавней практике национальные компенсационные комиссии и арбитражные учреждения, как правило, также предусматривали проценты при определении размера компенсации. Однако в некоторых делах о частичном урегулировании в виде выплаты твердой суммы претензии прямо ограничивались суммой главного ущерба на том основании, что, ввиду ограниченности подлежащего распределению фонда, приоритет должны получать претензии в отношении главной суммы³⁹³.

206. Хотя сложилась тенденция к более общей возможности присуждения процентов как аспекта полного возмещения, даже сторонники присуждения процентов признают, что в международном плане не существует единообразного подхода к вопросам количественного определения и исчисления суммы фактически присужденных процентов³⁹⁴. Так, согласно Готанде:

³⁹² См., например, *Velásquez Rodríguez (Compensation) Case* IACHR Series C, No. 71 (1989) para. 57. В настоящее время Европейский суд по правам человека придерживается аналогичного подхода: см., например, дело *Papamichaelopoulos v. Greece (Article 50)*" ECHR Ser A. vol. 330-B (1995) para. 39. В этом случае проценты подлежат выплате лишь с суммы присужденного денежного возмещения ущерба. См. далее Shelton (1999) pp. 270-2.

³⁹³ Barker (1998) pp. 209, 237-8. См., например, *Foreign Compensation (People's Republic of China) Order 1987 (U.K.)*, s. 10, о введении в действие соглашения об урегулировании от 5 июня 1987 года: U.K.T.S. No. 37 (1987).

³⁹⁴ Следует отметить, что ряд исламских стран под влиянием шариата в своем законодательстве или даже в своей конституции запрещают выплату процентов. Однако они выработали альтернативы процентам в коммерческом и международном обороте. Например, иранская конституция, принципы 43 и 49, запрещает выплату процентов, однако Совет надзора постановил, что этот запрет не касается "иностранных правительств, учреждений, компаний и лиц, которые, в соответствии с их собственными основами веры, не считают [проценты] запрещенными...". См. Gotanda (1998) pp. 39-40, со ссылками.

"Среди международных судебных органов нет единства в подходе к присуждению процентов. В результате решения о присуждении процентов во многом разнятся. Мало согласия в отношении того, какого рода обстоятельства требуют выплаты процентов, а ставки, по которым присуждались проценты, варьировались от 3% до 20%"³⁹⁵.

Вопрос о сложных процентах

207. Один из аспектов вопроса о процентах – возможность присуждения сложных процентов. Во всяком случае, считая, что это - вопрос прогрессивного развития, г-н Аранджио-Руис высказался в пользу присуждения сложных процентов "тогда, когда доказана их необходимость для обеспечения полной компенсации за ущерб, понесенный потерпевшим государством"³⁹⁶. Однако Комиссия не сохранила его предложение соответствующего содержания, и в комментарии говорится лишь о том, что вопрос о сложных процентах "должен решаться в каждом конкретном случае"³⁹⁷.

208. На самом деле общее мнение судов и арбитражей было против присуждения сложных процентов, и это касается даже для тех арбитражей, которые признали, что обычно заявители претензий имеют право на проценты с суммы компенсации. Так, трибунал по рассмотрению взаимных претензий между Ираном и Соединенными Штатами постоянно отклонял требования в отношении сложных процентов, в том числе в тех случаях, когда заявитель претензии понес потери в результате начисления сложных процентов на сумму долга, связанную с данной претензией. В деле "J.R. Reynolds Tobacco Co. v Government of the Islamic Republic of Iran" Комиссия не установила...

³⁹⁵ Gotanda (1998) 13 (ссылки опущены).

³⁹⁶ Второй доклад, "Ежегодник... 1989", том II, часть 2, стр. 40 (пункт 105).

³⁹⁷ Комментарий к статье 44, пункт 26.

"никаких особых причин для отступления от международных прецедентов, которые обычно не допускают присуждения сложных процентов. Как указывается одним авторитетным автором, "в рамках темы возмещения за ущерб в международном праве найдется мало норм, которые урегулированы лучше, чем норма о том, что сложные проценты не присуждаются"... Даже если термин "все суммы" мог бы толковаться как включающий в себя проценты и поэтому допускать присуждение сложных процентов, Комиссия, ввиду расплывчатости формулировки, толкует это положение в свете только что изложенной международной нормы и, таким образом, отказывает в присуждении сложных процентов"³⁹⁸.

В соответствии с этим подходом Комиссия изучила контрактные положения, которые, по-видимому, предусматривали начисление сложных процентов, с тем чтобы предотвратить получение заявителем претензии прибыли, "полностью несоразмерной той возможной потере, которую [он] мог бы понести ввиду отсутствия в его распоряжении причитающихся сумм"³⁹⁹.

209. Таким образом, подавляющее большинство авторитетных источников по-прежнему поддерживают мнение, выраженное арбитром Губером в деле об испанской зоне Марокко "Spanish Zone of Morocco":

³⁹⁸ (1984) 7 Iran-U.S. C.T.R. 181, pp. 191-2, цитируется М. Whiteman, *Damages in International Law* (Washington, 1943) vol. 3, p. 1997.

³⁹⁹ "Anaconda-Iran, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran" (1986) 13 Iran-U.S. C.T.R. 1999, p. 235. См. также Aldrich (1996) pp. 477-478.

"Арбитражная практика в вопросе компенсации, предоставляемой одним государством другому за ущерб, понесенный гражданами второго государства на территории первого, - весьма богатое прецедентное право - единодушно... отвергает сложные проценты. При таких обстоятельствах требовались бы особо веские аргументы особого характера, чтобы допускать... такие проценты"⁴⁰⁰.

То же в равной степени справедливо и в отношении сложных процентов в претензиях между государствами.

210. Вместе с тем несколько авторов (прежде всего Ф.А. Манн) выдвигают аргументы в пользу пересмотра этого принципа на том основании, что "сложные проценты, надлежащим образом выплаченные потерпевшей стороной, должны подлежать возмещению как элемент ущерба"⁴⁰¹. Это мнение было также поддержано Арбитражем МЦУИС в недавнем деле "Compañía des Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica"⁴⁰².

⁴⁰⁰ *U.N.R.I.A.A.*, vol. 2, p. 615, p. 650 (1924)..., цитируется Аранджио-Руисом во втором докладе (1989 год), пункт 101. В докладе указывается несколько более поздних дел, в которых были присуждены сложные проценты или в которых их присуждение по крайней мере не исключалось в принципе. Более недавний пример – арбитражное решение по делу "Aminoil", когда проценты были присуждены в виде сложных процентов за определенный период без какой бы то ни было мотивировки. На проценты пришлось 15% общей присужденной в итоге суммы: Barker (1998) p. 233, n. 119. См. "*Government of Kuwait v. American Independent Oil Co*". (1982) 66 I.L.R. 519, p. 613 (Reuter, Sultan, Fitzmaurice).

⁴⁰¹ Ф.А. Манн, "Compound Interest as an Item of Damage in International Law", в *Further Studies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1990) p. 377, p. 383. С характерным для него энтузиазмом Манн утверждает, что эта норма "должна не только быть нормой английского права, но и должна быть принята во всех случаях присуждения возмещения ущерба и поэтому должна рассматриваться как общий принцип права": *ibid.* См. также Gotanda (1996) p.61, где предлагается поквартальное начисление сложных процентов (вновь, *de lege ferenda*).

⁴⁰² ISCID Case No. ARB/96/1, окончательное решение от 1 февраля 2000 года (Фортье, Лаутерпахт, Вайль).

"...хотя простые проценты обычно присуждаются чаще, чем сложные проценты, последние, разумеется, не являются неизвестными или исключенными в международном праве. В практике международного арбитража не сложилось какой-либо единообразной правовой нормы в отношении определения того, следует ли в данном конкретном случае присуждать простые или сложные проценты. Скорее определение процентов является результатом рассмотрения, учитывающего все обстоятельства данного дела и в первую очередь соображения справедливости, которые должны образовывать часть права, применяемого настоящим Арбитражем.

В частности, там, где владелец имущества в определенный момент в прошлом понес потерю в размере стоимости своего имущества, однако не получил того денежного эквивалента, которое стало ему причитаться, сумма компенсации должна отражать, по крайней мере в части, ту дополнительную сумму, которую его деньги принесли бы ему, если бы эта сумма и полученный с нее доход вновь ежегодно вкладывались бы по существовавшим в соответствующий период процентным ставкам. Смысл присуждения сложных процентов заключается не в возложении вины на кого-либо или в наказании кого-либо за отсрочку платежа, произведенного владельцу изъятого имущества: это - механизм обеспечения того, что компенсация, присужденная заявителю претензии, является в данных обстоятельствах надлежащей.

В данном деле присуждение простых процентов было бы неоправданно ввиду того, что ... на протяжении почти 22 лет [заявитель] не имел возможности ни пользоваться данным имуществом для целей развития туризма, как он планировал, покупая Санта-Елена, ни продать данное имущество. В то же время полная сумма сложных процентов была бы неоправдана ввиду фактических обстоятельств данного дела, поскольку [заявитель], неся бремя обеспечения сохранности имущества, оставался его владельцем и имел возможность пользоваться им и эксплуатировать его в ограниченной степени"⁴⁰³.

В итоге Арбитраж присудил в качестве компенсации за имущество, экспроприированное 23 годами ранее, твердую сумму. Проценты за отсрочку платежа были присуждены в виде простых процентов с небольшим льготным периодом.

211. Резюмируем: хотя обычно по международному праву или по решению международных судов сложные проценты не присуждаются, могут возникать особые обстоятельства, оправдывающие тот или иной элемент начисления сложных процентов

⁴⁰³ Неопубликованное решение, пункты 103-105.

как одного из аспектов полного возмещения. Вместе с тем необходимо проявлять осмотрительность, поскольку допущение сложных процентов может иметь своим результатом завышенные и несоразмерные суммы присужденного возмещения, когда сумма процентов намного превысит основную сумму долга.

Вопросы ставки процента и срока начисления

212. Третий вопрос касается фактического расчета процентов: здесь возникает комплекс вопросов, касающихся начальной даты (дата нарушения, дата, на которую должен быть произведен платеж, дата иска или требования), конечной даты (дата соглашения или решения об урегулировании, дата фактического платежа), а также применимых процентных ставок (текущая ставка в государстве-ответчике, государстве-жалобщике и международные ставки ссудного процента). Как уже отмечалось, в настоящее время в решении этих вопросов нет какого-либо единообразия. На практике итог во многом зависит от обстоятельств каждого дела и поведения сторон. Хотя в предложенной г-ном Аранджио-Руисом статье 9 в качестве начальной даты для расчета процентов взята дата нарушения, при определении этой даты возможны различия, и во многих правовых системах до начисления процентов⁴⁰⁴ необходимо требование заявителя произвести платеж. В любом случае, непредставление своевременного требования произвести платеж имеет отношение к решению вопроса о том, присуждать или не присуждать проценты. Что касается процентов за отсрочку платежа (после присуждения возмещения), то в некоторых случаях до того, как начнут начисляться проценты, для платежа предоставляется льготный срок (примерно от шести недель до трех месяцев), а в других случаях этого не предусмотрено. Весьма обоснованно то замечание Трибунала по рассмотрению взаимных претензий между Ираном и Соединенными Штатами, что такие вопросы, если стороны не могут разрешить их, необходимо оставлять "на усмотрение [отдельных третейских судов] при решении каждого конкретного дела"⁴⁰⁵. В то же время нынешнее состояние анархии в решениях и практике позволяет считать, что было бы полезно установить презумпцию, которая применялась бы, если только стороны не договорятся об ином или если не имеется конкретных обстоятельств, указывающих об обратном.

⁴⁰⁴ Дата формального требования была принята в качестве соответствующей даты Постоянной палатой третейского суда в деле "*Russian Indemnity*" U.N.R.I.A.A, vol. 11 p. 421, p. 442 (1912) по аналогии с общей позицией в европейских системах внутригосударственного права.

⁴⁰⁵ (1987) 16 Iran-US C.T.R. 285, p. 290; выше, пункт 202.

с) Положение о процентах?

213. Специальный докладчик согласен с теми критическими замечаниями, что пункт 2 статьи 44 в нынешней формулировке не отражает современного состояния международного права в отношении компенсаторных процентов. В принципе, потерпевшее государство имеет право на проценты с основной суммы, представляющей собой его ущерб, если размер этой суммы определен на более раннюю дату, чем дата урегулирования или дата решения по претензии, и в той мере, в какой это необходимо для обеспечения полного возмещения⁴⁰⁶. Хотя право на проценты представляет собой аспект компенсации, на практике оно рассматривается как отдельный элемент возмещения ущерба, и хотя бы поэтому можно считать, что оно должно быть отражено в отдельной статье в главе II. Данная статья не должна ограничиваться (как, очевидно, ограничивалось предложение г-на Аранджио-Руиса) суммами, присужденными за упущенную выгоду. Вместе с тем, учитывая нынешнее состояние источников, было бы чрезмерным предполагать, что существует какое-либо право на сложные проценты. В комментарии следует отметить, что сложные проценты могут быть присуждены в особых обстоятельствах в той мере, в какой это необходимо для предоставления полного возмещения. В комментарии следует также ясно показать, что предложенная статья касается только компенсаторных процентов. Правомочие суда или арбитража присуждать проценты с отсрочкой платежа (после внесения решения) лучше считать вопросом его процедуры, лежащим, таким образом, за пределами действия проекта статей.

⁴⁰⁶ Таким образом, проценты не могут быть присуждены в тех случаях, когда потеря определяется в текущем стоимостном выражении на дату присуждения возмещения. См. арбитражное решение по делу "Light houses" (1950) 23 I.L.R. 659 p. 676.

214. Соответственно Специальный докладчик предлагает статью 45-бис следующего содержания:

Проценты

1. При необходимости в целях обеспечения полного возмещения с любой основной суммы, подлежащей выплате согласно настоящим проектам статей, также выплачиваются проценты. Процентная ставка и метод расчетов являются теми, которые больше всего подходят для достижения этого результата.

2. Если только не согласовано или не решено иное, проценты начисляются с той даты, когда должна была быть выплачена компенсация, до даты выполнения обязательства выплатить компенсацию.

6. Уменьшение ответственности

215. Если перейти от вопроса об ответственности к вопросу о ее уменьшении, то здесь возникают два вопроса. Один из них, затронутый в пункте 2 статьи 42, которая была принята в первом чтении, касается таких случаев, в которых государство, ссылающееся на ответственность, само существенным образом способствовало возникновению понесенного им ущерба. Второй касается тех случаев, когда, хотя этот ущерб может быть присвоен ответственному государству, первое государство не предприняло шагов, которые оно, действуя разумным образом, могло предпринять для уменьшения своего ущерба.

а) Встречная вина

216. Нынешний пункт 2 статьи 42 касается встречной вины и уменьшения размера взыскиваемого ущерба⁴⁰⁷. Неуместно помещать его рядом с пунктом 1 статьи 42 в качестве общего принципа главы I, однако его действительно необходимо рассмотреть как условие, касающееся форм возмещения, в главе II.

⁴⁰⁷ Этот вопрос не обсуждался в литературе достаточно подробно, тем не менее см. D.J. Bederman, "Contributory Fault and State Responsibility", *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, 1990, pp. 335-369; J. Salmon, "La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale", в *International Law at the Time of its Codification. Essays in honour of Roberto Ago* (Giuffrè, Milan, 1987) vol. iii, pp. 371-397.

217. Пункт 2 статьи 42 гласит:

"2. При определении возмещения учитываются способствовавшие ущербу небрежность или умышленное действие, или бездействие со стороны:

- a) потерпевшего государства; или
- b) физического или юридического лица этого государства, от имени которого подается иск".

218. Нынешний пункт 2 статьи 42 был первоначально предложен г-ном Аранджио-Руисом именно в контексте репарации эквивалентом, т.е. компенсацией. Один из предложенных им вариантов содержал положение, предусматривавшее уменьшение размера компенсации в случае параллельных причин, "включая, возможно, способствующую этому ущербу небрежность потерпевшего государства"⁴⁰⁸.

Редакционный комитет отказался от его теории параллельных причин, сохранив, однако, конкретные положения, касающиеся встречной вины, на том основании, что справедливо принимать ее во внимание при определении формы и объема обязательства о возмещении⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ См. второй доклад Аранджио-Руиса (1989 года), стр. 74; рассмотрение им этого положения см. там же, стр. 19-21.

⁴⁰⁹ См. "Ежегодник ... 1992", том I, стр. 243-244 (пункты 20-26).

219. В комментарии к пункту 2 статьи 42 отмечается, что фактор встречной вины "широко признан как в теории, так и на практике как значимый для определения возмещения"⁴¹⁰. В первую очередь это верно в контексте компенсации, однако это значимо и применительно к другим формам возмещения и даже, возможно, выбора между ними⁴¹¹. В нем отмечается, что фраза "способствовавшие ущербу небрежность или умышленное действие или бездействие" заимствована из пункта 1 статьи VI Конвенции о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами⁴¹².

220. Те правительства, которые представили конкретные комментарии по пункту 2 статьи 42⁴¹³, прямо не предлагают опустить его, а в основном высказывают замечания по формулировкам и исходным концепциям этого положения. Соглашаясь с тем, что факторы, учтенные в пункте 2 статьи 42, "сами... не являются противоречивыми", Соединенное Королевство задает вопрос, почему выделены небрежность и умышленное нарушение; другие элементы, например "характер нарушенной нормы и интереса, который она призвана защищать", также заслуживают упоминания. С учетом того, что это положение касается возмещения в целом, а не одной лишь компенсации, правительство Соединенного Королевства «озабочено тем, что это указание на то, что, как представляется, отражает доктрину встречной вины или небрежности, является попыткой установить в качестве общего принципа ответственности государств элемент, который служит одним из аспектов конкретных материальных норм международного права"⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Комментарии к статье 42, пункт 7, со ссылками на источники; текст в "Ежегоднике ... 1993", том II (часть вторая), стр. 65.

⁴¹¹ Там же, стр. 66.

⁴¹² Там же. Текст Конвенции от 29 марта 1972 года см. *United Nations Treaty Series*, vol. 961 p. 188. Согласно пункту 1 статьи VI запускаящее государство освобождается от абсолютной ответственности за ущерб "в той мере, в какой [оно] докажет, что ущерб явился полностью или частично результатом грубой небрежности либо действия, или бездействия, совершенных с намерением нанести ущерб, со стороны государства-истца, либо физических или юридических лиц, которых оно представляет". Весьма отличаясь от бремени доказывания, это представляет собой более строгий критерий освобождения от ответственности, чем предусмотренный в пункте 2 статьи 42, хотя и в контексте режима строгой ответственности за действия, служащие источником повышенной опасности.

⁴¹³ Резюме комментариев правительств по статье 42 см. выше, пункт 22.

⁴¹⁴ A/CN.4/488, стр. 113-114.

Соединенные Штаты также задают вопрос о цели пункта 2 статьи 42. По их мнению, не ясно, вводит ли этот пункт "концепцию встречной небрежности, которая по общему праву может полностью отрицать ответственность правонарушителя, или же она предусматривает определенное частичное отклонение от требования о «полном возмещении»»⁴¹⁵. Для Соединенных Штатов первая концепция была бы неприемлема. Что касается принятия "принципа компаративной вины", то Соединенные Штаты считают, что этим в проект статей была бы введена нечеткая концепция, не утвердившаяся в международном праве, регулирующем ответственность государств, которым "могут злоупотреблять государства-правонарушители"⁴¹⁶. В то же время Соединенные Штаты "понимают трудности, возникающие в тех случаях, когда на потерпевшем государстве или юридическом и физическом лице лежит определенная ответственность за *часть* причиненного ему ущерба"⁴¹⁷, и признают, что потерпевшее государство "может в некоторых обстоятельствах быть обязано уменьшить размер своего ущерба по аналогии с нормами договорного права"⁴¹⁸. Франция считает, что подпункт b) пункта 2 должен ограничиваться случаем дипломатической защиты и, таким образом, должен содержать формулировку "государства, осуществляющего дипломатическую защиту"⁴¹⁹.

221. Можно признать, что пункт 2 статьи 42 содержит известный элемент прогрессивного развития, особенно в контексте межгосударственных обязательств (в отличие от дипломатической защиты). С другой стороны, разумно, чтобы поведение потерпевшего государства принималось во внимание при оценке формы и объема причитающегося возмещения, и на практике это принимается во внимание рядом способов. Специальный докладчик предлагает, чтобы данный пункт был сохранен в виде отдельной статьи, касающейся уменьшения ответственности. Это название поможет рассеять опасения, выразившиеся одним правительством, в том, что поведение потерпевшего может

⁴¹⁵ Там же, стр. 114.

⁴¹⁶ Там же, стр. 115. См. также A/CN.4/496, стр. 28, пункт 125, и замечания Японии, в соответствии с которыми в пункте 2 статьи 42 следует прямо предусмотреть, что действия, способствующие возникновению ущерба, "автоматически не освобождают государство-нарушителя от обязательства произвести полное возмещение" (A/CN.4/492, стр. 16).

⁴¹⁷ A/CN.4/488, стр. 115 (курсив в оригинале).

⁴¹⁸ Там же (сноска 70).

⁴¹⁹ Там же, стр. 113.

полностью отрицать ответственность нарушителя. Единственная ситуация, в которой это могло бы быть так, имела бы место тогда, когда данный ущерб никак не может быть отнесен на счет поведения ответственного государства, а был полностью вызван интервенирующим действием "потерпевшего" или третьей стороны. Такая ситуация может возникнуть, однако она охватывается общим требованием наличия непосредственной причины, а не этим положением.

b) Уменьшение ущерба

222. С этим связан уже кратко обсуждавшийся⁴²⁰ вопрос о так называемой обязанности потерпевшего государства уменьшить свой ущерб. Как указал Международный суд в решении по делу о проекте Габчиково-Надьямарош, это не независимое обязательство, а ограничение ущерба, который в противном случае может истребоваться потерпевшим государством⁴²¹. Будучи связана с концепцией "встречной небрежности" или "компаративной вины", аналитически это другая идея. Она заключается не в том, что потерпевшая сторона способствует ущербу, а в том, что меры, которые она, действуя разумным образом, могла бы принять и которые позволили бы уменьшить ущерб, приняты не были. В первую очередь, ввиду озабоченностей, касающихся ограничения бремени возмещения разумным объемом⁴²², такой принцип следует также включить в предлагаемую статью.

⁴²⁰ Выше, пункт 30.

⁴²¹ *I.C.J. Reports* 1997 р. 7, р. 55 (para.80), цитируется в пункте 30 выше.

⁴²² См. выше, пункт 161.

7. Резюме выводов по главе II второй части

223. По этим причинам главу II второй части следует изложить следующим образом.

Глава II. Формы возмещения

Статья 43

Реституция

Государство, совершившее международно-противоправное деяние, обязано предоставить возмещение, т.е. восстановить положение, которое существовало до совершения противоправного деяния, в том случае, когда – и в том объеме, в каком – реституция:

- а) не является материально невозможной; ...
- с) не создаст явно непропорциональное бремя по сравнению с выгодой потерпевших в результате данного деяния от получения ими реституции вместо компенсации.

Статья 44

Компенсация

Государство, совершившее международно-противоправное деяние, обязано компенсировать любой причиненный тем самым экономически оценимый ущерб в том объеме, в каком такой ущерб не покрывается реституцией.

Статья 45

Сатисфакция

1. Государство, совершившее международно-противоправное деяние, обязано предложить сатисфакцию за любой нематериальный вред, причиненный таким деянием.

2. Сначала сатисфакция должна принимать форму признания нарушения, сопровождающегося в соответствующих случаях выражением сожаления или официальным извинением.

3. Кроме того, если этого требуют обстоятельства, сатисфакция может принимать такие дополнительные формы, которые необходимы для обеспечения полного возмещения, включая, среди прочего:

[a) номинально-символическое возмещение;]

b) возмещение, отражающее тяжесть такого вреда;

c) когда нарушение является результатом серьезных проступков со стороны должностных лиц или преступного поведения любого лица, - применение к виновным дисциплинарных мер воздействия или их привлечение к уголовной ответственности.

4. Сатисфакция должна быть соразмерна данному вреду и не должна принимать форму, унижительную для ответственного государства.

Статья 45-бис

Процент

1. При необходимости в целях обеспечения полного возмещения с любой основной суммы, подлежащей выплате согласно настоящим проектам статей, также выплачиваются проценты. Процентная ставка и метод расчета являются теми, которые больше всего подходят для достижения этого результата.

2. Если только не согласовано или не решено иное, проценты начисляются с той даты, когда должна была быть выплачена компенсация, до даты выполнения обязательства выплатить компенсацию.

Статья 46-бис

Уменьшение ответственности

При определении формы и объема возмещения учитываются:

- a) способствовавшие ущербу небрежность или умышленное действие, или бездействие со стороны любого государства, лица или образования, от имени которого подается иск;
- b) принятие потерпевшей стороной разумно доступных для нее мер по уменьшению ущерба.
