



ГЕНЕРАЛЬНАЯ АССАМБЛЕЯ

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.682
13 April 2006

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
Пятьдесят восьмая сессия
Женева, 1 мая -9 июня и 3 июля-11 августа 2006 года

**ФРАГМЕНТАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА: ТРУДНОСТИ,
ОБУСЛОВЛЕННЫЕ ДИВЕРСИФИКАЦИЕЙ И РАСШИРЕНИЕМ
СФЕРЫ ОХВАТА МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА**

Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права

Окончательно подготовлен Мартти Коскенниemi *

* Председатель с признательностью отмечает помощь ряда коллег, которые представили свои комментарии по данной теме, а также оказали консультативную и иную помощь по конкретным вопросам. Особого упоминания среди них заслуживают профессор Кэмпбелл Маклашиан, доктор Андерс Фишер-Лескано, профессор Гюнтер Теубнер, профессор Эммануэль Жуаннет, профессор Пьер-Мари Дюпуи и г-жа Изабель Ван Дамм. Несколько стажеров Нью-Йоркского университета оказывали помощь во время заседаний Исследовательской группы и при сборе справочной информации по конкретным вопросам. В их число входили Гита Котхари, Кэйд Мосли, Питер Проуз и Оливия Малони. Очень ценную помощь в проведении исследований оказали Анна Хулая, Илона Ниминен и Варро Вуглаид из Института международного права и прав человека им. Эрика Кастрена в Хельсинки. Кроме того, хотелось бы признать огромную помощь, оказанную на протяжении ряда лет г-жой Ане Линдрос из Хельсинкского университета. Без подготовленных ею подробных отчетов о заседаниях Исследовательской группы и ее изысканий по различным темам настоящего доклада, данный доклад не появился бы на свет. Тем не менее, исключительную ответственность за существование доклада, включая любые выраженные в нем мнения, несет его автор.

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты	Стр.
A. ВВЕДЕНИЕ.....	1 - 4	8
B. ЯВЛЕНИЕ ФРАГМЕНТАЦИИ.....	5 - 45	10
1. Предыстория.....	5 - 20	10
2. Что такое "коллизия"?	21 - 26	18
3. Подход настоящего исследования: поиск отношения	27 - 36	21
4. Гармонизация - системная интеграция.....	37 - 43	26
5. Юрисдикция и применимое право	44 - 45	29
C. КОЛЛИЗИИ МЕЖДУ СПЕЦИАЛЬНЫМ И ОБЩИМ ПРАВОМ (<i>lex specialis derogare lege generali</i>).....	46 - 222	31
1. Введение	47 - 55	31
a) Фрагментация из-за конфликтующих толкований общего права.....	49 - 52	32
b) Фрагментация по причине появления специального права норм как исключения из общего права	53 - 54	34
c) Фрагментация по причине дифференциации между типами специального права.....	55	35
2. Действие и сфера применения максимы <i>lex specialis</i>	56 - 122	36
a) <i>Lex specialis</i> в международном праве	56 - 87	36
i) Правовая доктрина.....	56 - 67	36
ii) Прецедентное право.....	68 - 84	42
iii) Неформальная иерархия: место <i>lex specialis</i>	85 - 87	49
b) Два типа ссылки на <i>lex specialis</i>	88 - 107	51
i) <i>Lex specialis</i> как применение или развитие <i>lege generali</i>	98 - 102	56
ii) <i>Lex specialis</i> как исключение из общей нормы	103 - 107	59
c) Запрещенная норма <i>lex specialis</i>	108 - 110	62

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	Пункты	Стр.
d) Относительный характер различия между общим и специальным.....	111 - 118	64
i) Особенность применительно к сторонам.....	113 - 115	65
ii) Особенность применительно к предмету.....	116 - 118	66
e) Заключение по <i>lex specialis</i> : вездесущность "общего права"	119 - 122	67
3. Автономные (специальные) режимы.....	123 - 190	69
a) Что такое автономные режимы?.....	123 - 137	69
b) Автономные режимы и работа Комиссии международного права по ответственности государств	138 - 152	79
c) Связь между автономными режимами за пределами ответственности государств и общим международным правом	153 - 190	88
i) Создание автономных (специальных) режимов	154 - 158	89
ii) Взаимосвязь между автономным (специальным) режимом и общим международным правом в обычных условиях	159 - 185	91
1) Пример: режимы в области прав человека	161 - 164	91
2) Пример: право ВТО.....	165 - 171	93
3) Выводы о взаимосвязи между автономными (специальными) режимами и нормами общего международного права при обычных обстоятельствах	172 - 185	98
iii) Применение общих норм имеет место вследствие несрабатывания автономного режима	186 - 190	104
4. Выводы в отношении автономных режимов	191 - 194	107
5. Регионализм	195 - 219	109
a) Что такое "регионализм"?	195 - 198	109
b) "Регионализм" как совокупность подходов или методов изучения международного права.....	199 - 204	111
c) "Регионализм" как метод установления международно-правовых норм.....	205 - 210	114

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	Пункты	Стр.
d) "Регионализм" как стремление добиться географических исключений из универсальных норм международного права	211 - 217	116
e) Европейская интеграция.....	218 - 219	121
6. Вывод о коллизиях специального права и общего права	220 - 222	122
D. КОЛЛИЗИИ МЕЖДУ ПОСЛЕДОВАТЕЛЬНО ПРИНЯТЫМИ НОРМАМИ.....	223 - 323	123
1. Нормы общего права о коллизиях между предшествующими и последующими договорами.....	228 - 250	127
a) Коллизия между договорами с одним и тем же составом участников	229 - 233	128
b) Коллизия между договорами с разным составом участников.....	234 - 250	130
i) <i>Lex prior</i>	236 - 242	131
ii) <i>Lex posterior</i>	243 - 250	134
2. Статья 30 Венской конвенции: от недействительности к ответственности	251 - 266	137
a) "Один и тот же вопрос"	253 - 256	138
b) Обсуждение в КМП.....	257 - 266	140
3. Специальные клаузулы	267 - 294	144
a) Типология клаузул о коллизиях.....	268 - 271	145
b) Отношения в рамках одного и разных режимов: природоохранные договоры.....	272 - 282	148
c) Клаузула о коллизиях в Договоре, учреждающем Европейское сообщество	283 - 288	154
d) Положения о разграничении	289 - 294	158
4. Соглашения <i>inter se</i>	295 - 323	163
a) Условия, применимые в отношении заключения соглашений <i>inter se</i>	304 - 315	169

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
i) Защита прав и интересов участников первоначального договора.....	305 - 308	169
ii) Сохранение объекта и цели многостороннего договора.....	309 - 313	172
iii) Другие ситуации.....	314 - 315	174
b) Уведомление других участников и их реакция.....	316 - 318	175
c) Последствия нарушения многостороннего договора участниками соглашения <i>inter se</i>	319	177
d) Выводы относительно последовательно заключенных соглашений.....	320 - 323	178
 E. ОТНОШЕНИЯ ПО СТЕПЕНИ ВАЖНОСТИ: СТАТЬЯ 103 УСТАВА ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ <i>JUS COGENS</i> И ОБЯЗАТЕЛЬСТВА <i>ERGA OMNES</i> КАК КОЛЛИЗИОННЫЕ НОРМЫ.....	 324 - 409	 179
1. Статья 103 Устава Организации Объединенных Наций.....	328 - 360	181
a) Какие обязательства имеют преимущественную силу?.....	331 - 332	181
b) Что означает верховенство одного обязательства над другим?.....	333 - 340	183
c) Особые случаи.....	341 - 350	187
i) Коллизии с договорами между государствами - членами и государствами - нечленами ООН.....	341 - 343	187
ii) Коллизии с нормами обычного международного права неимперативного характера.....	344 - 345	189
iii) Коллизии с нормами <i>jus cogens</i>	346 - 350	190
d) Применение.....	351 - 360	192
2. <i>Jus cogens</i>	361 - 379	196
a) Последствия <i>jus cogens</i> : недействительность коллизийной нормы.....	365 - 373	199
b) Содержание <i>jus cogens</i>	374 - 376	203
c) Прецедентное право.....	377 - 379	206

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	Пункты	Стр.
3. Обязательства <i>erga omnes</i>	380 - 409	208
a) От двусторонних обязательств к обязательствам по отношению к "международному сообществу в целом"	382 - 390	209
b) По отношению к кому существуют обязательства <i>erga omnes</i> ?	391 - 398	214
c) Обязательства <i>erga omnes partes</i>	399 - 403	218
d) Отношение между <i>jus cogens</i> и обязательствами <i>erga omnes</i>	404 - 406	221
e) Вывод	407 - 409	222
F. СИСТЕМНАЯ ИНТЕГРАЦИЯ И СТАТЬЯ 31 (3) с) ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ	410 - 480	224
1. Введение: "Принцип системной интеграции"	410 - 423	224
2. Статья 31 (3) с) Венской конвенции	424 - 432	231
a) Толкование	424 - 428	231
b) Прения в КМП	429 - 432	234
3. Прецедентное право	433 - 460	236
a) Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов	434	236
b) Европейский суд по правам человека	435 - 438	237
c) Арбитражный трибунал ОСПАР (дело о заводе СОТ)	439 - 442	239
d) ВТО	443 - 450	241
e) Международный Суд	451 - 460	246
4. Специальные вопросы	461 - 480	251
a) Нормы, "подлежащие учету"	462 - 472	251
i) Обычное право и общие принципы	463 - 469	252
ii) Другие применимые нормы договорного международного права	470 - 472	256

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
b) Вес обязательств, подлежащих учету	473 - 474	258
c) Интертемпоральность и общие изменения в международном праве.....	475 - 478	259
d) Вывод.....	479 - 480	263
G. ОБЩИЕ ВЫВОДЫ	481 - 493	264
1. Природа фрагментации	481 - 483	264
2. Перспектива настоящего исследования	484 - 490	265
3. Между согласованностью и плюрализмом: предложения в отношении дальнейшей работы	491 - 493	268

Дополнение

Проект заключений Исследовательской группы
(см. документ A/CN.4/L.682/Add.1)

A. ВВЕДЕНИЕ

1. На своей пятьдесят второй сессии в 2000 году Комиссия международного права постановила включить в свою долгосрочную программу работы тему «Риски, проистекающие из фрагментации международного права»¹. В следующем году Генеральная Ассамблея попросила Комиссию подробнее рассмотреть темы, включенные в эту долгосрочную программу. На своей пятьдесят четвертой сессии в 2002 году Комиссия постановила переименовать тему следующим образом: «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», и включить ее в свою текущую программу работы, а также создать исследовательскую группу². Исследовательская группа приняла ряд рекомендаций по рассматриваемым темам и попросила своего тогдашнего Председателя г-на Бруно Симму подготовить исследование на тему «Действие и сфера применения *lex specialis* и вопрос об „автономных режимах“»³. На своей пятьдесят пятой сессии в 2003 году Комиссия назначила г-на Мартти Коскенниemi Председателем Исследовательской группы. Группа также согласовала предварительный график своей работы и распределила среди своих членов исследования по темам, которые были согласованы в предыдущем году, и обговорила методику проведения этой работы.⁴

¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят пятая сессия, Дополнение №10 (A/55/10), глава IX.A.1, пункт 729. См. также исследование Герхарда Хафнера, "Риски, обусловленные фрагментацией международного права", там же, приложение, стр. 369.*

² Там же, *пятьдесят седьмая сессия, Дополнение №10 (A/57/10), глава IX.A, пункты 492-494, 511.*

³ Этими пятью темами являлись: а) действие и сфера применения нормы *lex specialis* и вопрос об «автономных режимах»; б) толкование договоров в свете «любых соответствующих норм международного права, применяемых в отношениях между участниками» (статья 31(3)(с) Венской конвенции о праве договоров), в контексте общих событий в международном праве и проблем, стоящих перед международным сообществом; в) применение последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу (статья 30 Венской конвенции о праве договоров); г) изменение многосторонних договоров только во взаимоотношениях между определенными участниками (статья 41 Венской конвенции о праве договоров); д) иерархия в международном праве: *jus cogens*, обязательства *erga omnes*, статья 103 Устава Организации Объединенных Наций, как коллизионные нормы.

⁴ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение №10 (A/58/10), глава X, пункты 413, 424-435.*

2. В 2004 году Председатель Исследовательской группы представил группе план исследования на тему «Функция и сфера применения нормы *lex specialis* и вопрос об "автономных режимах"». После предварительного обсуждения этого плана, в ходе которого основное внимание уделялось вопросам существа и методологии, на следующий год среди членов Комиссии было распространено окончательное исследование⁵. В дополнение к этому исследованию Исследовательской группе в 2004 году также были представлены планы, подготовленные членами Исследовательской группы по четырем другим вопросам. Группа подробно обсудила доклад Председателя и сориентировала других членов Комиссии по поводу подготовки ими своих докладов. Кроме того, она начала обсуждение предварительных "заключений", которые могут быть сделаны на основе ее дискуссий⁶.

3. В 2005 году Комиссия заслушала краткую информацию Председателя Исследовательской группы о ходе работы Исследовательской группы и обменялась мнениями по данной теме. Исследовательская группа рассмотрела меморандум по теме "Регионализм", подготовленный ее Председателем, и получила окончательные доклады по темам «Толкование договоров в свете "любых соответствующих норм международного права, применяемых в отношении между участниками"» (статья 31 (3) с) Венской конвенции о праве международных договоров); изменение многосторонних договоров только в отношении между некоторыми участниками (статья 41 Венской конвенции о праве международных договоров), а также окончательный доклад на тему "Иерархия в международном праве: *jus cogens*, обязательства *erga omnes*, статья 103 Устава Организации Объединенных Наций как коллизионные нормы". Кроме того, Исследовательская группа получила от одного из своих членов неофициальный документ на тему "Оговорка об отсутствии связи". Исследовательская группа посчитала возможным представить обобщенное исследование, а также свод выводов, руководящих указаний или принципов на пятьдесят восьмой сессии Комиссии в 2006 году⁷.

4. Настоящий доклад является обобщающим докладом Исследовательской группы. Он был подготовлен ее Председателем на основе планов и докладов, разработанных в течение его собственной четырехлетней работы (по теме «Функция и сфера применения нормы *lex specialis* и вопрос об "автономных режимах"») и работы г-на Рида Дауди ("Изменение

⁵ Там же, *Пятьдесят девятая сессия, Дополнение №.10 (A/59/10)* глава X, пункты 412, 424-435.

⁶ Там же.

⁷ Там же, *Шестидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/60/10)*, глава XI, пункты 445-493.

многосторонних договоров только в отношениях между определенными участниками" (статья 41 Венской конвенции о праве международных договоров"), г-на Здзислава Галицкого ("Иерархия в международном праве: *jus cogens*, обязательства *erga omnes*, статья 103 Устава Организации Объединенных Наций как коллизионные нормы"); г-на Уильяма Мэнсфилда («Толкование договоров в свете "любых соответствующих норм международного права, применяемых в отношениях между участниками" (статья 31 (3) с Венской конвенции о праве международных договоров») и г-на Теодора Мелескану ("Применение последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же предмету"). Другие члены Комиссии также принимали участие в работе Исследовательской группы в ходе ее сессий, и их экспертные знания немало упростили обсуждение некоторых тем. Кроме того, в дополнении к настоящему докладу содержится предлагаемый свод проектов заключений для их утверждения Исследовательской группой и представления Комиссии в 2006 году с целью принятия по ним надлежащего решения.

В. ЯВЛЕНИЕ ФРАГМЕНТАЦИИ

1. Предыстория

5. Предыстория фрагментации была подытожена еще полвека тому назад Уилфредом Дженксом, который, в частности, обратил внимание на два явления. С одной стороны, в международном мире нет какого-либо общего правотворческого органа. Вследствие этого:

"...договорное правотворчество развивается внутри ряда исторических, функциональных и региональных групп, которые оторваны друг от друга и соотносятся между собой где-то подобно тому, как соотносятся между собой разные системы муниципального права"⁸.

6. Дженкс весьма дальновидно предугадал, что для решения проблем, обусловленных такого рода фрагментацией, необходимо пользоваться близкой аналогией с коллизией законов. Однако это право предназначалось бы для устранения коллизий не между территориальными правовыми системами, а между договорными режимами. Вторую причину этого явления он видел внутри самого права.

⁸ C. Wilfried Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", *BYBIL* vol. 30, (1953) p. 403.

"Одним из наиболее серьезных источников коллизий между правотворческими договорами является важный шаг вперед в развитии права, регулирующего пересмотр многосторонних договоров и определяющего правовые последствия такого пересмотра"⁹.

7. К этому анализу сегодня мало что можно добавить. Разумеется, за прошедшие пятьдесят лет объем многосторонней - "правотворческой" - договорной деятельности многократно вырос¹⁰. Это также сопровождалось формированием различных более или менее формальных нормативных режимов, не все из которых разделяли публично правовую ориентацию многосторонней дипломатии¹¹. Одной из особенностей международной реальности последнего времени стала, по определению социологов, "функциональная дифференциация": растущая специализация частей общества и связанная с этим автономизация этих частей. Этот процесс происходит как на национальном, так и на международном уровнях. Хорошо известен следующий парадокс глобализации: приводя к растущей унификации общественной жизни во всем мире, она также ведет к ее растущей фрагментации, т.е. появлению специализированных и относительно автономных сфер социальных действий и структур.

8. Фрагментация международного общественного устройства приобрела правовое измерение, в частности, вследствие того, что она сопровождалась появлением специализированных и (относительно) автономных норм или комплексов норм, правовых

⁹ Там же.

¹⁰ В системе ООН зарегистрировано свыше 50 000 договоров. См. Christopher J. Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", *George Washington International Law Review*, vol. 37 (2005) pp. 57. В XX столетии было заключено свыше 6 000 многосторонних договоров, из которых порядка 30% являются общими договорами, открытыми для всех государств. Charlotte Ku, *Global Governance and the Changing Face of International Law* (ACUNS Keynote Paper 2001/2) p. 45.

¹¹ Из различных сборников, в которых обсуждается диверсификация источников международных норм, особенно полезными являются: Eric Loquin & Catherine Kessedjian (eds.), *La mondialisation du droit* (Paris: Litec, 2000); and Paul Schiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005). Деятельность традиционных организаций рассматривается в José Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005). Различные перспективы не договорного законодательства сегодня представлены также в Rüdiger Wolfrum & Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlin: Springer, 2005) pp. 417-586 and Ronnie Lipschutz & Cathleen Vogel, "Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation", in R.R. Hall & T.J. Bierstaker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) pp. 115-140.

институтов и отраслей правовой практики¹². То, что раньше регулировалось "общим международным правом", превратилось в сферу действия специальных систем, например "торгового права", "права прав человека", "права окружающей среды", "морского права", "европейского права" и даже таких экзотических и узкоспециализированных отраслей, как "инвестиционное право" или "международное беженское право" и т.д., каждая из которых имела свои собственные принципы и институты. Проблема, как ее видят правоведы, заключается в том, что такое специализированное правотворчество и институциональное развитие, как правило, происходят при относительном игнорировании правотворческой и институциональной активности в смежных областях и общих принципов и методов международного права. Отсюда коллизии между нормами или комплексами норм, расхождения институциональной практики и, возможно, утрата общей правовой перспективы¹³.

9. Хотя реальность и значение фрагментации как в ее нормотворческой, так и в ее институциональной формах не вызывают сомнений, юристы-международники разошлись в оценке этого явления. Некоторые резко выступают против того, что они считают эрозией общего международного права, появлением противоречивой юриспруденции, поиском "удобных" судов и потерей правовой определенности. Другие видят в этом лишь сугубо техническую проблему, которая возникла естественным образом, и полагают, что расширение международно-правовой деятельности можно контролировать посредством технической специализации и координации¹⁴.

¹² См. особенно Andreas Fisher-Lescano & Günther Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25 (2004) pp. 999-1046. Однако этот вопрос уже подробно обсуждался в L.A.N. M. Barnhoorn & Karel Wellens (eds.), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law* (The Hague: Nijhoff, 1995).

¹³ Не следует забывать, что решать такие проблемы непосредственно призвана традиция правового плюрализма. Однако до сих пор плюрализм ориентировался на исследование вопросов сосуществования аборигенного и западного права в бывших колониальных владениях, а также появления типов частного права в национальных обществах. Известное изложение см. у Sally Engel Merry, "Legal Pluralism", *Law & Soc. Rev.*, vol. 22 (1988) pp. 869-896, а более современный (и критический) взгляд у Simon Roberts, "After Government? On Representing Law without the State", *Modern Law Review*, vol. 68 (2005) pp. 1-24.

¹⁴ "Фрагментация" - часто используемый термин в научных трудах и на конференциях сегодняшнего дня. Помимо источников, упомянутых в примечании 11 выше, см. также "Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle", *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999) pp. 679-993; Andreas Zimmermann & Reiner Hoffmann, with assisting editor Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International Law* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006); Karel Wellens & Rosario Huesa

10. Не вдаваясь в социологические или политические детали, приведшие к появлению специальных или специализированных нормативных систем и институтов, характер возникшей правовой проблемы лучше всего можно было бы проиллюстрировать на практическом примере. Вопрос о возможных экологических последствиях функционирования ядерной установки по производству "МОКС-топлива" в Селлафилде, Соединенное Королевство, недавно ставился в рамках трех различных разбирательств: в Арбитражном трибунале, учрежденном в соответствии с приложением VII к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (Конвенции по морскому праву), в ходе обязательной процедуры урегулирования споров в соответствии с Конвенцией по защите морской среды Северо-Восточной Атлантики (Конвенция ОСПАР), а также в Европейском суде на основании Договоров о Европейском сообществе и ЕВРАТОМе. Как представляется, все эти три комплекса норм применимы к одним и тем же фактическим обстоятельствам: (универсальные) нормы Конвенции по морскому праву, (региональные) нормы Конвенции ОСПАР и (региональные же) нормы ЕС/ЕВРАТОМа). Чему отдать предпочтение? Касается ли данная проблема в первую очередь морского права, (возможного) загрязнения Северного моря или же взаимоотношений внутри ЕС? Уже из самой постановки этих вопросов видно, насколько сложно дать на них ответ. Как эти комплексы норм связаны друг с другом, если они вообще связаны между собой? Какие принципы должны использоваться, если между ними возникнет противоречие?

11. На самом деле проблема еще сложнее. В ответ на возражение Великобритании по поводу отсутствия компетенции рассматривать данный вопрос, поскольку он также рассматривается в арбитражном трибунале ОСПАР и в ЕС, Арбитражный трибунал, учрежденный в соответствии с приложением VII к Конвенции по морскому праву, отметил:

Vinaixa (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Brussels:Bruylant, 2006 forthcoming). Убедительный призыв к единству содержится в Pierre Marie Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours...*, vol. 297 (2002). Дополнительные упоминания см. в Martti Koskenniemi & Päivi Leino, "Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?" *Leiden Journal of International Law*, vol.15 (2002) pp. 553-579.

"даже если Конвенция ОСПАР и договоры о ЕС и ЕВРАТОМе содержат права или обязательства, аналогичные или идентичные правам, предусмотренным [Конвенцией по морскому праву], права и обязательства, предусмотренные этими соглашениями, существуют отдельно от тех, которые предусмотрены [Конвенцией по морскому праву]"¹⁵.

12. Трибунал постановил, что применение даже одних и тех же норм различными институтами может отличаться из-за "различий в соответствующем контексте, объекте и целях, последующей практике сторон и подготовительных материалах"¹⁶. Арбитражный трибунал Конвенции по морскому праву признал, что значение правовых норм и принципов зависит от контекста, в котором они применяются. Если контекст, включая нормативное окружение, отличается, то даже идентичные положения могут выглядеть по-разному. Что же это означает для целей юридической определенности и равенства субъектов права?

13. В связи с предыдущим пунктом возникают как институциональные, так и материально-правовые проблемы. Первые касаются компетенции различных институтов, применяющих международно-правовые нормы, и иерархических связей между ними. Комиссия решила оставить этот вопрос в стороне. Пусть вопросами институциональной компетенции будут заниматься сами эти институты. Вместо этого Комиссия решила сосредоточить свое внимание на существе - делении права на узко специализированные "ячейки", претендующие на относительную самостоятельность друг от друга и от общего права. Каковы материально-правовые последствия такой специализации? Каково соотношение между такими "ячейками"? Возвращаясь к приведенному выше примеру: как соотносятся между собой Конвенция по морскому праву, договор об охране окружающей среды и договор о региональной интеграции?

14. По мнению Комиссии, у темы есть как позитивная, так и негативная стороны, как о том свидетельствует предложенная ею новая формулировка названия: "Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права". С одной стороны, фрагментация сопряжена с опасностью появления коллидирующих и взаимоисключающих норм, принципов, нормативных систем и видов институциональной практики. С другой стороны, она отражает быстрое распространение международно-правового регулирования на все новые и новые области и диверсификацию его объектов и методов. Уже само название темы,

¹⁵ *MOX Plant case, Request for Provisional Measures Order (Ireland v. the United Kingdom)* (3 December 2001) International Tribunal for the Law of the Sea, ILR vol.126 (2005) p. 273, para. 50.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 273-274, para. 51.

похоже, подсказывает, что, хотя "проблемы" существуют, они не так уж новы и не носят такого характера, что их нельзя было бы решить при помощи методов, которыми юристы-международники пользовались для устранения прошлых нормативных коллизий.

15. Комиссия обращает свое внимание на фрагментацию по причине того, что появление новых и специальных отраслей права, "автономных режимов" и географически или функционально ограниченных договорных систем порождает проблемы согласованности международного права. Новые отрасли специализированного права не появляются случайно: они призваны отвечать новым техническим и функциональным требованиям. Появление "права окружающей среды" – ответ на растущую озабоченность по поводу состояния окружающей среды во всем мире. "Торговое право" развивается как средство регулирования международных экономических отношений. "Право в области прав человека" призвано защищать интересы отдельных лиц, а "международное уголовное право" представляет собой правовое выражение "борьбы против безнаказанности". Каждому нормативному комплексу или "режиму" присущи свои собственные принципы, своя собственная форма экспертизы и свой собственный "этнос", который необязательно идентичен этосу соседней отрасли. Например, "торговое право" и "право окружающей среды" преследуют сугубо специфические цели и базируются на принципах, которые могут зачастую указывать в разные стороны. Чтобы сделать новое право эффективным, в него часто включают новые типы договорных оговорок или положений, которые могут быть несовместимы с прежним общим правом или правом в какой-либо другой специализированной отрасли. Очень часто новые правила или режимы специально создаются для того, чтобы отличаться от ранее предусмотренного общим правом. Когда такие отличия становятся повсеместными или частыми, от этого страдает единство права.

16. Такие отличия нельзя считать "ошибками" правовой техники. Они отражают различающиеся цели и предпочтения субъектов плюралистического (глобального) общества. В условиях усложнения социальной жизни бесполезно настаивать на сохранении формального единства. Право, неспособное озвучить реальные различия между фактическими ситуациями или между интересами и ценностями, которые присущи конкретным проблемным областям, вообще окажется неприемлемым, утопическим и авторитарным одновременно¹⁷. Однако если в этом отношении фрагментация представляет собой "естественное" явление (в самом деле, международное право всегда было относительно "раздроблено" из-за разнообразия участвующих в нем национальных правовых систем), то возникает вопрос о том, почему Комиссия должна ей заниматься.

¹⁷ Появление правового плюрализма весьма подробно освещается в Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Age of the Paradigmatic Transition* (New York: Routledge, 1995) особенно p. 114 et seq.

17. Настоящий доклад исходит из того, что было бы желательно обеспечить концептуальную основу, с помощью которой можно было бы уяснить, оценить и профессионально систематизировать с юридической точки зрения это, пожалуй, неизбежное явление. Такой основой служит Венская конвенция о праве международных договоров 1969 года (Венская конвенция). Один аспект, который, по-видимому, объединяет большинство новых режимов, заключается в том, что все они претендуют на свою обязательность исходя из права международных договоров и трактуются практикующими их юристами как его составная часть. Будучи некогда разработчиком Венской конвенции, Комиссия весьма подходит для анализа такой фрагментации международного права под этим углом зрения. Здесь хотелось бы сказать, что при этом имеется в виду. Дело в том, что, хотя с социологической точки зрения современная фрагментация имеет многие новые черты и происходит намного интенсивнее, чем в прошлом, она тем не менее является продуктом разнообразия международного социального мира – а эта особенность всегда была присуща международной системе в отличие от (сравнительно) более однородного внутринационального контекста. Фрагментация международно-правовой системы на технические "режимы", если рассматривать ее с точки зрения права международных договоров, не слишком сильно отличается от ее традиционной фрагментации на более или менее самостоятельные территориальные режимы, которые называются "национальными правовыми системами".

18. Поэтому для устранения коллизий или противоречий между правовыми нормами и принципами полезно задействовать весь набор методов традиционного права, предназначенный для устранения нестыковок или противоречий между правовыми нормами и принципами. Общим для всех этих методов является то, что они призваны устанавливать обоснованные отношения между такими правилами и принципами, чтобы дать ответ на вопрос о том, каким образом они должны использоваться в случае какого-либо конкретного противоречия или конфликта. В настоящем докладе рассматриваются четыре типа отношений, которые, по мнению юристов, традиционно возникают в случае коллизий:

- a) отношения между специальным и общим правом (раздел C);
- b) отношения между более ранним и более поздним правом (раздел D);
- c) отношения между правовыми актами на различных иерархических уровнях (раздел E), и
- d) отношения между правовым актом и его более общим "нормативным окружением" (раздел F).

19. Такие отношения могут быть осмыслены по-разному. На одном краю спектра находится случай, когда один правовой акт (норма, правило, принцип, комплекс правил) попросту делает другой акт недействительным. Это имеет место лишь в иерархических отношениях, завязанных на *jus cogens*. Намного чаще приоритет является "относительным". "Другой правовой акт" перестает действовать лишь временно и часто может по-прежнему оказывать "фоновое" влияние на интерпретацию и применение права, которому отдается предпочтение. Затем имеется случай, когда две нормы признаются как действующие параллельно, поддерживая друг друга. И на этом же конце спектра можно выделить случай, когда между нормами вообще отсутствуют какие-либо противоречия или различия. Правовые акты находятся в гармонии друг с другом.

20. В настоящем докладе такие отношения будут обсуждаться, прежде всего, со ссылкой на практику международных судов и трибуналов. Основной посыл заключается в том, что традиционная "фрагментация" международного права уже научила практиков тому, как им надлежит оперировать нормами и системами норм, которые указывают в разных направлениях. При этом мы отнюдь не отрицаем важность новейшего упора на функциональную специализацию нормативных режимов. Мы хотим лишь сказать, что это оказывает лишь небольшое влияние на функционирование метода юридического обоснования. В важном смысле "фрагментация" и "единство" – это качества не объективной реальности, а наблюдателя. Все новое и неведомое (по определению) опрокидывает привычные способы осмысления и организации мира. Новое являет себя в виде "фрагментации" старого. В таком случае задача юридического обоснования заключается в том, чтобы сделать незнакомое знакомым, вписав его в общепринятую картину мира или дополнив эту картину таким образом, чтобы новое могло найти в ней свое место. Разумеется, всегда останется некий "когнитивный диссонанс" между знакомой концептуальной системой и новой информацией, которую мы получаем от мира. Например, проблемы согласованности, которые возникли в связи с делом об установке по производству МОКС-топлива, не были *предрешены* в некоем юридическом рае, когда нам оставалось бы только отыскать такое уже существующее решение. Однако тот факт, что потенциальные противоречия или коллизии между нормами Конвенции по морскому праву, Конвенции ОСПАР и правом ЕС не могут быть улажены в одночасье, не означает, что они неподвластны знакомому методу юридического обоснования. Именно этот метод составляет существо настоящего доклада. Хотя он не может дать готовые рецепты для решения проблем, таких как дело об установке по производству МОКС-топлива, он вооружает нас необходимым набором средств, пользуясь которыми юристы, занимающиеся этой проблемой (или любой другой сопоставимой проблемой), смогут прийти к обоснованному решению.

2. Что такое "коллизия"?

21. В настоящем докладе рассматриваются способы устранения коллизий (или коллизий *prima facie*) между существенными положениями международного права. Уместно задаться вопросом: а что такое "коллизия"? К ответу на этот вопрос можно подойти с двух сторон: предметного содержания соответствующих норм и субъектов права, которых они связывают. Так, в статье 30 Венской конвенции отражен первый подход. В ней сказано о том, как следует действовать в случае, когда существует несколько последовательно заключенных договоров, относящихся к "одному и тому же вопросу". В этой связи иногда высказывается суждение, что статья 30 становится неприменимой, если коллизия возникает, например, между торговым договором и договором об охране окружающей среды, ибо они относятся к *разным вопросам*¹⁸. Но на самом деле это не так, поскольку данные названия ("торговое право", "право окружающей среды") сами по себе не имеют нормативной силы. Они являются лишь неформальными ярлыками, характеризующими договор с точки зрения различных интересов или различных политических целей. Большинство международных договоров можно описать по-разному: договор по вопросам торговли может иметь существенные последствия с точки зрения прав человека и окружающей среды, и так далее. Например, договор о морской перевозке химических веществ, как минимум, касается морского права, права окружающей среды, торгового права и права морских перевозок. Поэтому такого рода характеристики не столько касаются "природы" договора, сколько интересов, с позиции которых он описывается.

22. Если коллизия возникает только между нормами, которые относятся к "одному и тому же" вопросу, то применение договора в первую очередь начинало бы зависеть от того, к какой категории его можно было бы отнести в соответствии с некой (предположительно) уже существующей схемой классификации разных вопросов. Но таких схем классификации нет. На самом деле все будет зависеть от того, насколько успешно юридические тексты удастся аргументировано отнести к текстам, касающимся, например, "торговли", в отличие от "окружающей среды", "беженского права", в отличие от "права в области прав человека", "инвестиционного права", в отличие от "права развития". Вернемся к примеру о морской перевозке химических веществ. Если нет четко оговоренных правил классификации и любая классификация замыкается на интересы, с позиций которых документ описывается, то тогда появления коллизии можно было бы избежать путем совершенно произвольного, на первый взгляд, выбора между интересами, которые относятся или не относятся к этому вопросу: скажем, с точки зрения морских страховщиков дело относилось бы в первую очередь к перевозкам по морю,

¹⁸ Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", примечание 10 выше, pp. 603-604.

а с точки зрения организаций по охране окружающей среды главным аспектом был бы экологический. Критерий "вопроса" ведет нас к *reductio ad absurdum*. Поэтому он не может быть решающим при определении наличия или отсутствия коллизий¹⁹.

Как указывал Виердаг, обсуждая этот критерий применительно к последовательно заключенным договорам согласно статье 30 Венской конвенции:

"требование о том, что документы должны касаться одного и того же вопроса, как представляется, сопряжено с чрезвычайно сложными проблемами в теории, которые на практике могут оказаться не столь трудно разрешимыми. Если попытка одновременного применения двух норм к одному комплексу фактов или действий приводит к несовместимым результатам, то можно вполне предположить, что критерий "одного и того же" удовлетворен"²⁰.

23. Это представляется правильным. Критерий "одного и того же вопроса" представляется уже соблюденным, если делается ссылка на две разные нормы или комплекса норм в отношении одного и того же вопроса или если, другими словами, в результате толкования, соответствующие договоры, как представляется, указывают в разных направлениях в плане их применения стороной.

24. Однако этим дело не кончается. Что такое "указывают в разных направлениях"? Строго говоря, можно было бы предположить, что коллизия существует, если какая-либо сторона двух договоров может соблюсти какую-либо одну норму только путем несоблюдения другой нормы. Таков крайний случай несоответствия. Обязательство может быть выполнено только путем невыполнения другого обязательства. Но есть и

¹⁹ Это не значит, что тот факт, что два договора могут принадлежать или не принадлежать к одному и тому же "режиму", не имеет никакого отношения к трактовке отношений между ними. Подробнее см. раздел D.3.a) ниже.

²⁰ E.W. Vierdag, "The Time of the 'Conclusion' of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions", BYBIL vol. 59 (1988) p. 100.

другие, не столь однозначные трактовки коллизии²¹. Договор может подчас противоречить целям другого договора и при отсутствии строгого противоречия между их положениями. Два договора и свода норм могут иметь под собой различное обоснование или проистекать из разных нормотворческих инициатив, или же преследовать не стыкующиеся между собой цели. Право иммунитета государств и право прав человека, к примеру, являются двумя сводами правил, которые преследуют совсем разные цели. Торговое право и экологическое право также берут свое начало из разных политических устремлений, и этот факт может оказывать влияние на то, каким образом соответствующие правила интерпретируются или применяются. Хотя такие "политические коллизии" не ведут к появлению логических противоречий между обязательствами какой-либо одной стороны, они также могут иметь отношение к фрагментации²².

25. В настоящем докладе мы исходим из широкого понимания коллизии как ситуации, при которой две нормы или два принципа предлагают разные пути решения проблемы. Упор на одну лишь логическую несовместимость неправильно характеризует метод правового обоснования в качестве сугубо логической категории. На самом деле, любое решение будет требовать интерпретации и выбора между альтернативными формулировками и значениями, которые нельзя вписать в модель логического обоснования.

26. Коллизии между нормами существуют в любом правовом порядке. Каждому правовому порядку также известны способы их устранения. Большинству юридических систем известны такие максимы, как *lex specialis* или *lex posterior*, и, как это будет намного более подробно описано ниже, известны они и международному праву. Во внутренних правовых системах также существуют развитые иерархии норм и

²¹ Более подробное обсуждение см. в *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, (Cambridge: Cambridge University Press: 2003) pp. 164-200 (где отмечается, что органы ВТО пользовались узким пониманием "коллизии" как несовместимости). См. также различие, которое проводят Джэнкс между "коллизиями" и "расхождениями" "The Conflict of Law-Making ...", выше, сноска 8, pp. 425-427 и более строгое определение "коллизии" у Jan B. Mus, "Conflicts between Treaties in International Law", *Netherlands International Law Review*, vol. XLV (1998) pp. 214-217; Seyed Ali Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties* (Leiden: Nijhoff, 2003) pp. 5-7.

²² Обсуждение этих вопросов см. у Rüdiger Wolfrum & Nele Matz, *Conflicts in International Environmental Law* (Berlin: Springer, 2003) pp. 6-13 and Nele Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge. Völkervertragsrechtliche und institutionelle Ansätze* (Berlin: Springer, 2005) pp. 8-18 (категоризация типов конфликтов от логической несовместимости до политических коллизий и частичного совпадения сфер охвата).

комплексов норм (в дополнение к иерархиям институтов для устранения коллизий между нормами). Однако в международном праве, как это также будет поясняться в разделе E ниже, таких иерархий намного меньше и они менее развиты. Кроме того, существует множество толковательных принципов, призванных способствовать устранению коллизий. Тем не менее, полезно согласиться с Дженксом:

"Если предположить, как нам это предлагается, что наличие какого-либо единого свода принципов по какому-либо вопросу является не просто желательным, но и необходимым условием, то мы будем вынуждены признать, что при всей возможной полезности и важности таких принципов для того, чтобы мы могли прийти к разумным выводам в конкретных обстоятельствах, действенность этих принципов не абсолютна"²³.

3. Подход настоящего исследования: поиск отношения

27. Уточнение и устранение коллизий составляют часть *метода правового обоснования*, прагматического процесса, посредством которого юристы толкуют и применяют формальное право. В этом процессе правовые нормы редко, если вообще, появляются в одиночку, без связи с другими нормами. Обычно даже единые (первичные) нормы, в которых излагаются конкретные права и обязательства, предполагают наличие (вторичных) норм, которые охватывают полномочия директивных органов по принятию, изменению и отмене таких норм, а также компетенцию правоприменительных органов по их толкованию и применению.

28. Но даже материально-правовые первичные нормы обычно появляются на свет гроздьями, вместе с исключениями, положениями относительно технического осуществления и более широкими толковательными принципами. Обыденное различие между «нормами» и «принципами» охватывает одну типичную категорию отношений - отношения между нормами более низкого и более высокого уровня абстракции. Норму, таким образом, можно иногда трактовать как конкретное воплощение «принципа» и воспринимать как *lex specialis* или *lex posterior* по отношению к нему, что делает ее применимой вместо него. В таком случае различие на основе отношений "специальное/общее" или "более раннее/более позднее" перестает работать как способ

²³ Jenks, "The Conflict of Law-Making ...", примечание 8 выше, p. 407

разрешения коллизии, превращаясь в толковательный ориентир, подсказывающий, что одну норму следует истолковывать с учетом другой, конкретным воплощением или уточнением которой она является²⁴.

29. В качестве альтернативы общих или более ранних принцип можно трактовать в качестве выразителя подтекста или цели специальной (или последующей) нормы. Так, например, положения о рыбном промысле в Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву можно рассматривать в качестве базовых принципов, непосредственным воплощением и развитием которых служат конкретные договоры о рыбных ресурсах²⁵.

30. Например, в деле о южном голубопером тунце (2000 год) Япония утверждала, среди прочего, что Конвенция 1993 года о сохранении южного голубоперого тунца-блужина (Конвенция о тунце) применяется к данному делу одновременно как *lex specialis* и как *lex posterior*, исключая возможность применения Конвенции по морскому праву 1982 года²⁶. Однако Арбитражный трибунал посчитал, что применимы обе конвенции: и 1982 года, и 1993 года. Трибунал признал, что:

"...использование более чем одного международного договора при рассмотрении какого-либо конкретного спора – обычное явление в международном праве и практике государств. Нет причины считать, что какое-либо конкретное деяние государства не может нарушать его обязательства по более чем одному договору. Весьма часто имеет место параллелизм международных договоров с точки зрения как их материального содержания, так и их положений об урегулировании споров. Нынешняя совокупность международно-правовых обязательств извлекает пользу из процесса расширения и накопления; в практике государств заключение какой-либо имплементирующей конвенции не всегда освобождает от обязательств,

²⁴ См. Neil McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon, 1978) p. 156 и в целом pp. 152-194. Существует много пониманий характера различий между "нормами" и "принципами". О них см. Martti Koskenniemi, "General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law", в Martti Koskenniemi, *Sources of International Law* (London Ashgate, 2000) pp. 359-402. Относительно недавнее обсуждение действия дихотомии норма/принцип в международном праве (самоопределения), см. Karen Knop, *Diversity and Self-Determination* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) pp. 20-39.

²⁵ Это, по-видимому, также находит свое подтверждение в статье 87 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, United Nations, *Treaty Series* vol. 1834, p. 396.

²⁶ *Southern Bluefin Tuna case (Australia and New Zealand / Japan)* Award of 4 August 2000 (Jurisdiction and admissibility) UNRIAA vol. XXIII (2004) p. 23, para. 38(c).

установленных рамочной конвенцией для сторон имплементирующей конвенции. Обобщенное положение о содействии всеобщему уважению и соблюдению прав человека, содержащееся в статьях 1, 55 и 56 Устава Организации Объединенных Наций, не было выполнено государствами-участниками только посредством ратификации ими Пактов о правах человека и других договоров о правах человека ... Кроме того, конкретные положения Конвенции 1993 года отнюдь не обязательно исчерпывают соответствующие обязательства по Конвенции по морскому праву. В известном смысле можно считать, что сфера Конвенции по морскому праву распространяется дальше пределов действия Конвенции о тунце²⁷.

31. Это – вполне удачное описание ряда отношений, которые могут возникать между общим многосторонним договором и конкретными двусторонними или региональными договорами. В таких случаях квалификация последних в качестве *lex specialis* или *lex posterior* может вовсе не приводить к затмению общего договора. Вместо этого, такой более ранний и общий договор останется “за кулисами”, определяя способ интерпретации и применения более поздних и более конкретных правил²⁸. При этом неважно, мыслятся ли такие отношения в виде (неформальной) иерархии или разделения функций. Однако это не умаляет сложности определения того, когда более поздний или более конкретный договор означает “развитие” или “применение” более общего договора, а когда – исключение или ограничение его действия. Любая техническая норма, цель которой состоит в «развитии» свободы открытого моря, является также ограничением такой свободы в том плане, что она содержит конкретные условия и институциональный порядок, которые должны быть соблюдены, дабы такой свободой можно было воспользоваться.

32. Традиционно Комиссия понимает трудность проведения четкого различия между «прогрессивным развитием» и «кодификацией». Аналогичная трудность возникает при любой попытке проведения четкого разграничения между «применением» общей нормы и «ограничением» или «отклонением» от нее. Здесь все зависит от того, как истолковывать общее право, к которому конкретный или позднейший документ пытается что-то добавить. Поэтому следует проявлять осторожность, чтобы избежать вывода о том, что специальное право следует автоматически истолковывать «широко» или «узко». В каком направлении пойдет толкование, зависит от того, какая взаимосвязь между общим и

²⁷ Ibid., pp. 40-41 para. 52.

²⁸ Так, например, в статье 4 Соглашения ООН по рыбным запасам предусмотрено, что оно “толкуется и применяется в контексте Конвенции [ЮНКЛЮС] и сообразно с ней”, Соглашение об осуществлении положений Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими, United Nations, *Treaty Series* vol. 2167, p.3.

специальным правом задумана («применение» или «исключение»?). Для этого опять-таки требуется рассматривать это взаимоотношение как часть определенной «системы».

33. Часто говорят, что право является «системой». Под этим должно пониматься не больше того, что различные решения, нормы и принципы, из которых состоит право, не выступают в качестве некой бессистемной совокупности²⁹. Хотя между юристами могут быть различные мнения по вопросу о том, как понимать системную взаимосвязь между различными решениями, нормами и принципами, редко бывают разногласия относительно того, что в этом состоит одна из задач правоведения..

34. Сказанное выше не следует понимать как подтверждение чего-то, что уже «существует», предваряя любую систематизацию. За международным правом не стоит единая законотворческая воля. Договоры и обычай появляются в результате конфликтующих мотиваций и целей — они являются «предметами торга» и «пакетных решений» и зачастую возникают из спонтанных реакций на события, происходящие в окружающем мире. Однако если правовое обоснование понимается как целенаправленная деятельность, тогда следует, что его надо рассматривать не только как простое механическое применение произвольных, по-видимому, норм, решений и моделей поведения, а как функционирование целостной системы, направленной на достижение цели, поставленной человеком. Опять-таки юристы могут расходиться в мнениях о том, в чем состоит цель нормы или поведения. Вместе с тем из этого не вытекает, что при этом вообще нельзя преследовать какую-либо цель. Во многих случаях интерпретация права направлена на увязку нечеткой нормы с определенной целью и таким образом, раскрывая свою позицию внутри системы, - с обоснованием применения ее в определенном одном направлении, а не в другом. Так, например, заключение общего договора может иногда преследовать цель избавиться от ранее существовавших разрозненных положений в определенной области, - например, Конвенция Организации Объединенных Наций 1982 года по морскому праву прямо отменила конвенции 1958 года по морскому праву, - иногда вывод о таком намерении сделать нельзя³⁰. Принятие в 1966 году двух универсальных пактов по правам человека (Пакт о гражданских и политических правах и Пакт об экономических, социальных и культурных правах) не означало избавиться или установить преимущественную силу над (более конкретными) положениями Европейской

²⁹ Мнение, согласно которому международное право представляет собой «примитивную» структуру, основывается на утверждении о том, что нормы международного права не образуют «систему», а являются лишь сбором (первичных) норм, о которых договорились государства.. См. H.L.A Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961) pp. 208-231.

³⁰ См. статью 311 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву.

конвенции о правах человека и основных свободах 1951 года³¹. Вопрос о том, намерено ли принятое позднее регулирование сохранить или избавиться от ранее принятых правовых норм, нельзя опять-таки решить *in abstracto*. Он может быть решен лишь путем толкования.

35. Правовое толкование и таким образом правовое обоснование создает системную взаимосвязь между нормами и принципами, выстраивая их в качестве элементов, составляющих часть каких-либо человеческих начинаний или целей. Отнюдь не являясь чисто «академическим» юридическим упражнением, системное мышление проникает во все области правоведения, включая правоприменительную практику судей и администраторов³². Это проистекает именно из «группового» характера, который обрели правовые нормы и принципы. Однако его также можно рационализировать в плане политического обязательства, возлагаемого на правоприменителей увязывать свои решения с предпочтениями и ожиданиями общества, чье право они претворяют в жизнь³³.

36. Прежде чем начать применять право, необходимо определить объект применения. Сюда относится, среди прочего, первоначальная оценка возможных применимых норм и принципов. В результате такой оценки зачастую оказывается, что целый ряд стандартов могут быть *prima facie* юридически значимыми. Необходим выбор, а также обоснование применения одного вместо другого. Переходя от первоначальной оценки к выводу, правовое обоснование либо попытается согласовать, по-видимому, коллизионные стандарты путем толкования или же, если это представляется невозможным, установить определенные приоритетные взаимоотношения между ними. В таком случае становятся полезными толковательные максимы и средства разрешения конфликтов, такие, как, нормы *lex specialis*, *lex posterior* или *lex superior*. Они дают возможность видеть системную связь между двумя или более нормами, а это может таким образом служить

³¹ См. статью 44 Международного пакта о гражданских и политических правах. United Nations, *Treaty Series*, vol. 99, p. 171 и комментарий в Karl Zemanek, “General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours...* vol. 266 (1977), pp. 227-8. См. также Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...* выше, сноска 20, pp. 120-124.

³² «Систематизация», т.е. установление системных связей между правовыми нормами, - как ключевой аспект правового обеспечения, см., например, Aulis Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft* (New York Springer, 1979), pp. 50-77 и в целом Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (Oxford: Clarendon Press, 1979). О рассмотрении международного права социологически ориентированную (лухманнианскую) теорию систем см. Andreas Fischer-Lescano, “Die Emergenz von Globalverfassung”, *ZaÖRV* vol. 63 (2003) pp. 717-760.

³³ Это мнение блестяще сформулировано у Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard: Harvard University Press, 1977).

обоснованием конкретного выбора применимых стандартов и соответствующего вывода. Вместе с тем они не делают это механически, а, скорее, в качестве представления «руководящих принципов»³⁴, предлагающих подходящую взаимосвязь между соответствующими нормами ввиду необходимости обеспечения согласованности между выводом и задуманными целями или функциями правовой системы в целом³⁵. Тот факт, что все это происходит в неопределенной обстановке, не умаляет его значения. Через него юриспруденция ясно выражает, придает форму и указывает направление праву. Вместо произвольного сбора директив, право начинает приобретать форму целенаправленной (правовой) системы.

4. Гармонизация – системная интеграция

37. В международном праве существует сильная презумпция против нормативной коллизии. Толкование договоров – это дипломатическое искусство, а задача дипломатии – избегать коллизий или смягчать их. То же самое касается и судебной практики. В ходе одной из более ранних, но тем не менее поучительных дискуссий о договорных коллизиях Руссо следующим образом сформулировал обязанности судьи:

"...если два договора отражают несовпадающую волю, ему, естественно, следует попытаться согласовать их, чем ставить упор на их антагонизм"³⁶.

38. Сегодня это широко признанный принцип толкования, у которого может быть много формулировок. Фактически можно говорить о существовании правила гласящего, что при создании новых обязательств государства не отступают от своих прежних обязательств. Например, Дженнингс и Уоттс отмечают существование:

³⁴ Как предложено в комментариях Соединенных Штатов по проекту Валдока, которые превратились в статьи 30 и 31 Венской конвенции. См. Sir Humphrey Waldock, *Sixth Report on the Law of Treaties, Yearbook of the International Law Commission* (1966), vol. II, Part two, p. 94.

³⁵ Технику «обоснования второго порядка», которая дает возможность решать сложные дела (т.е. дела, по которым невозможно принимать «автоматических» решений) и которая касается либо последствий одного решения, либо системной целостности и последовательности решения с правовой системой (рассматриваемой как целенаправленная система), см. McCormick, выше, сноска 21, pp. 100–128.

³⁶ Charles Rousseau, “De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international”, *RGDIP* vol. 39 (1932), p. 153.

"презумпции, согласно которой стороны не имеют намерений, не соответствующих общепризнанным принципам международного права или предыдущим договорным обязательствам перед третьими государствами"³⁷.

39. Как заявил Международный Суд в деле о праве прохода:

"существует норма интерпретации, согласно которой текст, исходящий от правительства, в принципе должен толковаться как производящий или задуманный, чтобы производить такие последствия, которые соответствуют действующему праву, а не нарушают его"³⁸.

40. Есть и другие причины стремления избегать официальных заявлений, констатирующих расхождения. Как отмечается выше, зачастую вопрос может сводиться к политической оценке. Например, в весьма спорном деле об австро-германском таможенном союзе 1931 года Постоянная палата международного правосудия отметила, что планирующийся союз с Германией нарушает принятое Австрией по Версальскому договору и Сен-Жерменскому протоколу обязательство не уступать свою независимость. Как заявил судья Анцилотти, Суду здесь было предложено принять решение по сугубо политическому вопросу. Какие юридические стандарты могли помочь в решении вопроса о том, будет ли создание таможенного союза между Австрией и Германией, с учетом всей истории их взаимоотношений и ее связи с европейскими проблемами, ущемлять независимость Австрии? В этом отношении договор с Германией кардинально отличался по своему характеру от, скажем, договора с Чехословакией³⁹. Потенциальная "фрагментация" в австро-германском деле высвечивает связь юридической проблемы совместимости с предпочтениями участников и необходимостью проявлять достаточную тонкость. В некоторых случаях прямое подтверждение несовместимости может быть совершенно нецелесообразным.

41. Существует сравнительно небольшая – вообще-то до недавнего времени поразительно небольшая - судебная или арбитражная практика урегулирования

³⁷ Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (London: Longman, 1992) (9th ed), p. 1275. Относительно более широкого признания презумпции против коллизий – т.е. предположении о гармонии – см. также Pauwelun, *Conflict of Norms...* сноска 21 выше, pp. 240-244.

³⁸ "Дело о праве прохода через индийскую территорию (Предварительные возражения) (Португалия против Индии)" *I.C.J. Reports 1957* p. 142.

³⁹ Как это отмечено в Rousseau, "De la compatibilité des norms...", примечание 36 выше, pp. 187-8.

нормативных коллизий. По предположению Боргена, отчасти это объясняется стремлением государств-участников обговаривать вопросы возможных коллизий между собой и не передавать стороннему органу полномочия принимать решения о том, что может выглядеть как улаживание трудностей, могущих корениться в разнородных интересах, преследуемых национальными администрациями. И переговоры редко касаются "применения" коллизионных норм; скорее они являются попытками отыскать прагматическое решение, способное восстановить нарушенную гармонию. Хотя, возможно, было бы интересно обсудить пути, посредством которых государства улаживали такие проблемы путем переговоров, тот факт, что любые достигнутые результаты являются следствием контекстуальных сделок, затрудняет их использование в качестве основы для той или иной обычной нормы⁴⁰.

42. Однако хотя согласование зачастую обеспечивает приемлемый исход нормативной коллизии, оно имеет четко определенные пределы: "оно может решать внешние коллизии, но не может решать подлинных коллизий"⁴¹. Это не означает, что существуют нормативные коллизии, по природе своей не поддающиеся устранению путем согласования. Стороны обо всем могут договориться, покуда у них есть к тому воля. Однако порой эта воля может отсутствовать, скажем, если их позиции слишком расходятся - иногда это может быть следствием важности столкнувшихся интересов или предпочтений, задействованных в нормативной коллизии, или мнения, что согласование ущемит интересы той стороны, переговорная позиция которой считается более слабой. В этом смысле существует предел, до которого "координация" может применяться для решения нормативных коллизий. Так, если договор предусматривает четко сформулированные права и обязательства субъектов права, необходимо избегать отношение к ним как к "козырю", дающему преимущества в процессе достижения согласованного решения.

43. Когда нормативные коллизии передаются на урегулирование третьим сторонам, тяга к согласованию остается сильной, хотя, пожалуй, не столь мощной, как между самими сторонами. Поскольку к толкованию необходимо прибегать уже для установления самого факта коллизии, зачастую существует вариант улаживания потенциальных коллизий лишь путем их игнорирования, особенно если ни одна из сторон не заостряет на них внимание. Но как только одна из сторон ставит вопрос о коллизии или преимуществе одного обязательства перед другим, необходимость занять определенную позицию становится неизбежной. Разумеется, в подобном случае все еще можно прийти к выводу, что, хотя

⁴⁰ Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", сноска 10 выше, pp. 605-606 (однако см. также его обсуждение дипломатической практики, пункты 606-610).

⁴¹ Ibid., p. 640.

две нормы, по-видимому, указывают в разных направлениях, после некоторой корректировки их все еще можно применять или понимать таким образом, что между ними не останется какого-либо пересечения или коллизии. Иногда это может потребовать применения такого рода коллизионных норм, которым посвящена основная часть настоящего доклада. Но это также может достигаться путем поиска решения, позволяющего оптимальным образом вписать коллидирующие обязательства в общий контекст международного права. Если вопрос о коллизии возникает в связи с достижением *целей* (а не обязательств) различных договоров, занимающийся этой коллизией орган мало чего может добиться. В любом случае внешний орган по урегулированию всегда ограничен своей юрисдикцией.

5. Юрисдикция и применимое право

44. При обсуждении фрагментации и нормативных коллизий иногда высказывается тезис о том, что вне зависимости от того, как мыслятся отношения между правовыми нормами и принципами в рамках *общего международного права*, эти отношения не могут применяться тель-кель договорными органами или органами по урегулированию споров, компетенция которых ограничена их учредительным документом. Мол, органу по правам человека негоже применять соглашение, охватываемое ВТО. Эта мысль, которая по сути сводится к доводу об автономном характере некоторых режимов, подробно обсуждается в разделе С.3 ниже. Ограничимся здесь лишь несколькими замечаниями.

45. Компетенция большинства международных трибуналов ограничивается конкретными типами споров или спорами, возникающими в связи с конкретными договорами. Однако такая ограниченная компетенция не подразумевает ограничения права, применимого к толкованию и применения этих договоров. В частности, в контексте ВТО проводится различие между двумя понятиями - юрисдикцией и применимым правом⁴². Хотя договоренность ВТО об урегулировании споров ограничивает юрисдикцию претензиями, которые возникают только в связи с соглашениями ВТО, какие-либо прямые положения о границах применимого права

⁴² Lorand Bartels, "Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings", *Journal of World Trade*, vol. 35 (2001), pp. 501-502; David Palmenter and Petros C. Mavroidis, "The WTO Legal System: Sources of Law", *AJIL* vol. 92 (1998), pp. 398-399; Joost Pauwelyn, "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?" *AJIL* vol. 95 (2001), pp. 554-566; Gabrielle Marceau, "WTO Dispute Settlement and Human Rights", *EJIL* vol. 13 (2002), pp. 757-779; Anja Lindroos and Michael Mehling, "Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO", *EJIL* vol. 16 (2005), pp. 860-866.

отсутствуют⁴³. В отличие от этого, в статье 38 Статута Международного Суда с перечнем источников, которые должен применять Международный Суд при принятии своих решений, право, которое должно применяться Судом, обозначено⁴⁴. Аналогичным образом в Конвенции по морскому праву предусмотрено, что Трибунал по морскому праву обладает "компетенцией в отношении споров, касающихся толкования или применения настоящей Конвенции", и при принятии решений по делам "применяет конвенции и другие нормы международного права, не являющиеся несовместимыми с настоящей Конвенцией"⁴⁵. Поскольку в договоренности об урегулировании споров нет прямого положения на этот счет, представляется, что вопрос об объеме применимого права может вызывать проблемы. Однако ВТО - далеко не единственный пример создания договорного органа без прямого упоминания о том, что ему надлежит применять международное право. Как будет подробно показано, в частности, в разделах С и F ниже, договоры ВТО являются порождениями других норм международного права и постоянно взаимодействуют с ними⁴⁶. Как было заявлено Апелляционным органом по первому же делу, которое было им рассмотрено, "Генеральное соглашение [ГАТТ] нельзя понимать в

⁴³ Так, статьи 1.1, 3.2, 7, 11 и 19.2 Договоренности об урегулировании споров, ILM, vol. 33 (1994) 1144, трактовались как в пользу, так и против расширения сферы применения применимого права при урегулировании споров в рамках ВТО. См., например, Bartels, *Applicable Law in WTO...* *ibid.*, pp. 502-509; Lindroos and Mehling, "Dispelling the Chimera 'Self-Contained Regimes'", *ibid.*, pp. 873-875 and *Korea-Measures Affecting Government Procurement*, 1 May 2000, WT/DS163/R, para. 7.101, note 755.

⁴⁴ См., например, e.g. Bartels, "Applicable Law in WTO....", *ibid.*, pp. 501-502 and Palmenter and Mavroidis, "The WTO Legal System: Sources of Law", примечание 42 выше, pp. 398-399.

⁴⁵ Статьи 288 (1) и 293 (1) Конвенции по морскому праву.

⁴⁶ Например, Palmenter and Mavroidis, "The WTO Legal System: Sources of Law", pp. 398-399; Joel P. Trachtman, "The Domain of WTO Dispute Resolution", *Harvard International Law Journal* vol. 40 (1999) pp. 333-377; Bartels, "Applicable Law in WTO ...", выше, сноска 42, pp. 501-502; Pauwelyn, "The Role of Public International Law in the WTO...", выше, сноска 42, pp. 554-566; Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law...* выше, сноска 21, *Law*; Marceau, "WTO Dispute Settlement and Human Rights"... выше, сноска 42 pp. 757-779; Lindroos and Mehling, "Dispelling the Chimera ...", выше, сноска 42, pp. 860-866.

клинической изоляции от публичного международного права"⁴⁷. Что это означает на практике, отнюдь не всегда ясно. Но мы имеем дело с констатацией факта, который никогда еще не подвергался серьезному сомнению международными трибуналами или договорными органами: хотя юрисдикция любого органа ограничена (а это всегда так, даже в случае Международного Суда), осуществление им этой юрисдикции определяется нормативным окружением.

С. КОЛЛИЗИИ МЕЖДУ СПЕЦИАЛЬНЫМ И ОБЩИМ ПРАВОМ

46. В настоящем разделе рассматривается случай, когда отношение между вступающими в коллизию нормами является отношением типа "специальное/общее". Раздел состоит из четырех частей. В части С.1. представлена вводная информация для обсуждения коллизий, при которых возникает вопрос о "специальном" или "общем" характере вступающих в коллизию норм. В разделе С.2. излагается роль и природа нормы *lex specialis* как прагматического механизма урегулирования ситуаций, когда две нормы международного права, обе действующие и применимые, решают один и тот же вопрос по-разному⁴⁸. В разделе С.3 содержится общий обзор прецедентного права и изложение академического обсуждения вопроса об «автономных режимах». В разделе С.4 кратко обсуждаются вопросы регионализма в международном праве.

1. Введение

47. Один из наиболее широко известных способов анализа нормативных коллизий основан на делении коллидирующих норм на общие и специальные. В этой связи можно выделить три типа нормативных коллизий, а именно:

- (a) коллизии между общим правом и специфическим, неортодоксальным толкованием общего права;

⁴⁷ В деле *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, 29 April 1996, WT/DS2/AB/R, p. 17. Аналогичным образом в деле *Korea – Measures Affecting Government Procurement*, 1 May 2000, WT/DS163/R, para. 7.96, группа заявила, что "нормы обычного международного права применяются в целом к экономическим взаимоотношениям между членами ВТО. Такие нормы международного права применяются в той степени, в какой международно-правовые соглашения ВТО "не отклоняются" от них.

⁴⁸ Когда говорят, что та или иная норма является «действующей», хотят указать на то, что она является частью («действующего») правового порядка. Когда говорят, что она применима, имеют в виду, что она предоставляет права, обязательства или полномочия субъекту права в конкретной ситуации.

- (b) коллизии между общим правом и специальной нормой, которая претендует на существование в качестве исключения из него, и
- (c) коллизии между двумя типами специального права.

48. В каждом из этих трех типов коллизий фрагментация проявляется по-разному. Если первый тип коллизии по существу относится к последствиям различных правовых толкований в сложной институциональной обстановке и поэтому, строго говоря, выпадает за рамки исследования, проводимого Комиссией, то последние два типа явно являются типами коллизии, когда само право (в отличие от некоторого предполагаемого толкования его) по-видимому в разной степени зависит от того, какие используются нормативные рамки при его рассмотрении⁴⁹. Ниже излагается краткое описание каждого из трех типов коллизий.

а) Фрагментация из-за конфликтующих толкований общего права

49. В деле Таджича 1999 года апелляционная камера Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ) рассмотрела вопрос об ответственности Сербии-Черногории за деяния милиции боснийских сербов в конфликте в бывшей Югославии. С этой целью она изучила рассмотренное в Международном Суде дело по Никарагуа 1986 года. По этому делу Соединенные Штаты не были признаны ответственной стороной за деяния никарагуанских "контрас" лишь на основании организации, финансирования, военной подготовки и экипировки их. Такое участие не отвечало требованию «эффективного контроля»⁵⁰. МТБЮ со своей стороны пришел к выводу о том, что требование «эффективного контроля» определяет слишком высокий порог для установления правовой ответственности внешней державы за внутренние беспорядки в стране. Вполне достаточно, чтобы такая держава «играла роль в организации, координировании или планировании военных действий военизированного подразделения», короче говоря, осуществляла «общий контроль» над ними в конфликте, который может рассматриваться как «международный вооруженный конфликт»⁵¹.

⁴⁹ Я рассматривал вопрос о зависимости нормативной коллизии от различных концептуальных рамок в Martti Koskenniemi & Päivi Leino, "Fragmentation of International Law? ...", выше сноски 14, pp. 553–579.

⁵⁰ *Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, *ICS Reports* 1986, pp. 64–65 (para. 115).

⁵¹ См. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Judgment, Case No. IT-94-1-A.A.Ch., 15 July 1999. См. также vol. 38 ILV (1999), pp. 1540–1546 (paras 115, 116–145).

50. Разница между делом Никарагуа и делом Таджики представляет собой пример нормативной коллизии между ранним и более поздним толкованием нормы международного общего права⁵². В деле Таджики не предлагается, чтобы «общий контроль», существовал наряду с «эффективным контролем» либо как исключение из общего права, либо как специальный (местный) режим, регулирующий югославский конфликт. Оно добивается вообще заменить тот стандарт..

51. Вопрос состоит не в том, чью сторону занять - Таджики или Никарагуа, а лишь в том, чтобы привести пример нормативной коллизии, когда два института, столкнувшись с аналогичными фактами, интерпретируют право по-разному. Такое явление распространено в любой правовой системе. Однако его последствия для международной правовой системы, которая лишена надлежащей институциональной иерархии, могут оказаться поистине проблематичными. Взять к примеру случай, когда два института истолковывают по-разному общее (и в целом неcodифицированное) право, касающееся титула на территорию. По мнению одного института, государство А на законных основаниях приобрело титул на часть территории, которую другой институт рассматривает как часть территории государства В. В отсутствие института более высокой инстанции, который мог бы решить такой конфликт, государства А и В не могут предпринимать никаких официальных действий в отношении данной территории с уверенностью в том, что такие действия будут рассматриваться посторонними державами или институтами как имеющие юридическую силу. Аналогичные проблемы будут возникать в связи с любыми конфликтными толкованиями общего права по вопросам предоставления правового статуса.

52. Различные взгляды на содержание общего права порождают проблемы двух видов. Во-первых, они ослабляют правовую безопасность. Субъекты права более не в состоянии предсказать реакцию официальных институтов на их поведение и соответственно планировать свои действия. Во-вторых, такая ситуация ставит субъекты права в неравное положение по отношению друг к другу. Права, которыми они пользуются, зависят от того, какая захвачена юрисдикция с целью их обеспечения. Внутригосударственное право большинства стран решает эти проблемы посредством инструмента обжалования. Орган власти (обычно суд) более высокого иерархического уровня официально вынесет

⁵² Это - не единственное и необязательно правильное толкование различия между этими двумя делами. Как заметили некоторые специалисты, эти дела можно также различать, исходя из их фактов. В этом случае не будет нормативной коллизии. Какая бы точка зрения ни была более обоснованной, принципиальный вопрос остается прежним, а именно, что два суда, столкнувшись с аналогичными фактами, могут толковать применимое право по-разному.

авторитетное решение⁵³. Такой орган обычно не фигурирует в международном праве. Коллизии между толкованиями общего права различными институтами не могут представляться на пересмотр в конституционную систему с участием в конечном итоге высшей власти. Когда такие коллизии возникают и вызывают проблемы (что не всегда бывает), они могут решаться лишь с помощью законодательных или административных средств. Либо государства примут новое законодательство, которое урегулирует данный конфликт, либо институты попытаются в будущем координировать свое законодательство.

b) Фрагментация по причине появления специального права норм как исключения из общего права

53. Иным случаем является случай, когда институт принимает решение, которое отклоняется от решений, вынесенных в прошлом по ситуациям аналогичного типа, поскольку новое дело рассматривалось не согласно общему праву, а как исключение из него. Указанное наглядно прослеживается на примере оговорок, сделанных органами по правам человека. В деле Белилоса 1988 года Европейский суд по правам человека счел заявление, сделанное Швейцарией в ее ратификационной грамоте, как оговорку, объявил ее не совместимой с объектом и целью Конвенции и заявил, что Швейцария несет обязательство по этой Конвенции «независимо от действительности заявления»⁵⁴. В последующих делах Европейский суд указал, что обычные нормы, касающиеся оговорок к договорам, не применяются к праву прав человека как таковому. По мнению Суда:

«...основное различие в роли и цели соответствующих судов [т.е. МС и ЕСПЧ], вместе с существованием практики безоговорочного принятия [...] представляет собой внушительную основу для проведения различия между практикой, установленной Конвенцией, и практикой Международного Суда»⁵⁵.

⁵³ С системно-теоретической точки зрения позиция судов является абсолютно главенствующей в решении вопроса о функциональной дифференциации, т.е. фрагментации в рамках права. Логическая последовательность здесь основывается на обязанности принимать решения даже по «сложным делам». По этому вопросу см., в частности, Nickels Luhmann, *Law as a Social System* (transl. by K.A. Zeigert, ed. by F. Kastner, R. Nobles, D. Schiff and R. Zeigert, (2004) (Oxford University Press), особенно pp. 284–296.

⁵⁴ *Belilos v. Switzerland*, Judgment of 29 April 1988, 1988 ECHR (Ser. A), No. 132, p. 28 (para 60).

⁵⁵ *Loizidou v. Turkey*, Preliminary Objections of 23 March 1995, 1995 ECHR (Ser. A), No. 310, p. 29 (para 67).

54. Опять-таки вопрос состоит не в том, чтобы одобрить действие Европейского суда по правам человека или критиковать его за это, а в том, чтобы указать на явления, которые, независимо от того, что можно думать о нем, имеет отношение к появлению исключений или серии исключений по определенному вопросу, которые отклоняются от общего права и оправдываются особыми характеристиками этого вопроса.

с) Фрагментация по причине дифференциации между типами специального права

55. И наконец, третьим случаем является конфликт между различными типами специального права. Это может проиллюстрировать ссылкой на дебаты по вопросам торговли и окружающей среды. В деле 1998 года *О говяжьих гормонах* Апелляционный орган Всемирной торговой организации (ВТО) рассмотрел вопрос о статусе так называемого «принципа предосторожности применительно к договорам ВТО». Он пришел к выводу, что какой бы статус ни имел этот принцип «по международному экологическому праву», он не стал обязательным для ВТО⁵⁶. Такой подход может свидетельствовать о том, что «экологическое право» и «торговое право» могут руководствоваться различными принципами. Какая норма будет применяться при этом, будет зависеть от того, как в этом отношении будет квалифицировано дело. Такая ситуация, по-видимому, является проблематичной, поскольку такие понятия, как «торговое право» или «экологическое право», не имеют четко очерченных границ. Например, морской нефтеналивной транспорт относится как к торговле, так и окружающей среде, а также регулируются нормами морского права. Должны ли, например, обязательства судовладельца относительно технических характеристик судна определяться торговыми интересами морского нефтяного транспорта или же интересами защиты окружающей среды? Ответы, несомненно, будут зависеть от выбора надлежащих рамок правового толкования.

⁵⁶ *European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)-AB-1997-4-Report of the Appellate Body, WT/DS26/AB/R, 13 February 1998, paras 123-125.*

2. Действие и сфера применения максимы *lex specialis*

а) *Lex specialis* в международном праве

і) Правовая доктрина

56. Принцип, гласящий, что специальные нормы права умоляют общее право, является широко распространенной максимой правового толкования и инструментом разрешения нормативных коллизий⁵⁷. Как принцип толкования, он предполагает, что если тот или иной вопрос регулируется общим стандартом, а также более конкретной нормой, то в таком случае последняя должна иметь преимущественную силу над первым. Взаимоотношение между общим стандартом и специальной нормой может, однако, пониматься двояко. Одно дело, когда конкретную норму следует читать и понимать в рамках и с учетом общего стандарта, в основном как пояснение, обновление или техническое уточнение последней.⁵⁸ В таком случае конкретное и общее имеют одно и то же направление.

57. Иногда, однако, норма *lex specialis* понимается более узко, с целью охватить случай, когда два правовых положения, оба имеющие юридическую силу и применимые, не имеют ясного иерархического взаимоотношения друг с другом и содержат несопоставимые указания относительно того, как подходить к рассмотрению одной и той же группы фактов. В таком случае норма *lex specialis*, по-видимому, является инструментом разрешения конфликта. Она предлагает, чтобы вместо установленной

⁵⁷ Принцип *lex specialis derogat lege generali* имеет давнюю историю. Этот принцип был включен в *Corpus Iuris Civilis*. См. Papinian, Dig. 48, 19,41 and Dig. 50, 17,80. В последнем сказано: “in toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est” (перевод “во всем праве специальное имеет верховенство над общим, и все, что связано со специальным считается самым важным”). The Digest of Justinian vol. IV, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1985) Latin text ed. by T. Mommsen and P. Kruger). Некоторые из альтернативных формулировок гласят ‘*Generalibus specialia derogant*’, ‘*Generi per speciem derogatur*’, ‘*specialia generalibus, non generalia specialibus*’. В настоящем докладе не рассматривается другой, близкий вариант, а именно норма *eiusdem generis*, т.е. норма интерпретации, согласно которой специальные термины определяют смысл общих. Обсуждение см. у Lord A.D. McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Clarendon Press, 1961) 2nd ed, pp. 393-399.

⁵⁸ Такая трактовка дается, например, Jan V. Mus, “Conflicts between Treaties ... выше, сноска 21, р. 218. Фитцморрис также считает, что *lex specialis* существует, когда “специальное положение... выводится из сферы применения общего положения”, Sir Gerald Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and other Treaty Points”, BYBIL, vol. 33 (1957) p. 236.

нормы (общей) применялось (конкретное) исключение.⁵⁹ В обоих случаях, однако, преимущество отдается положению, которое является «специальным», то есть норме, имеющей более четко определенную сферу применения.⁶⁰

58. Тем не менее упомянутая максима не допускает автоматического применения. В частности, можно указать на два вида трудностей. Прежде всего зачастую трудно различить, что является «общим», а что «частным» и чему уделяется внимание: материальному обеспечению положения или же числу субъектов права, для которых оно предназначено, и в зависимости от этого можно сделать разные заключения. Примером может служить взаимоотношение между территориально ограниченным общим режимом и универсальным договором по определенной конкретной теме.⁶¹ Во-вторых, этот принцип также не содержит ясного взаимоотношения с другими максимами толкования или методами разрешения конфликта, как, например, принцип *lex posterior derogat legi priori* (правовая норма, принятая позднее, имеет преимущественную силу над ранее принятой правовой нормой), и он может быть умален нормативной иерархией или неофициальными мнениями относительно «релевантности» или «значимости»⁶².

59. Идея преимущественной силы специального над общим имеет также давнюю традицию в международной юриспруденции. Ее суть удачно сформулировал еще Гроций:

Какие в таком случае надлежит соблюдать правила [т.е., когда части документа противоречат друг другу]. Между соглашениями, одинаковыми... имеет преимущество то, которому в наибольшей мере свойственен специфический

⁵⁹ Alexander Peczenik, *Juridikens metodproblem* (Stockholm: Gebers, 1980), p. 106.

⁶⁰ Т.е. когда описание сферы применения одного положения содержит как минимум одно качество, которое не выделяется другим положением. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin: Springer, 1975), pp. 251-252.

⁶¹ Такие конфликты, как заявляет Дженкс, могут решаться на основе их существа. См. С. Wilfried Jenks, "The Conflict of Law-Making...", выше, сноска 8, p. 447.

⁶² Разные возможности, см. Hannu T. Klami, "Legal Heuristics: A Theoretical Skeleton", *Oikeustiede-Jurisprudentia* 1982, pp. 46-53. См. также Seyed Ali Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts ...* выше, сноска 21, pp. 189-191. Примеры случаев, когда более общий договор имеет преимущество над более специальным из-за его "относимости" или "преимущественного характера", см. там же, pp. 114-125 and 125-131 и в других местах. Ian Sinclair говорит о смешении методов и максим в Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester: Manchester University Press, 1984), 2nd ed, pp. 95-98.

характер и которое больше всего отвечает существу дела, ибо специальные положения обычно более эффективны, чем общие⁶³.

60. В этом фрагменте упоминаются две причины, по которым норма *lex specialis* столь широко признается. Специальная норма является более конкретной («больше всего отвечает существу дела»), чем общая, и она более эффективно регулирует соответствующие вопросы («обычно более эффективны, чем общие»). Эту же идею можно выразить, указав, что специальные нормы полнее учитывают конкретные обстоятельства. Необходимость соблюдать их воспринимается более остро, чем в случае с общими нормами⁶⁴. Они отличаются большей ясностью и определенностью и поэтому часто воспринимаются как «более жесткие» или более «обязательные», чем общие нормы, которые могут оставаться в тени и использоваться лишь изредка. Кроме того, норма *lex specialis* может также оказаться полезной в том плане, что она может помочь лучше понять возможные намерения сторон⁶⁵.

61. Поэтому неудивительно, что авторы как правило признают *lex specialis* действующим инструментом толкования или разрешения конфликта также в публичном международном праве, хотя этому аспекту редко уделяется много внимания. В классической теории права (Пуфендорф, Ваттель) признается тот факт, что как само собой разумеющееся *lex specialis* является одним из возможных подходов наряду с другими методами⁶⁶. Анцилотти сформулировал эту норму достаточно категорично: «in toto jure genus per speciem derogatur; специальная норма права превалирует над общей

⁶³ Hugo Grotius, *De Jure belli ac pacis. Libri Tres*, Edited by James Brown Scott, The Classics of International Law (Oxford: Clarendon Press, 1925), Book II, Глава XVI, Sect. XXIX, p. 428.

⁶⁴ Обоснование необходимости отдавать предпочтение «специальным нормам» по сравнению с «общими» см. также в: Pierre Marie Dupuy, “L’unité de l’ordre juridique internationale.. . . .», выше, сноска 14, pp. 428-9.

⁶⁵ См. также Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms*... выше, сноска 21, p. 388. Волюнтаристскую интерпретацию *lex specialis*, которую можно опровергнуть с учетом других обстоятельств, см. в: Nancy Kontou, *The Termination of Treaties in Light of New Customary International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 142 и содержащихся в этой работе ссылок.

⁶⁶ Samuel Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, Transl. by J. Barbeyrac, (Basle : Thourneisen , 1732), Bk, V, Ch. XII, pp.138-140; Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la Loi Naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des Souverains* (2 vols, Londres, 1758), Tome I, Livre II, Ch. XVII, p. 511, para. 316.

нормой». Из этого волюнтаристского подхода вытекает, что договор между двумя государствами имеет преимущество над многосторонним договором, а многосторонний договор — над нормой обычного права⁶⁷. Для него, как и, например для Шарля Руссо, сила максимы *lex specialis* заключалась в том способе, посредством которого она, как представлялось, реализовала волю стороны⁶⁸. Жорж Селль, напротив, полагал, что специальная норма лишь изредка может превалировать над тем, что он назвал “l'économie d'ensemble” («эффект масштаба применения») общего права. Его социологический детерминизм предполагал, что общая норма, отражающая объективный общественный интерес, должна всегда предотвращать возможность делегирования отдельными государствами своих прав⁶⁹.

62. Вместе с тем представляется очевидным, что оба подхода являются слишком категоричными: один из них преувеличивает роль воли отдельных государств, а другой - недостаточно учитывает необходимость допускать отклонения от абстрактных максим. Позднее юристы подчеркивали относительность принципа *lex specialis*, необходимость уравнивать его принципом *lex posterior*, а также тот факт, что более общее положение может занимать более высокое место в иерархии правовых норм⁷⁰.

63. Комиссия международного права достаточно подробно осветила порядок применения нормы *lex specialis* в комментарии к статье 55 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния:

Статья 55

Lex specialis

"Настоящие статьи не применяются, если, и в той в мере, в какой условия наличия международно-противоправного деяния или содержание международной ответственности государства или ее имплементация определяются специальными нормами международного права".

64. Этим положением устанавливается нормативная приоритетность любой специальной нормы в сфере ее применения. Как поясняет Комиссия в комментарии, это

⁶⁷ Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, tome I (transl. by Gilbert Gidel) (Paris: Sirey, 1929) p. 103.

⁶⁸ Charles Rousseau, “De la compatibilité des norms...”, выше, сноска 36, p. 177.

⁶⁹ Georges Scelle, *Cours de droit international public* (Paris : Domat-Montchrestien, 1948), p. 642.

⁷⁰ См., например, Arrigo Cavaglieri, “Règles générales de droit de la paix”, *Recueil des Cours...* vol. 26 (1929-I), p. 334; Gerald Eulalio do Nascimento e Silva, “Le facteur temps et les traités”, *Recueil des Cours...*, vol. 154 (1977-I), p. 246.

означает, «что нормы в данных статьях имеют достаточный характер»⁷¹. Это положение четко отражает намерение Комиссии разрешить государствам разрабатывать и применять общие нормы ответственности государств или отклоняться от них путем заключения межгосударственных соглашений. Вместе с тем, разумеется, такие полномочия не могут быть неограниченными: нормы, являющиеся отклонениями, должны по меньшей мере быть такими же значимыми, что и нормы, от которых производится такое отклонение. Трудно понять, как государства могли бы, например, отклоняться от тех аспектов общего права ответственности государств, которые определяют условия наступления ответственности за «серьезные нарушения обязательств, вытекающих из императивных норм общего международного права»⁷².

65. В теории *lex specialis* обычно рассматривается как один из факторов, влияющих на толкование договоров (статьи 31–33 ВКПД) или в контексте вопроса о последовательно заключенных договорах (статья 30 ВКПД, особенно в связи с принципом *lex posterior*)⁷³. Хотя принцип *lex specialis* не был отражен в тексте Венской конвенции о праве международных договоров, в процессе работы над ним отмечалось, что в числе методов

⁷¹ Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, комментарии к статье 55, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/56/10)*, стр. 370, пункт 2.

⁷² Там же, проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, комментарии к статьям 40–41 и 48, стр. 296–310, 325–339.

⁷³ Помимо уже указанных источников см., например, Charles Rousseau, “De la compatibilité des normes ...”, сноска 36 выше, pp. 133–192, особенно pp. 177–8, 188–9; Jenks, сноска 8 выше, pp. 401–453, особенно pp. 446–447; Manfred Zuleeg, “Vertragskonkurrenz im Völkerrecht, teil I: Verträge zwischen souveränen Staaten”, *20 GYBIL* (1977), pp. 246–276, особенно pp. 256–259; V. Czaplinski & G. Danilenko, “Conflict of Norms in International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXI (1990), pp. 20–21; Kontou, *The Termination of Treaties ...*, сноска 65 выше, pp. 141–144; Malgosia Fitzmaurice & Olufemi Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties* (Utrecht: Eleven International Publishing, 2005), особенно pp. 314–348. См. также Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell & James C. Miller, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: principles of content and procedure* (New Haven and Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht: New Haven Press, 1994), pp. 199–206; Sinclair, *The Vienna Convention ...* сноска 62 выше, p. 98; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p. 201. См. также Patrick Daillier and Alain Pellet, *Droit international public* (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence: 2002), 7th ed., p. 271 (рассмотрение *lex specialis* в контексте статьи 30(3) Венской конвенции). Весьма немногие комментаторы прямо отрицают этот принцип. См. тем не менее Ulf Lindefalk, *Om tolkning av traktater* (Lund: Lunds universitet, 2001), pp. 353–4 (этот автор считает, что принцип *lex specialis* входит в состав некоторых методов и замещается другими методами)

разрешения коллизий между договорами целесообразно уделять внимание тому, в какой степени тот или иной договор может считаться «специальным» по отношению к другому договору⁷⁴.

66. Вместе с тем нет никаких оснований ограничивать применение *lex specialis* только взаимоотношениями между договорами. Дженнингс и Уоттс, например, указывают, что этот принцип «иногда применяется для разрешения очевидных коллизий между двумя различными и потенциально применимыми нормами», и особо отмечают, что сфера его применения не ограничивается правом договоров. Как и многие другие авторы, они подчеркивают его возможную роль как «факультативного вспомогательного метода», который «сообразуется со здравым смыслом и обычным грамматическим употреблением»⁷⁵. Как таковой, он часто применяется для регулирования взаимоотношений между договорами (*lex specialis*) и обычаем («общей нормой»)⁷⁶.

67. Неопределенность теории толкования норм права в полной мере относится и к роли *lex specialis*. Как отметил О'Коннелл, «авторы разделились на тех, кто полагает возможным формулировать определенные правила толкования, и тех, кто считает такую возможность иллюзорной»⁷⁷. Этим, вероятно, и объясняется тот факт, что во многих учебниках данный принцип не упоминается вообще. Если исходить из того, что толкование норм права - это скорее «искусство, чем наука», то, разумеется, едва ли есть смысл увязывать его с техническими правилами или максимами⁷⁸. Тем не менее отказ от этого принципа может быть обусловлен завышенными требованиями, предъявляемыми к нормативной силе правил толкования. Едва ли приходится сомневаться в том, что достоинства, побуждающие толкователей отдавать предпочтение специальным нормам по сравнению

⁷⁴ Заявление эксперта-консультанта (Уолдок), Конференция Организации Объединенных Наций по праву договоров, вторая сессия, Вена, 9 апреля-22 мая 1969 года, *Официальные отчеты* (The United Nations, New York, 1970), p. 270. См. также Paul Reuter, *Introduction au droit des traités* (Paris: Presses Universitaires de France, 1985) 2nd edn, p. 112.

⁷⁵ Sir Robert Jennings & Sir Arthur Watts, *Oppenheim's ...* supra note 37 vol. I, pp. 1270, 1280.

⁷⁶ См., например, Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: a study of their interactions and interrelations with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Dordrecht: Nijhoff, 1985), p. 161.

⁷⁷ D.P. O'Connell, *International Law* (London: Stevens and Sons, 1970), vol. I, p. 253.

⁷⁸ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* (Reissue with a new Epilogue, Cambridge: Cambridge University Press, 2005) p. 338-339.

с общими нормами и отмеченные еще Гроцием в приведенном выше высказывании, оправдывают его присутствие в том комплексе практических соображений, которые должны учитывать юристы. Вполне обоснованно Шварценбергер считает всю эту ветвь права, а именно толкование, одним из аспектов того, что он называет *jus aequum*, т.е. нормы, «побуждающей стороны применять каждый договор в духе разумности и доброй воли»⁷⁹. В качестве ориентира в процессе толкования *lex specialis* действительно отражает целый ряд важных практических соображений: необходимость обеспечения практической уместности и действенности нормы, а также сохранения того, что часто может служить полезным методом толкования намерений сторон. Эти соображения, разумеется, необходимо уравнивать противоположными соображениями: местом соответствующей нормы в иерархии норм права и другими свидетельствами намерения государства. Однако какой бы метод ни упоминался и как бы ни трактовалось «равновесие», все это происходит в контексте дискуссий, нацеленных на обоснование результатов не столько с точки зрения технических аспектов применения, сколько с точки зрения вклада в целенаправленную правовую систему.

ii) Прецедентное право

68. Как представляется, в международном прецедентном праве максима *lex specialis* признается, хотя опять-таки, как правило, без подробного анализа. Можно выделить четыре различные ситуации. Максима может применяться а) в рамках одного международно-правового документа; б) для регулирования отношений между двумя различными документами; в) для регулирования отношений между договорной и недоговорной нормой; и д) для регулирования отношений между двумя недоговорными нормами.

69. Арбитраж *по делу о проливе Бигль* был связан со взаимоотношением между статьями II и III Пограничного договора 1881 года, которые были посвящены демаркации границ. По мнению арбитражного трибунала, в статье II не указывались четко границы Tierra del Fuego и некоторых оспариваемых островов. Это уточнение содержалось в статье III. Хотя обе статьи касались одних и тех же территорий, они не дублировали друг друга, и не содержали ошибочные или ненужные формулировки⁸⁰:

⁷⁹ Georg Schwarzenberger, *International Law* (London: Stevens and Sons, 1957) 3rd ed., vol. I, pp. 474, 477 et seq. See also Pauwelyn, *Conflict of Norms ...*, сноска 21 выше, p. 388.

⁸⁰ *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)* ILR vol. 52 (1979), p. 141, paras. 36, 38.

«...все конфликты или аномалии могут быть устранены путем применения нормы *generalia specialibus non derogant*, в соответствии с которой статья III (*specialia*) превагирует над статьей II (*generalia*);...»⁸¹.

70. Это — обычная ситуация, в которой *lex specialis* применяется в одном и том же правовом документе для регулирования отношений между двумя его положениями⁸². Для обоснования этой нормы могут использоваться доводы, отличные от принципа «обычного значения», сформулированного в статье 31(1) Венской конвенции о праве международных договоров, равно как и принципа учета необходимости уважать намерения сторон.

71. Европейский суд по правам человека часто прибегал к *lex specialis* для пояснения характера взаимоотношений между различными положениями Европейской конвенции о защите прав человека. Например, Суд рассмотрел взаимоотношения между статьей 13, предусматривающей право на «эффективное средство правовой защиты в государственном органе», и статьей 5(4), которая предусматривает, что каждый, кто лишен свободы, «имеет право на безотлагательное рассмотрение судом правомочности его заключения под стражу и на освобождение, если его заключение под стражу признано судом незаконным». Как представляется, из этого следует, что:

«поскольку требования, изложенные в статье 13, являются менее строгими по сравнению с требованиями, содержащимися в пункте 4 статьи 5 [последняя], должна рассматриваться как *lex specialis* по отношению к жалобам по статье 5»⁸³.

⁸¹ Ibid., p. 142, para. 39.

⁸² См. также рассмотрение Судом европейских сообществ взаимоотношений между статьями 5(1) и 13 Брюссельской конвенции 1968 года о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам. Первая из этих статей касается «дел, относящихся к договору в целом», а вторая «конкретно охватывает различные типы договоров, заключаемых потребителями», и эта последняя статья представляет собой *lex specialis* по отношению к первой из этих статей, вследствие чего этого последнего положения, если оно является применимым, достаточно. В таком случае становится «ненужным определять, охватывается ли [иск] статьей 5(1)». Дело C-96/00, *Rudolf Gabriel*, Judgment of 11 July 2002, ECR (2002) I-06367, pp. 6398-6399, paras. 35-36 and p. 6404, para. 59.

⁸³ *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, Judgment of 28 May 1993, ECHR Series A (1993), No. 258, p. 57, para. 76. See also *De Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands*, Judgment of 22 May 1984, ECHR Series A (1984), No. 77, p. 27, para. 60; *Murray v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1994, ECHR Series A (1994), No. 300, p. 37, para. 98 and *Nikolova v. Bulgaria*, Judgment of 25 March 1999, ECHR 1999-II, p. 25, para. 69.

72. Аналогичным образом Европейский суд по правам человека определил статью 6 Конвенции, предусматривающую право на справедливое судебное разбирательство, как *lex specialis* по отношению к положению об «эффективной правовой защите», сформулированному в статье 13⁸⁴. Кроме того, он определил, что статья 11, предусматривающая свободу собраний и объединений, может превалировать в качестве *lex specialis* над свободой выражения мнения, предусмотренной в статье 10⁸⁵.

73. Эти статьи не обязательно и не всегда находятся в ярко выраженной коллизии друг с другом, и не исключается возможность их одновременного применения. Фактически, статья 5(4) может также рассматриваться как *применение* статьи 13 в том или ином конкретном случае. Указанное так же относится к ситуациям, когда два положения тесно связаны друг с другом, как это имеет место в случае со свободой выражения мнения и свободой собраний. В определенной конкретной ситуации свобода собраний может фактически играть роль *lex specialis* по отношению к свободе выражения мнения. Вместе с тем эти нормы могут находиться и в обратном взаимоотношении. Нет никаких оснований, по которым статья 10, предусматривающая свободу выражения мнения, могла бы считаться *lex specialis* по отношению к статье 11, предусматривающей свободу мирных собраний.

74. Другая ситуация возникает тогда, когда *lex specialis* применяется для регулирования взаимоотношений между *различными* правовыми документами. В деле *о палестинских концессиях Мавромматиса* Постоянная палата Международного правосудия рассмотрела два правовых документа, содержащих указание для определения ее юрисдикции, - Мандат на Палестину 1922 года и Протокол XII 1923 года к Лозаннскому договору. Палата заключила, что «в сомнительных случаях преимущество имеет Протокол, являющийся специальным и более поздним соглашением»⁸⁶. Это мнение, как представляется, подтвердило как максимум *lex posterior*, так и максимум *lex specialis*, не затрагивая вопроса об их взаимоотношении.

⁸⁴ *Yankov v. Bulgaria*, 11 of December 2003, para 150 [будет опубликовано]. См. также *Brualla Cómez de la Torre v. Spain*, 19 December 1997, ECHR 1997-VIII, p. 2957 (para 41); *Vasilescu v. Romania*, 22 May 1998, ECHR 1998-III, p. 1076 (para 43). Cf. *Kudla v. Poland*, 26 October 2000, ECHR 2000-XI, p. 234–236 (paras. 164–148).

⁸⁵ *Ezelin v. France*, Judgment of 26 April 1991, ECHR Series A (1991), No. 202, p. 20, para. 35 and *Djavit An v. Turkey*, Judgment of 20 February 2003, ECHR 2003-III, p. 251, para. 39.

⁸⁶ *Mavrommatis Palestine Concessions case*, P.C.I.J. Series A, No. 2 (1924), p. 31.

75. Этот вопрос рассматривался в общем плане во Всемирной торговой организации, третейские группы и апелляционный орган которой эпизодически ссылались на *lex specialis* для толкования относящихся к их юрисдикции договоров⁸⁷. В деле *Турция: ограничения на импорт текстиля и готовой одежды* группа подчеркнула, что соглашение ВТО представляет собой «единое обязательство» и что обязанности членов ВТО являются общими. Таким образом, специальное положение может превалировать над другим положением только тогда, когда невозможно применить оба положения одновременно⁸⁸. В деле *Индонезия: определенные меры, касающиеся автомобильной промышленности*, группа аналогичным образом пояснила, что в связи с наличием презумпции избежания конфликтов для признания существования конфликта необходимо, чтобы он был между одними и теми же сторонами, касался одного и того же предмета и чтобы положения, на которые они ссылаются, были взаимоисключающими⁸⁹. В ВТО *lex specialis*, как представляется, играет ограниченную роль в качестве вспомогательного средства разрешения конфликта⁹⁰.

76. В тех случаях, когда *lex specialis* применяется в конкретном институциональном контексте, на него, разумеется, влияет соответствующая (хотя и необязательно официальная) институциональная иерархия. В 2000 году суду первой инстанции Европейского союза было предложено определить взаимосвязь между принятым в 1981 году положением, согласно которому информация, собранная в процессе таможенных расследований, рассматривается как конфиденциальная, и принятым в 1994 году решением Комиссии, предусматривающим доступ общественности к документам Комиссии. Суд отметил, что положение

⁸⁷ Эти толкования касались как отношений между положениями одного и того же правового документа, так и отношений между положениями двух различных «охватываемых договоров». Как представляется, ссылки на *lex specialis* не применялись для толкования отношений между договорами ВТО и договорами, принятыми вне ВТО. .См. *Brazil - Export Financing Programme for Aircraft*, 14 April 1999, WT/DS46/R, para. 7.40; *Turkey — Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, 31 May 1999, WTO/DS34/R, para. 9.92; и *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, 2 July 1998, WT/DS54/, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, paras. 14.28–14.34.

⁸⁸ *Turkey — Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, 31 May 1999, WTO/DS34/R, para. 9.92.

⁸⁹ *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, 2 July 1998, WT/DS54/, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, para. 14.28.

⁹⁰ *India-Qualitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, 6 April 1999, WT/DS90/R, para. 4.20.

«...в той мере, в какой оно должно применяться в качестве *lex specialis*, не может истолковываться в смысле, противоположном [решению], основополагающей целью которого является предоставление гражданам возможности более эффективно контролировать законность процедур осуществления государственной власти...»⁹¹.

77. Нормативная иерархия отношений между принятым ранее положением Совета и принятым позднее решением Комиссии, в состав которого входит Кодекс поведения, касающийся доступа общественности к документам Комиссии и Совета, возможно, не вполне понятна. Тем не менее в этом случае суд определил, что принятая ранее норма *lex specialis*, которая в любом случае не может считаться менее полноценной, чем последующее решение Комиссии, согласуется с последним⁹². Нетрудно понять, почему в 1999 году соображения транспарентности оказались более вескими, чем положение, принятое в 1981 году. Вместе с тем это взаимоотношение не являлось ни «автоматическим» результатом формальной иерархии, ни следствием применения *lex specialis* в качестве нормы разрешения конфликта.

78. Третий случай - это ситуация, когда к *lex specialis* прибегают, чтобы подчеркнуть преимущество договорной нормы по сравнению с недоговорной. В деле *Корпорация ИНА против правительства Исламской Республики Иран* корпорация потребовала компенсацию за экспроприацию принадлежавшей ей 20-процентной доли акций иранской страховой компании. Истец утверждал, что в соответствии с международным правом и Договором о дружбе между Ираном и Соединенными Штатами (1955 год) компенсация должна быть «своевременной, адекватной и эффективной». Ответчик утверждал, что компенсация должна рассчитываться на основе чистой официальной стоимости национализированных акций. Суд решил, что в случае широкомасштабных законных

⁹¹ Case T-123/99, *JT's Corporation Ltd v. Commission of the European Communities*, Judgment of the Court of First Instance of 12 October 2000, ECR (2000) II-3269, p. 3292, para. 50.

⁹² Такое же обоснование было приведено в недавнем деле, посвященном взаимосвязи между двумя директивами, одна из которых была связана с отходами (75/442 ЕЕС от 15 июля 1975 года), а другая, намного более новая, с упаковкой отходов (94/62 ЕС от 20 декабря 1994 года). Положения последней из этих директив были определены Судом европейских сообществ как *lex specialis* по отношению к предыдущей, «вследствие чего ее положения превалируют над» положениями предыдущих директив «в ситуациях, для регулирования которых она была специально принята». Вместе с тем вторая директива не была отброшена полностью: «Тем не менее, гласит решение, «директива 75/442 сохраняет весьма важное значение для интерпретации и применения директивы 94/62». Case C-444/00, *The Queen, on the application of Mayer Parry Recycling Ltd. v. Environment Agency and Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, and Corus (UK) Ltd. and Allied Steel and Wire Ltd (ASW)*, Judgment of 19 June 2003, ECR (2003) I-06163, pp. 6228-6229, paras. 57 and 52.

национализаций общие нормы международного права не предусматривают полную компенсацию. Вместе с тем он попытался установить точное содержание обычной нормы в контексте ее рассмотрения для целей принятия решения по данному делу:

«мы констатируем наличие нормы *lex specialis* в форме Договора о дружбе, которая, в принципе, превалирует над общими нормами»⁹³.

79. Тот факт, что нормы, содержащиеся в этом Договоре, превалируют над нормами обычного права, просто вытекает из того, что большинство общих норм международного права являются *jus dispositivum*, вследствие чего стороны вправе отклоняться от них путем установления конкретных прав или обязательств, которые должны регулировать их поведение. Как указал Международный Суд, «вполне понятно, что на практике от норм [общего] международного права можно по договоренности отклоняться в конкретных случаях либо в отношениях между конкретными сторонами»⁹⁴. Этот подход, наряду с практическим принципом приоритетности договоров над обычными нормами был также подтвержден Судом в деле о Никарагуа:

«В целом, поскольку договорные нормы являются *lex specialis*, представлялось бы неуместным, чтобы государство заявляло иск на основании правовой обычной нормы, когда оно на основании договора уже имеет средство урегулирования такого иска»⁹⁵.

80. В деле о континентальном шельфе (Тунис/Ливийская Арабская Джамахирия) Суд указал, что государства должны иметь возможность избрать другой вариант, помимо разработки общей нормы. В соответствии со Специальным соглашением ему была предоставлена возможность использовать «новые признанные тенденции», нашедшие свое отражение на третьей Конференции Организации Объединенных Наций по морскому праву. В этой связи Суд отметил, что:

⁹³ *INA Corporation v. Iran*, Iran-US C.T.R. vol. 8, 1985-I, p. 378.

⁹⁴ *North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)* I.C.J. Reports 1969 p. 42, para. 72. См., впрочем, также там же, p. 38–39 (пункты 61–65), («общие нормы и обязательства по обычному праву... по своей природе должны иметь одинаковую силу для всех членов международного сообщества»).

⁹⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits)* I.C.J. Reports 1986, p. 137, para. 274.

«Стороны, несомненно, должны были иметь возможность указать в Специальном соглашении на определенные конкретные тенденции в развитии морского права [...] и заявить, что в двусторонних отношениях между ними в конкретном деле такие нормы должны иметь обязательную силу в качестве *lex specialis*»⁹⁶.

81. В таких случаях Суд признавал, что общие нормы международного права могут допускать отклонение по договоренности и что такая договоренность может быть обоснована нормой *lex specialis*. Эти дела служат примерами практики международных судов отдавать предпочтение договорному праву в делах, к которым имеет также отношение обычное право, - практики, которая подчеркивает диспозитивный характер обычая и уважительное отношение судов к соглашениям как к «самой твердой» и, по видимому, самой легитимной основе для принятия своих решений. Тёрлуэй кратко описывает действующую практику следующим образом:

«Общепризнано, что, за исключением соображений *jus cogens*, договор в качестве *lex specialis* является правовой нормой, регулирующей отношения между его участниками в порядке отклонения от общего обычного права, которое, в отсутствие договора, регулировало бы отношения между ними»⁹⁷.

82. Ни одно из этих соображений не означает, что общее обычное право вследствие этого исчезает. Оно будет и впредь ненавязчиво применяться и становиться полностью применимым в тех случаях, когда договор утрачивает силу или, как в деле о Никарагуа, если юрисдикция соответствующего правоприменительного органа не распространяется на данный договор⁹⁸.

83. Пример нетипичного использования нормы *lex specialis* можно обнаружить в деле 1981 года, в котором суд по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов заключил, что «в соответствии с широко признанным и универсальным принципом толкования специальное положение преобладает над общим положением». В этом деле суд сослался на норму *lex specialis* для доказательства того, что «положения Декларации об урегулировании претензий изложены настолько подробно, что они несомненно должны превалировать над предполагаемыми намерениями сторон, какими

⁹⁶ *Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Judgment)* I.C.J. Reports 1982, p. 38, para. 24.

⁹⁷ Hugh Thirlway, “The Law and procedure of the International Court of Justice”, BYBIL vol. 60, (1989), p. 147. Similarly for example Alfred Verdross & Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht* (Berlin: Duncker & Humblot, 1984), 3rd ed., pp. 414, 415.

⁹⁸ См. *Nicaragua case*, p. 96, para. 179.

бы они ни были»⁹⁹. Таким образом, данный принцип, как представляется, совпал с нормой, в соответствии с которой предпочтение должно отдаваться «обычному» значению по смыслу статьи 31(1) Венской конвенции о праве договоров.

84. Четвертый случай - это когда одна и та же аргументация, хотя и необязательно связанная с *lex specialis*, применяется в отношении двух недоговорных норм. Такой случай имел место в деле о *праве прохода*. Определив, что практика, которая была ранее принята соответствующими государствами (Индией и Великобританией/Португалией), предусматривает право транзита через территорию Индии, Суд не счел необходимым расследовать далее, каким могло быть содержание общей нормы, регулирующей право транзитного прохода, ибо для Суда было очевидно, что в любом случае «такая конкретная практика должна преобладать над любыми общими нормами»¹⁰⁰. Хотя четких прецедентов не так уж много, трудно усмотреть причины, по которым норма *lex specialis*, или, по крайней мере, стоящая за ней аргументация, не была бы применима к отношениям между общей и специальной обычной нормой. Интересно, что в деле о *праве прохода* Суд использовал то, что Тёрлуэй называет «широко признанным и удобным судебным средством» отставить в сторону любое рассмотрение содержания общего права как только найден специальный обычай, открывающий путь для решения вопроса о том, является ли специальная норма дальнейшим развитием общего права или исключением из него, и действительно ли общее право касается данного вопроса¹⁰¹.

iii) Неформальная иерархия: место *lex specialis*

85. Между источниками международного права не существует никакой формальной иерархии. Тем не менее ряд авторов, по нашему мнению, справедливо утверждают, что между ними существует своего рода неформальная иерархия. Поскольку «общее право» не имеет статуса *jus cogens*, договоры обычно имеют приоритет над обычаями, а конкретные договоры - над общими договорами¹⁰². Аналогичным образом можно предположить (что в действительности и вытекает из дела о *праве прохода*), что местные обычаи (если доказано их наличие) имеют преимущество над общими обычными нормами

⁹⁹ *Case No. A/2, Iran-US C.T.R.*, vol. 1, 1981-1982, p. 104.

¹⁰⁰ *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Merits) I.C.J. Reports 1960*, p. 44.

¹⁰¹ Hugh Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989”, *BYBIL*, vol. 61 (1990), pp. 104-106.

¹⁰² Verdross & Simma, *Universelles Völkerrecht*, сноска 97 выше, pp. 413, 414; Thirlway, “The Law and procedure of the International Court of Justice”, сноска 97 выше, pp. 143-144.

и, вероятно, совокупность обычных норм имеет приоритет над общими принципами права по смыслу статьи 38(1)(с) Статута Международного Суда¹⁰³. Эта неформальная иерархия вытекает не из каких-либо положений, принятых в законодательном порядке, а является «судебным»¹⁰⁴ или «естественным»¹⁰⁵ аспектом теории права. Любой суд или юрист, которому необходимо решить нормативную проблему, сначала обратится к договорам, затем - к обычаю и только потом - к общим принципам права. «Эмпирически, - пишет Серж Сюр, - Суд отдавал предпочтение нормам, характеризующимся высокой степенью специализации и самой четкой и объективной формулировкой»¹⁰⁶. При этом второй источник не исчезает, а играет «остаточную роль», указывая направление толкования этой специальной нормы и заменяя ее тогда, когда она не может применяться по той или иной причине¹⁰⁷.

86. Такая неформальная иерархия является одним из аспектов прагматики правовой теории, позволяющей провести различие между «легкими» и «сложными» делами. Поскольку специфичность специальной нормы отражает ее актуальность в соответствующем контексте и ее статус в качестве выражения воли стороны, ее применение зачастую представляется самоочевидным. В таких «легких» делах специальный характер нормы или правового документа даже не оспаривается.

¹⁰³ В соответствии с французской доктриной этот результат иногда достигается путем разграничения *закона* и *нормы*, либо формального источника и (материальной) нормы, которую он воплощает, вследствие чего, хотя между законами не может быть никаких иерархических отношений, должны существовать правила на случай возникновения перехлеста или коллизии между нормами. См., например, Daillier and Pellet, *Droit international public*, сноска 73 выше, pp. 114-116; Georges Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours ...*, vol. 207 (1999), p. 188.

¹⁰⁴ Jennings & Watts, *Oppenheim's...*, сноска 37 выше, p. 26, note 2.

¹⁰⁵ Villiger, *Customary International Law...*, сноска 76 выше, p. 161. Также, Hersch Lauterpacht, *International Law. The Collected papers of Sir Hersch Lauterpacht*, Ed. by Eli Lauterpacht (Cambridge: Cambridge University Press, 1970-1978), vol. I, pp. 86-88.

¹⁰⁶ Serge Sur, *L'interprétation en droit international public* (Paris: LGDJ, 1974), p. 164. Чаплинский и Даниленко говорят о “приоритете обязательства”, Czaplinski & Danilenko, “Conflict of Norms ...”, сноска 73 выше, p. 8.

¹⁰⁷ См., например, обсуждение Rousseau дела *Polish Postal Service in Danzig*, Advisory opinion, *P.C.I.J. Series B*, No. 11 (1925) в котором Версальский договор должен был дополняться двусторонними переговорами между Гданьском и Польшей, “De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international”, а также обсуждение в *Jurisdiction of the European commission of the Danube between Galatz and Braila*, Advisory opinion, *P.C.I.J. Series B*, No. 14 (1927), p. 177.

Необходимость взглянуть со всех сторон на норму или документ *prima facie* возникает только в «сложных» делах, когда ее применение оспаривается и одна из сторон ссылается вместо нее на другую правовую норму или правовой документ. Только в этом случае норма *lex specialis* обретает выраженную актуальность, однако даже при этом ее актуальность обусловлена лишь связью с противоположными построениями относительно того, как следует понимать контекст (например, связано ли дело с одним из «интегральных» или «взаимозависимых» обязательств), независимо от доказательств намерения сторон (например, *lex posterior*) или иерархии (например, *jus cogens*).

87. При появлении «сложного» дела функция нормы *lex specialis* заключается в том, чтобы указать на ряд соображений, имеющих практическое значение: непосредственную доступность и контекстуальную гибкость стандарта. Теперь эти соображения могут и не быть решающими. Их могут перевесить противоположные соображения. Аргументация относительно таких соображений, хотя ее и невозможно выразить в виде определенных правил или приемов, не должна рассматриваться как произвольная¹⁰⁸. Аргументация может подвергаться критике, и вопрос о том, возобладает ли она, будет зависеть от того, насколько с ее помощью удастся в концентрированном виде выразить то, что можно назвать, например, «подлинными общими ожиданиями сторон в рамках, определенных преобладающими целями сообщества»¹⁰⁹, что отражено и проверено с помощью различных источников, упомянутых в статье 38(1) Статута Международного Суда, прецедентном праве и правовой теории. В контексте таких дискуссий все стороны исходят из того, что весомость их аргументов зависит от их связей с более широкими представлениями о целях международно-правовой системы.

b) Два типа ссылки на *lex specialis*

88. Существуют два способа, с помощью которых право может учитывать отношение специальной нормы к общей норме. Специальная норма может рассматриваться в качестве *применения* общего стандарта в тех или иных конкретных обстоятельствах. Специальная соотносится с общей как административное постановление с законом во внутригосударственной правовой системе¹¹⁰. Или же она может рассматриваться как

¹⁰⁸ Вопреки мнению строгих позитивистов, таких, как Кельсен. См. Hans Keisen, *Introduction to Problems of Legal Theory* Intr. and ed. by Paulson & Paulson (Oxford, Clarendon Press, 1992)), pp. 81-84.

¹⁰⁹ McDougal, Lasswell & Miller, *The Interpretation of International Agreements ...*, сноска 73, p. 83.

¹¹⁰ Так Селле (Scelle) описывает функционирование *lex specialis* в международном праве, выше сноска 69, p. 642.

изменение, отмена или аннулирование последней¹¹¹. Первый случай иногда рассматривается не как ситуация нормативной коллизии вообще, а как ситуация, сопряженная с *одновременным* применением специального и общего стандарта¹¹². Так, считается, что лишь последний сопряжен с применением настоящего *lex specialis*. Как представляется, такую позицию занимает Орган Всемирной торговой организации по урегулированию споров. Хотя, как представляется, делается сильный акцент на толковании обязательств ВТО таким образом, чтобы они не вступали в противоречие друг с другом, предполагается, что принцип *lex specialis* применяется лишь тогда, когда «гармоничное толкование» оказывается невозможным, т.е. отменяет общий стандарт с помощью коллизирующего специального стандарта¹¹³.

89. Примерно из такого же предположения, видимо, исходила Комиссия международного права при разработке статьи 55 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. В комментарии Комиссия разъяснила, что:

«4) Для применения принципа *lex specialis* недостаточно существования двух положений, регламентирующих один и тот же вопрос; между этими положениями также должно существовать какое-либо фактическое несоответствие либо одно из них должно исключать применение другого».

90. Комиссия подкрепила свою позицию, сославшись на дело *Ноймейстера*, которое рассмотрел Европейский суд по правам человека. В этом деле Суд отметил, что положение о компенсации в случае незаконного ареста, содержащееся в статье 5 (5) Конвенции, не является *lex specialis* по отношению к общему положению о компенсации в статье 50. Первое не отменяет последнее. Напротив, оба положения функционируют параллельно. Последнее должно было «приниматься во внимание» при применении

¹¹¹ Дженкс (Jenks) приводит различие между «коллизией» и «расхождением», Jenks, “The Conflict of Law-Making...”, сноска 8, р. 425-7. Это же делает Повелин (Pauwelyn), *Conflict of Norms ...*, выше сноска 21, р. 6.

¹¹² Представляется, что Повелин (Pauwelyn) так подходит к этому вопросу. Признавая, что, видимо, нелегко понять, относится ли тот или иной конкретный случай к одной или другой из двух категорий, он придерживается аналитического различия и рассматривает *lex specialis* лишь «в качестве нормы для урегулирования коллизии в применимом праве», там же, р. 386.

¹¹³ См. Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, WT/DS34/R, 31 May 1999, para. 9.92-9.96. Что касается презумпции против коллизии в праве ВТО в общем, то см. Pauwelyn, выше сноска 21, р. 240-244.

первого¹¹⁴. Однако в более недавнем времени Суд часто квалифицировал аналогичные случаи в качестве *lex specialis*. Так, дела, о которых идет речь в пункте 44, где объединяется норма «об эффективном средстве» правовой защиты, содержащаяся в статье 13 Европейской конвенции, с правом на безотлагательное рассмотрение Судом правомерности заключения под стражу согласно статье 5 (4), рассматривались с помощью ссылки на *lex specialis*:

«Согласно устоявшемуся прецедентному праву Суда, статья 5 (4) Конвенции является *lex specialis* по отношению к более общим требованиям статьи 13. В настоящем деле факты, лежащие в основе жалобы заявителя со ссылкой на статью 13 Конвенции, являются теми же фактами, что и факты, рассматриваемые в контексте статьи 5 (4). Поэтому Суду не надо рассматривать утверждение о нарушении статьи 13 с учетом его вывода о наличии нарушения статьи 5 (4)»¹¹⁵.

91. В этих, как и во многих других, делах Европейский суд по правам человека считал *lex specialis* применимым даже в отсутствие прямой коллизии между обоими положениями и когда можно было говорить, что оба они применяются параллельно¹¹⁶. Это правильный подход. Существуют две причины, по которым целесообразно рассмотреть случай «применения» в связи со случаем, когда *lex specialis* устанавливает исключение или связан с «аннулированием». Во-первых, из определения *lex specialis*, принятого выше, следует, что этот случай также связан со следующим: норма «применения» является более конкретной, поскольку она содержит саму общую норму в качестве одного из элементов определения сферы ее применения. Во-вторых, что более важно, это различие с аналитической точки зрения является логичным, но на практике оно редко бывает четко выраженным. Часто трудно сказать, что делает норма: «применяет», «изменяет» стандарт или «отступает» от него. «Применение» или «изменение» также в определенной степени сопряжены с «отступлением» и «аннулированием». При решении вопроса о том, какое выражение является уместным, необходимо истолковать обе нормы, и такое толкование, как следует из статей 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров, может также выходить за рамки внимательного изучения выражений, употребляемых в этих нормах. Эта амбивалентность со всей очевидностью проявилась в деле о проекте *Габчиково-Наджьямарош*. В этом деле Международный Суд сослался на *lex specialis* следующим образом:

¹¹⁴ *Neumeister v. Austria (article 50)* Judgment of 7 May 1974, ECHR Series A (1974) No. 17, p. 13, para. 29.

¹¹⁵ *Nikolova v. Bulgaria*, Judgment of 25 March 1999, ECHR 1999-II, p. 25, para. 69.

¹¹⁶ См. в этом отношении также Hans Aufricht, “Supersession of Treaties in International Law”, *Cornell Legal Quarterly* vol. 37 (1951-52) p. 698 (специальное право носит “вспомогательный” характер, а общее остается “определяющим”).

«...первостепенное значение имеет то, что Суд постановил, что Договор 1977 года по-прежнему действует и, следовательно, регулирует отношения между сторонами. Эти отношения также определяются нормами других соответствующих конвенций, участниками которых являются оба государства, нормами общего международного права и, в данном конкретном деле, нормами об ответственности государств; однако прежде всего они регулируются применимыми нормами Договора 1977 года в качестве *lex specialis*»¹¹⁷.

92. В этом деле Суд оставил открытым вопрос о том, какой была связь между *lex specialis* — Договором 1977 года — и остальным правом. Вопрос о том, дало ли бы это общее право аналогичную или отличную установку, не является существенно важным. Достаточно было применить договор. Если говорить на принятом здесь языке, то неофициально преимущественный статус Договора 1977 года привел к аннулированию всех других договоров и общего права, при этом определение какой-либо «коллизии» не производилось вообще. В этом и несметном числе других дел нет необходимости (в действительности, возможности) решать вопрос о том, используется ли *lex specialis* в качестве «толковательного принципа» или «метода устранения коллизий», вопрос о том, «применяет ли» он просто некоторый более общий стандарт или отходит от него¹¹⁸. Так, даже, видимо, нет смысла задавать этот вопрос. В соответствии с обсужденной выше неформальной иерархией соответствующий специальный закон применяется, и это все, если только другая сторона не поднимает вопрос о нормах *jus cogens* или предыдущем обязательстве, которые могут иметь преимущественную силу, например, в соответствии со статьей 30 или 41 Венской конвенции о праве международных договоров.

93. Иногда существование отношения *lex specialis* устанавливалось между двумя нормами, которые не только не вступали в противоречие друг с другом, но и указывали в одном и том же направлении, при этом связь «специальное»/«общее» ассоциируется со связью «средства»/«цели». Как указывается в пункте 45 выше, Европейский суд по правам человека охарактеризовал связь между статьей 10 Европейской конвенции о свободе выражения мнения и статьей 11 о свободе собраний и объединений, определив последнюю в качестве *lex specialis* по отношению к первой.

«Суд отмечает, что в настоящем деле вопросы, связанные со свободой выражения мнения, нельзя отделить от вопросов, связанных со свободой собраний. Защита личных мнений, обеспечиваемая статьей 10 Конвенции, является одной из целей

¹¹⁷ Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), *ICJ Reports*, 1997, p. 76, para 132.

¹¹⁸ Ход обсуждений см. Jenks, “The Conflict of Law-Making...”, выше сноска 8, p. 408–420.

свободы мирных собраний, закрепленной в статье 11 Конвенции... Таким образом, отмечая, что жалобы заявителя касаются главным образом предполагаемого отказа властями «Турецкой Республики Северного Кипра» выдавать ему разрешение на пересечение «зеленой линии» для встречи с киприотами-греками, Суд считает, что статья 11 Конвенции имеет преимущественную силу в качестве *lex specialis* для собраний и что поэтому нет необходимости рассматривать отдельно вопрос в отношении статьи 10. Однако Суд учтет статью 10 при рассмотрении и толковании статьи 11»¹¹⁹.

94. Между статьями 10 и 11 не только отсутствует какая-либо «коллизия», но и они обе указывают в одном и том же направлении: отношения между ними - это отношения типа «средства/цели». Однако, почему «выражение» должно быть целью «собраний»; а может предметные «собрания» (как проявление демократии и самоопределения, например) иногда могут толковаться как цель, по отношению к которой право выражения мнений является только средством? Связь между общим и специальным часто может быть сложной и двусторонней, и поэтому, даже когда специальное аннулирует общее, последнее, как отметил Суд, по-прежнему будет давать толковательный ориентир в отношении первого.

95. Этот пример свидетельствует о том, что часто практически невозможно установить четкую связь между двумя стандартами, один из которых следует рассматривать либо в качестве применения другого, либо в качестве исключения из него. Например, можно сказать, что «неотъемлемое право на самооборону» в статье 51 Устава Организации Объединенных Наций является *lex specialis* по отношению к принципу неприменения силы, закрепленному в статье 2 (4). Обе нормы имеют очень похожую (хотя и не идентичную) сферу применения (они применяются к применению вооруженной силы в отношениях между государствами). Поскольку статья 51 более конкретна, чем статья 2 (4), она является применимой, когда наличествуют предусмотренные ею условия. В этом смысле статья 51 может иногда «заменять» или «аннулировать» запрет в статье 2 (4). Однако статья 51 может также рассматриваться как «применение» статьи 2 (4), поскольку самооборона охватывает меры против государства, которое *нарушило* статью 2 (4). В этом случае статья 51 укрепляет и поддерживает статью 2 (4) и обеспечивает ориентиры относительно того, что необходимо делать в определенных случаях (а именно в случаях, связанных с «вооруженным нападением»), когда нарушается статья 2 (4). Обе нормы в настоящее время обосновываются одной и той же целью - защита территориальной неприкосновенности и политической независимости государств, и они специально применяются для ее достижения. Теперь статья 51 фигурирует не столько как исключение, сколько как дополнение к статье 2 (4).

¹¹⁹ Djavit An v. Turkey, 20 February 2003, ECHR 2003-III, para 39.

96. Что же можно сказать о месте *lex specialis* в деле *о законности угрозы ядерным оружием или его применения* (1996 года)? Здесь Международный Суд констатировал, что “во время войны” одновременно применяются и право, касающееся прав человека (а именно Международный пакт о гражданских и политических правах), и законы и обычаи войны. Тем не менее, когда речь зашла об определении, что представляет собой “произвольное лишение жизни” по смыслу статьи 6 (1) Пакта, то это было отнесено к “применимому *lex specialis*, а именно праву, применяемому в вооруженном конфликте и призванному регулировать порядок ведения боевых действий”¹²⁰. В этом отношении обе отрасли права применяются одновременно или внутри друг друга. Если же посмотреть на это под другим углом зрения, то законы и обычаи войны – и в частности их более низкий порог убийства – отменяет все то, что могло бы предусматриваться практикой применения Пакта.

97. Из этого следует, что то, рассматривается ли норма как «применение», «изменение» или «исключение из» другой нормы, зависит от того, как мы видим эти нормы в среде, в которой они применяются, в том числе от того, что мы считаем их объектом и целью. Поскольку отделение «применения» от «аннулирования» было бы искусственным и искажало бы контекст, в котором возникает вопрос о *lex specialis*, предлагается в сфере охвата исследования, посвященного *lex specialis*, включить все из этих вопросов.

i) *Lex specialis* как применение или развитие *lege generali*

98. Таким образом, норма может быть *lex specialis* в отношении другой нормы в качестве ее применения, обновления или развития или, что равнозначно, в качестве дополнения, установки в отношении того, что требует общая норма в том или ином конкретном случае. Поэтому региональный документ может быть *lex specialis* в отношении универсального документа, а соглашение о техническом осуществлении - общего «рамочного» документа¹²¹. Несмотря на то, как специальная норма в настоящее

¹²⁰ *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, Advisory opinion, ICJ, Reports 1996, p. 240, para 25.

¹²¹ Примеры таких отношений содержатся в работе Дженкса (Jenks), “*The Conflict of Law-Making ...*”, выше сноски 8, p. 408–420 и Садат-Акхави (Sadat-Akhavi), *Methods of Resolving Conflicts...*, выше сноски 21, pp.189-191, passim. См. также the Arbitral Tribunal in the Southern Bluefin Tuna case, в котором Трибунал отметил частый параллелизм договоров и что «заключение имплементационной конвенции не всегда освобождает от обязательств, предусмотренных в рамочной конвенции для сторон имплементационной конвенции», ILM vol. 39 (2000), p. 1388, para. 52. Трибунал не указал, было ли это специальным применением *lex specialis* или аннулированием *lex specialis*, т.к. Япония

время «применяет» общую норму, она также аннулирует последнюю, и это может иметь нормативные последствия.

99. Например, многие положения Монреальского протокола 1987 года по веществам, разрушающим озоновый слой, являются специальным правом в отношении Венской конвенции 1985 года об охране озонового слоя¹²². Когда государства применяют предусмотренный в статье 2 Монреальского протокола график сокращения выбросов, они наполняют конкретным содержанием общие принципы Венской конвенции. Хотя можно сказать, что в таком случае они применяют *как* Протокол, *так* и Конвенцию, присутствует чувство того, что теперь Протокол аннулирует Конвенцию. В случае спора относительно релевантных обязательств отправным пунктом и фокусом толкования теперь будут формулировки Протокола, а не Конвенции. Специальная норма в Протоколе стала независимым и авторитетным изложением того, что в Конвенции *понимается* под закрепленными в ней обязательствами. И все же Конвенция по-прежнему излагает принципы и цели, которые также влияют на толкование и применение Протокола. Иными словами, в «легких делах» Протокол применяется без спора о том, как это необходимо делать, в то время как в «сложных» делах спор относительно толкования и применения Протокола возникает и нуждается в урегулировании посредством обращения, в частности, к стандартам, закрепленным в Конвенции.

100. Аналогичная аргументация применяется даже если специальное право имеет своей целью полностью заменить общее право. Как заявил Трибунал по рассмотрению претензий между Ираном и Соединенными Штатами в деле *AMOCO International Finance Corporation v. Iran*:

«Как *lex specialis* в отношениях между двумя странами Договор имеет преимущественную силу перед *lex generalis*, а именно обычным международным

утверждала, что она полностью заменила обязательства по рамочной конвенции обязательствами по имплементационной конвенции.

¹²² Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, 22 March 1985, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1513, p. 293; Montreal Protocol on Substances that Deplete Ozone Layer, 16 September 1987, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1522, p.3; Adjustments to the Montreal Protocol on Substances that Deplete Ozone Layer, 29 June 1990, Annex II of the Report of the Second Meeting (UNEP/OzL.Pro.2/3); and depositary notification C.N.133.1991.TREATIES-3/2 of 27 August 1991 (rectification of the Spanish authentic text of the adjustments and amendment). См. также ILM vol 30. (1991) p. 539 and Amendment to the Montreal Protocol on Substances that Deplete Ozone Layer, 29 June 1990, Annex II of the Report of the Second Meeting (UNEP/OzL.Pro.2/3); and depositary notification C.N.133.1991.TREATIES-3/2 of 27 August 1991 (rectification of the Spanish authentic text of the adjustments and amendment). See also ILM vol 30. p. 541.

правом. Однако это не означает, что последний является irrelevantным в данном деле. Напротив, нормы обычного права могут быть полезными для заполнения возможных пробелов в Договоре, для установления значения не определенных в его тексте терминов - или в более общем плане - для содействия толкованию и осуществлению его положений»¹²³.

101. Это не отличается от вышеупомянутого дела *Ноймейстера*, в котором Европейский суд по правам человека отказался признать статью 5 (5) Конвенции в качестве *lex specialis* по отношению к статье 50 из-за своего априорного мнения о том, что *lex specialis* должен быть сопряжен с коллизией. Суд произвел различия между двумя положениями на том основании, что статья 5 (5) «является материально-правовой» нормой, в то время как в статье 50 речь идет о компетенции Суда. Тем не менее последняя должна «приниматься во внимание» при применении первой¹²⁴. Хотя в данном деле Суд воздержался от ссылки на *lex specialis*, в своей дальнейшей практике он делал это¹²⁵.

102. В обоих случаях, будь то применение общего права или отступление от него, цель нормы *lex specialis* состоит в том, чтобы указать, какая норма должна применяться. В обоих случаях специальное, каким бы оно ни было, становится применимым вместо общего. Однако такая замена всегда остается лишь частичной. Более общая норма по-прежнему присутствует на втором плане и дает установку для толкования специальной нормы. Так, в недавнем деле *о нефтяных платформах* общие правовые нормы о

¹²³ *Amoco International Finance Corporation v. Iran, Iran-US. C.T.R.*, vol. 15 1987-II, p. 222.

¹²⁴ *Neumeister v. Austria*, Judgment of 7 May 1974, ECHR Series A (1974), No. 17, p. 13, para 30.

¹²⁵ В определенном смысле аналогичной была ситуация с Судом Организации Объединенных Наций в Ливии, который в 1955 году столкнулся с протестом в отношении его юрисдикции по статьям VII и X резолюции Генеральной Ассамблеи, в которых предусматривалось его учреждение (388 (V) от 15 декабря 1950 года). Ливия заявила, что, поскольку вопрос о конфискации рассматривался в соответствии с первой из указанных статей, а не второй, в которой предусматривается юрисдикция Трибунала, то такая юрисдикция на конфискацию не распространяется. Ливия сформулировала это утверждение: «Универсальный юридический принцип в области толкования состоит в том, что в случае коллизии между общим текстом и текстом специальным преимущественную силу имеет последний». Трибунал отклонил это возражение, заявив, что статья VII просто «уточняет» тот факт, что Трибунал обладал бы юрисдикцией, которую он осуществлял в общем плане согласно статье X также и в отношении конфискованного имущества. См. *Décision rendue le 27 juin 1955 dans l'affaire relative aux institutions, sociétés et associations visées à l'article 5 de l'accord conclu, en date du 28 juin 1951, entre les gouvernements Britannique et Italien, concernant la disposition de certains biens Italiens en Libye*, UNRIAA, vol. XII, p. 388..

применении силы были использованы для определения стандарта “необходимости” в соответствующем *lex specialis*, Договоре о дружбе между Ираном и Соединенными Штатами 1955года. Это не означало того, что какая-либо особенно важная норма *lex generalis* отменяла бы действие *lex specialis*, но предполагало лишь толкование последней исходя из первой¹²⁶.

ii) ***Lex specialis* как исключение из общей нормы**

103. Как указывалось выше, большая часть норм общего международного права является диспозитивной, и от них можно отходить только в порядке исключения. Однако «исключение» также работает лишь в относительном смысле, и то, что аннулируется и продолжает влиять на толкование и применение исключения. Часто утверждалось, что законы войны являются *lex specialis* для правил, излагающих действующее в мирное время нормы в отношении одних и тех же предметов¹²⁷. В заключении по вопросу о законности угрозы ядерным оружием или его применения Международный Суд рассмотрел связь между Международным пактом о гражданских и политических правах и законами, применяемыми в период вооруженного конфликта. В статье 6 Пакта говорится о том, что никто не может быть произвольно лишен жизни. Суд указал, что это право также действует в период боевых действий. Однако:

«Критерий произвольности лишения жизни тогда определяется применимым *lex specialis*, а именно, правом, применяемым в вооруженном конфликте и призванным регулировать порядок ведения боевых действий»¹²⁸.

104. Пример с законами войны нацелен на случай, когда в самой норме определяются условия, при которых она применяется, а именно, наличие «вооруженного конфликта». Благодаря этому условию норма представляется «более специальной», чем отсутствие такого условия. Квалификация этого в качестве ситуации *lex specialis* обращает внимание на важный аспект функционирования этого принципа. Несмотря на то, что он работает на то, чтобы оправдать обращение к исключению, то, что аннулируется, не исчезает

¹²⁶ По предположению Emmanuel Jouannet, “Le juge international face aux problèmes de l’incoherence et d’instabilité de droit international. Quelques reflexions à propos de l’arrêt CIJ du 6.11.2003”, RGDIP vol.108 (2004), p. 933, 936.

¹²⁷ Например, Дженкс (Jenks), “The Conflict of Law-Making ...”, сноска 8 выше, p. 446; Wolfram Karl, “Treaties Conflicts between”, in *Encyclopaedia of Public International Law*, (Amsterdam: Elsevier, 2000), vol. I, p. 937.

¹²⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 240, para. 25.

вообще¹²⁹. Суд проявил осторожность и указал, что стандарты в области прав человека *продолжают применяться* в период вооруженного конфликта. Исключение - гуманитарное право - затрагивает только один (хотя и важный) его аспект, а именно относительную оценку «произвольности». Применение принципа *lex specialis* не имело своей целью предположить, что во время войны права человека отменяются. Он не функционирует формальным или абсолютным образом и является одним из прагматических аспектов аргументации Суда. Каким бы желательным ни был отказ от различия между мирным состоянием и вооруженным конфликтом посредством полного запрета последнего, при определении того, какие стандарты следует использовать для оценки поведения в этих (исключительных) обстоятельствах, нельзя просто игнорировать тот факт, что война является исключением по отношению к нормальному состоянию мира. Дело о законности применения ядерного оружия было «трудным делом» в том смысле, что Суд должен был сделать выбор между различными комплексами норм, ни одному из которых нельзя было отдать абсолютный приоритет и ни один из которых не мог устранить другие. *Lex specialis* указал только, что, хотя, видимо, было бы желательным применять права человека, такое решение было бы слишком идеалистическим с учетом реальности и, в частности, особенностей в сохранения вооруженных конфликтов. Поэтому Суд сформировал системный взгляд права, когда два комплекса норм относятся друг к другу, как сегодняшняя реальность и завтрашнее будущее, с учетом преобладающей потребности обеспечения «выживания государства»¹³⁰.

105. В данном случае важно помнить, что когда *lex specialis* используется в качестве исключения из общего права, то это предполагает, что особый характер фактов оправдывает отклонение от того, что в противном случае было бы «обычным» образом действий. Это вновь подчеркивает природу *lex specialis* в качестве прагматичного аспекта правовой аргументации, касающейся оценок относительной «общности» и «особенности», предположений относительно того, что является «обычным делом», а что - «исключительным делом». Иногда эти различия проводятся в самом документе. Так, в статье 4 Международного пакта о гражданских и политических правах предусматривается право отступать от некоторых положений Пакта «во время чрезвычайного положения в

¹²⁹ Маргинальная роль, отведенная стандартам в области прав человека в этом заключении, обоснованно подвергается критике в Vera Gowlland-Debbas, “The Right to Life and Genocide: The Court and International Public Policy”, in Laurence Boisson de Chazournes & Philippe Sands (eds.) *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), pp. 321-326.

¹³⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1996 p. 267, para. 105 E.*

государстве, при котором жизнь нации находится под угрозой». Когда такое фактологическое условие выполняется, возникает ситуация, которая не отличается от «вооруженного конфликта», оправдывающего применение законов войны, как об этом говорится в заключении Международного Суда по вопросу о законности применения ядерного оружия. Как и в последнем случае, во время чрезвычайного положения в государстве либо сохранится очень незначительная степень задолженности, либо ее место на деле займет полностью антиконституционный правовой вакуум.

106. Однако часто фактологическое условие, которое придает делу «особый» характер, в договоре не излагается и должно устанавливаться с помощью обычных средств, с помощью которых определяется наличие молчаливого согласия, эстоппеля, эффективного осуществления юрисдикции (*effectivités*), исторического титула, *rebus sic stantibus* или, скажем, местного обычая (дело о праве прохода). Эта оценка обусловлена и постоянно направляется оценочными суждениями относительно того, что является центральным и маргинальным в том или ином случае, какие аспекты должны быть выделены и какие аспекты можно доработать. Могут ли эффективное осуществление юрисдикции или «историческая консолидация», например, стать основой для исключения, которое предшествует формальному «титулу», или наоборот? Иногда (как в деле о *Пулау Лигитан и Пулау Сипадан*) эффективное осуществление юрисдикции может фактически закладывать основу титула, иногда существовавший до того титул может сделать любое эффективное осуществление юрисдикции незаконным (дело о *полуострове Бакасси*). Как представляется, никакое четкое априорное решение не является применимым¹³¹.

107. Основанные на эффективном осуществлении юрисдикции аргументы, как и аргументы базирующиеся, например, на эстоппеле (*замок Преах Виhear*) и историческом титуле (дело о *рыболовстве (Англия против Норвегии)*), воспроизводят одно и то же обоснование, что и *lex specialis*¹³². Они также нацелены на то, чтобы право отражало

¹³¹ См. *Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia) I.C.J. Reports 2002*, p. 682, para. 134 and p. 684, para. 145 (*effectivités* as basis of Malaysia's title) и *Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening) I.C.J. Reports 2002*, p. 112, para. 223 and pp. 44-46, paras. 52, 54-55 (*effectivités* illegal). См. также *Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali) I.C.J. Reports 1986*, p. 564, para. 18 («фактически концепция титула может также и в более общем плане допускать любое доказательство, которое может устанавливать наличие права или реальный источник этого права»).

¹³² *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Merits) I.C.J. Reports 1962*, p. 23; *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) I.C.J. Reports 1951*, pp. 130-131.

сложность особых ситуаций. Они также создают неформальную иерархию, которая направлена на проведение различия между особым случаем и его общим и формальным фоном посредством указания на некоторый релевантный аспект фактологического описания, который должен играть решающую роль. Как и заключение о законности применения ядерного оружия, они оставляют открытым вопрос о том, на каком основании выделяются релевантные факты, что оправдывает выбор толковательных рамок. В какой степени фактологическое описание «вооруженного конфликта» влияет на смысл выражения «произвольное лишение жизни» из статьи 6 Международного пакта о гражданских и политических правах? Здесь Единая формула отсутствует¹³³. Необходимо взвесить различные соображения, и если при этом ставится цель не просто отдать предпочтение, то необходимо искать указания, которые могут восприниматься как системные цели права, закладывающие основу и формулирующие условия для толкования.

с) Запрещенная норма *lex specialis*

108. От большинства норм общего международного права допустим отход на основании *lex specialis*. Однако порой общее право либо в ясно выраженной форме запрещает отход, либо такой запрет должен вытекать из характера общего права. Случай *jus cogens* будет рассмотрен в разделе E ниже. В недавнем деле в рамках ОСПАР (*Ирландия против Соединенного Королевства*), Арбитражный трибунал, например, посчитал само собой разумеющимся, что его задача заключается в применении, наряду с самой Конвенцией ОСПАР, международного обычая и общих принципов права постольку, поскольку они не отменяются Конвенцией в качестве *lex specialis*, добавив при этом, что “[д]аже в этом случае он обязан обращаться к относимым на данный момент нормам *jus cogens*, которым может противоречить *lex specialis* сторон”¹³⁴. Но помимо *jus cogens* могут существовать и другие типы общего права, которые могут не допускать отхода. Так, при коллизиях между нормами о правах человека предпочтение обычно отдается той из них, которая более благоприятна для защищаемого интереса¹³⁵. По меньшей мере, отход, который наносил бы ущерб защищаемым лицам, по-видимому, исключен.

¹³³ Как подчеркивается, например, в McDougal-Lasswell and Miller, *The Interpretation of International Agreements* ..., выше сноска 73, p.206.

¹³⁴ Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Final Award, 2 July 2003) ILR vol. 126, (2005), p. 364, para. 84.

¹³⁵ Karl, “Treaties, Conflicts between” ...выше, сноска 127, p. 939; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts*..., выше, сноска 21, p. 213-231. См. также the Separate Opinion of Judges Eysinga and Schücking in *Oscar Chinn case, P.C.I.J. Series A/B, No. 63 (1934)*, pp. 132-135, 149.

109. Решение вопроса о допустимости или недопустимости отступления с помощью *lex specialis* будет по-прежнему зависеть от толкования релевантного общего права. В число вызывающих озабоченность вопросов, имеющих, как представляется, к этому отношению, входит по меньшей мере следующее: нормативный статус общего права (является ли оно *jus cogens*?), кто является бенефициарами обязательств (запрет на отступление от права, действующего на благо третьих сторон, включая физических лиц и негосударственные образования); может ли запрет на отступление быть по-иному выведен из общей нормы (например, ее «интегрального» или «взаимозависимого» характера, ее характера *erga omnes* или последующей практики, порождающей ожидания относительно недопустимости отступления)¹³⁶. Иногда отступление, но в равной степени и применение и изменение, может быть запрещено, если оно привело бы к «нарушению баланса, установленного согласно общему договору между правами и обязательствами его государств-сторон»¹³⁷. Помимо договоров публично-правового характера (как бы эта категория ни определялась), это применялось бы к учредительным документам международных организаций¹³⁸.

110. На практике в связи с этими соображениями иногда может возникать вопрос о том, что представляет собой такое «отступление» в отличие от «применения», «обновления» или «изменения». Мнения по этому вопросу могут различаться, и такие расхождения неизбежно отражают различные толкования общего права. Например, угрожает ли техническое применение с трудом достигнутому пакетному соглашению? Такие проблемы невозможно решить с помощью только специального права, и для этого необходимо составить мнение относительно характера и разумных целей общего права.

¹³⁶ Что касается различия между обычными («взаимными») и «неотъемлемыми» и «взаимозависимыми» обязательствами, то см. Sir Gerald Fitzmaurice, *Third Report on the Law of Treaties, Yearbook ... 1958*, vol. II, pp.41–44, paras. 77–94. Что касается рассмотрения вопроса об этом различии на последнем этапе подготовки проектов статей об ответственности государств в Комиссии международного права, то см. Джеймс Кроуфорд, третий доклад об ответственности государств, документ A/CN.4/507, стр. 52--58 (пункты 99–108). См. также раздел E ниже.

¹³⁷ Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, выше сноска 21, p.131.

¹³⁸ См., например, Ignaz Seidl-Hohenveldem, “Hierarchy of Treaties”, in: Jan Klabbers & René Lefeber, *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (The Hague: Nijhoff, 1998), pp.15–16; Karl, “Treaties, Conflicts between”, выше сноска 127, p. 940

d) Относительный характер различия между общим и специальным

111. Одна из проблем с нормой *lex specialis* связана с отсутствием ясности относительно различия между «общим» и «специальным». Поскольку каждая общая норма является особой также в том смысле, что она имеет определенное особое содержание, т.е. включает в себя некоторое фактологическое описание *общего* условия ее применения. Например, в Конвенции по противопехотным наземным минам (Оттавский договор) излагается общее право в отношении применения наземных мин¹³⁹. В то же время это также «специальный» аспект общих норм гуманитарного права. Вместе с тем все специальное право является общим, поскольку это является характеристикой норм, которые применяются к той или иной категории «в общем». Каждая норма может быть выражена в следующем виде: «для каждой *p*. справедливо, что норма *q* применяется». Ни одна норма не применяется к одному единственному случаю. Даже если число случаев для применения какой-либо нормы является незначительным, с тем чтобы стандарт был *нормой* (а не *приказом* кому-либо), он должен иметь общее определение. Это отражается в различии, проводимом во многих внутригосударственных правовых системах между законами и актами, или *loi* и *acte*, *Gesetz* и *Massnahme*.

112. Таким образом, общее и особенное относительно. Ни одна норма не является «общей» или «специальной» в абстрактном смысле, а только по отношению к некоторой другой норме. Эта относительность функционирует в двух параметрах. Норма может быть общей или специальной в отношении ее *предмета* (фактологическое описание) или в отношении *числа субъектов*, поведение которых регулируется ею¹⁴⁰. Поэтому применение противопехотных мин является *специальным предметом* в рамках *общего предмета* гуманитарного права. И снова различие между общим и местным обычаем является примером параметра количества охватываемых субъектов. Параметры могут частично перекрывать друг друга. Таким образом, может существовать норма, которая является общей по предмету (например, договор о добрососедстве), но действительный только в специальном отношении между ограниченным числом (два) государств.

¹³⁹ Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction, 18 September 1997, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2056, p. 211.

¹⁴⁰ Villiger, *Customary International Law...*, сноска 76 выше, p. 36; Kontou, *The Termination of Treaties...*, сноска 65 выше, pp. 19-20.

i) Особенности применительно к сторонам

113. При рассмотрении *lex specialis* в качестве способа устранения коллизии необходимо проводить различия между случаями, когда различающиеся обязательства действительны и применимы в отношениях между *одними и теми же государствами* (A/B + A/B), и случаями, когда выполнение обязательства в рамках одного отношения (A/B) делает невозможным выполнение обязательства в рамках другого отношения (A/C). Эти случаи обычно обсуждаются с точки зрения последовательно заключенных договоров (статья 30 Венской конвенции о праве международных договоров), и хотя в данной работе отсутствует необходимость рассматривать этот комплекс вопросов, все же было бы целесообразным рассказать, как, если вообще, *lex specialis* функционирует в рамках этих отношений.

114. В первом случае (A/B + A/B) *lex specialis* имеет узкую сферу применения, поскольку А и В имеют право вносить поправки в свой заключенный ранее договор или допускать отступления от большей части общего права по своему желанию. Однако нельзя автоматически исключать то, что, когда два государства, например, заключают сформулированный в общем виде договор, они тем самым желают отменить более ранний и более специальный договор. В таких случаях *lex specialis* может иметь определенную значимость как указание на волю сторон¹⁴¹: *lex posterior* не отменяет обязательство по более раннему договору, если особый характер этого предыдущего обязательства может восприниматься как указание на то, что стороны не добивались такого результата. Случай, когда ограниченное число сторон многостороннего договора устанавливает в отношениях между собой специальный режим, также квалифицируется как «изменение» по статье 41 Венской конвенции о праве международных договоров, и его не следует здесь обсуждать сколь-нибудь подробно.

115. Трудным является случай, когда государство (А) взяло на себя коллидирующие обязательства в отношении двух (или более) различных государств (В и С) и возникает вопрос о том, какое обязательство имеет преимущественную силу. В данном случае, как представляется, *lex specialis* является в значительной степени irrelevantным. Каждое двустороннее отношение (договор) регулируется принципом *pacta sunt servanda*, при этом последствия для третьих сторон отсутствуют. Такая коллизия осталась

¹⁴¹ Как отмечал Rousseau, “De la compatibilité des normes ...”, сноска 36, p. 177 выше, Manfred Zuleeg, “Vertragskonkurrenz im Völkerrecht. teil I: Verträge zwischen souveränen Staaten”, GYBIL vol 20 (1977), pp. 246-276, p. 256. См. также McNair, *The Law of Treaties*, сноска 57 выше, pp. 219-220. Это соответствует статье 30(4) Венской конвенции о праве международных договоров. См. также Mus, “Conflicts between Treaties ...”, сноска 21 выше, pp. 217-219.

неурегулированной статьей 30 Венской конвенции¹⁴². Государство, которое является стороной коллидирующих документов, на практике должно выбрать, какой договор оно будет выполнять, а какой нарушать, и нести ответственность за его нарушение¹⁴³.

ii) **Особенность применительно к предмету**

116. Как указывалось выше, для определения того, является ли норма «специальной» или «общей», необходима реляционная оценка: особая *в каком смысле?* Общая *в каком отношении?* Поскольку только то, что в некотором отношении является одинаковым, может сравниваться и в действительности вступать в коллизию, необходимо предположить, вместе с Фицморисом, что *lex specialis* «может применяться только тогда, когда соответствующие специальные и общие положения касаются одного и того же материально-правового вопроса»¹⁴⁴. Кроме того, в комментариях к статье 55 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния говорится о том, что для применения принципа *lex specialis* нормы должны касаться одного и того же вопроса¹⁴⁵.

117. Однако, как отмечено в разделе В.2. выше, критерий "одного и того же вопроса" как условие применения коллизионной нормы слишком неконкретен, чтобы быть полезным. Разные ситуации можно по-разному описать в зависимости от того, какая при этом

¹⁴² Лаутерпахт первоначально предлагал, чтобы более поздний договор считался ничтожным, если только он не обладает «степенью общности, приданной [ему] в силу характера законодательного акта», Report on the Law of Treaties, *Yearbook...*, 1953, vol. II, p. 156–159. Однако следующие специальные докладчики (Фицморис и Уолдок) считали, что это ставит ни в чем не повинную сторону более позднего договора в неоправданно неблагоприятное положение.

¹⁴³ Зулеег называет это «принципом политической свободы», “Vertragskonkurrenz im Völkerrecht...”, сноска 141 выше, p. 267-268. См. также Mus, “Conflicts between Treaties...”, сноска 21 выше, pp. 227-231. О происхождении и критике статьи 30 Венской конвенции о праве международных договоров обстоятельно говорится в Sur, *L’interpretation en droit...*, сноска 106 выше, pp. 167-171 и Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, сноска 21 выше, pp. 59-84. Наиболее всеобъемлющим образом этот вопрос обсуждается в Guyora Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction, the Dialectic of Duplicity* (New York: Praeger, 1988).

¹⁴⁴ Sir Gerald Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points”, BYBIL vol. XXXIII (1957), p. 237.

¹⁴⁵ Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, комментарии к статье 55, пункты 4-5, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/56/10)*, стр. 371.

преследуется цель регламентации. В известном смысле практически любая деятельность в международном мире так или иначе связана с "окружающей средой" – следует ли из этого, что любой вопрос является "экологическим" вопросом, который надлежит решать на основании норм об окружающей среде? Однако большинство форм международного поведения также имеют определенное отношение к "правам человека" или "безопасности". Эти обозначения касаются не применимых норм, а описания соответствующих характеристик существующего положения дел.

118. Выше приводился пример о морской перевозке опасных химических веществ. В зависимости от того, какое соображение толкователь сочтет релевантным в той или иной ситуации, дело подпадает под действие одного или другого комплекса норм: состоит ли цель права в развитии торговли, осуществлении юрисдикции государства флага или прибрежного государства или охране окружающей среды? Ни одна из этих точек зрения не имеет имманентного приоритета перед другими. Именно поэтому в трудном деле обоснованное решение должно учитывать все из них, устанавливая между ними некоторую системную связь. Ни одно из них нельзя просто отменить по той же причине, по которой Международный Суд в деле о законности угрозы ядерным оружием или его применения не смог отмахнуться от стандартов в области прав человека или других отраслей права (экологическое право, гуманитарное право, правовые нормы о применении силы), на которые была сделана ссылка. Все они в определенном отношении были *lex specialis*. Это не означает, что его решение о том, что он «не может прийти к окончательному выводу о том, является ли угроза ядерного оружия или его применения законной или незаконной в экстремальных обстоятельствах самообороны, когда речь идет о самом выживании того или иного государства»¹⁴⁶, было безупречным. Видимо, системное единство, которое Суд детально обсудил и которое выразилось в конечной цели «самого выживания того или иного государства», может стать объектом критики. Однако важно не то, было ли это решение правильным или нет, а то, что при его вынесении никакие нормы права не были «автоматически» исключены. Все они способствовали отражению соответствующих соображений в консультативном заключении, авторитет которого заключается исключительно в достоверности того, что было им предложено в качестве определяющей цели права.

е) Заключение по *lex specialis*: вездесущность "общего права"

119. Принцип *lex specialis derogat lege generali* указывает на стандартный способ правовой аргументации, функционирующий в международном праве как и в других областях права, понимаемых как системы. Он не имеет автоматической сферы

¹⁴⁶ *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory opinion, *ICJ Reports* 1996, p. 266, para. 105 E (*dispositif*).

применения, и его действие полностью зависит от нормативных соображений, для которых он обеспечивает словесное выражение: глубокое понимание контекста, способность отражать государственную волю, конкретность, четкость, определенность. Его функционирование не может оцениваться в отрыве от роли соображений последнего типа в специфическом контексте правовой аргументации. Как специальное соглашение соотносится с окружающим его общим правом? Осуществляет ли или поддерживает ли оно последнее и не отходит ли оно от него? Является ли отход допустимым или нет? *На эти вопросы нельзя дать общие, контекстуально обусловленные ответы.* В этом смысле принцип *lex specialis* невозможно предметно кодифицировать.

120. Роль *lex specialis*, исследованная выше, не может рассматриваться в отрыве от оценок характера и целей общего права, которое он предполагает изменить, заменить, обновить или обойти. Это подчеркивает системный характер аргументации, доводы которой, основанные на «специальном праве», являются ее неотъемлемой частью. Ни одна норма, договор или обычай, каким бы специальным их предмет ни был или каким бы ограниченным ни было число государств-участников, затрагиваемых ими, не применяются в вакууме. В их нормативную сферу включается не только общее право, которое может быть посвящено самой этой теме, но и принципы, определяющие соответствующие правовые темы, их основные права и обязанности и формы, с помощью которых эти права и обязанности могут дополняться, изменяться или аннулироваться. Такие принципы, как «суверенитет», «невмешательство», «самоопределение», «суверенное равенство», «неприменение силы», *audiatur et altera pars*, принцип, согласно которому «никто не может извлекать выгоду из преступной деятельности», и .т.д., а также такие принципы толкования, как *lex specialis* и *lex posterior*, вместе с множеством других методов правового аргументирования, являются частью этих рамок.

121. Связь между общим правом и специальными нормами является вездесущей. Когда речь идет о специальной норме международного права, то всегда можно задать вопрос о том, как она связана со своей нормативной средой. Эта связь может быть не всегда видимой. Порой государства устанавливают особые права и обязанности в тех областях, в которых, как представляется, вообще отсутствует общее право. В таких случаях на первый взгляд эти права и обязанности не имеют характера *leges specialis*. Они не контрастируют с чем-то более «общим». Нормативная область «вокруг» таких норм, как представляется, остается зоной отсутствия правового регулирования, равно как и вопрос, который они теперь охватывают, существовал до того, как стал действовать такой новый регламентационный режим.

122. Однако вышеуказанные соображения дают основания предположить, что какими бы логичными, концептуальными и политическими ни были проблемы вокруг старой

проблемы «пробелов» в международном праве¹⁴⁷, существует по меньшей мере одно отношение, в котором идея зоны отсутствия правового регулирования применительно к *lex specialis* является невозможной с концептуальной точки зрения. Если правовой субъект ссылается на право, основанное на «специальном праве», то тогда действительность этого утверждения может быть установлена только посредством указания всего фона правовой системы, который говорит о том, как были приняты «специальные законы», в чем заключается их «специальный характер», как они осуществляются, изменяются и аннулируются. Невозможно выдвигать юридические аргументы лишь в ограниченном смысле, выбирать какую-либо часть права и игнорировать другие, поскольку правовая аргументация функционирует в замкнутой и циклической системе, в которой каждое решение о признании или непризнании правового утверждения может приниматься на основе признания корректности других правовых утверждений. Это может быть проиллюстрировано при рассмотрении вопроса о так называемых «автономных режимах».

3. Автономные (специальные) режимы

а) Что такое автономные режимы?

123. В комментарии к статье 55 (*lex specialis*) подготовленного Комиссией проекта статей об ответственности государств за международно противоправные деяния проводится разграничение между «"разбавленными" формами *lex specialis*, такими, как конкретные положения договоров, касающиеся отдельных вопросов» и «"концентрированными" формами, включая те, которые часто называют автономными режимами». Хотя в комментарии не дано определения "концентрированных форм", в нем приводятся два примера: решение Постоянной палаты международного правосудия по делу "Уимблдон" (1923 год) и решение Международного Суда по делу о заложниках (1980 год)¹⁴⁸.

124. Такой подход не свободен от двусмысленности. Комиссия признала и определила автономные режимы как подкатегорию (а именно "концентрированную форму") *lex specialis* в нормах, регулирующих ответственность государств. Как таковая, она, по

¹⁴⁷ Настоящая дискуссия не имеет своей целью определение какой-либо позиции относительно допустимости или желательности «*non liquet*», обсуждаемого Хершем Лаутерпахтом и Джулиусом Стоуном и подробно описанного в работах, в частности, Люсьена Сиора, Джеральда Фицмориса и Ульриха Фастенрата.

¹⁴⁸ Проекты статей об ответственности государств, комментарий к статье 55, пункт 5, в *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение №10 (A/56/10)*, 2001, стр. 369-372.

всей видимости, охватывает случай, когда особый свод вторичных норм претендует на приоритет над вторичными нормами в общеправовом массиве, регулирующем ответственность государств. Такое определение четко следует употреблению этого термина Международным Судом в деле о заложниках, когда Суд определил дипломатическое право как автономный режим именно путем ссылки на то, каким образом оно создало свою собственную "внутреннюю" систему реагирования на нарушения:

"Нормы дипломатического права, говоря коротко, представляют собой автономный режим, который, с одной стороны, устанавливает обязательства принимающего государства в отношении льгот, привилегий и иммунитетов, которые должны предоставляться дипломатическим представительствам, а, с другой стороны, предвидит возможное злоупотребление ими со стороны сотрудников представительства и определяет средства, имеющиеся в распоряжении принимающих государств, для реагирования на такие злоупотребления"¹⁴⁹.

125. Иными словами, никакое ответное нарушение дипломатического иммунитета не является допустимым; принимающее государство может лишь прибегнуть к имеющимся в дипломатическом праве способам защиты, которые, как предположил Суд, были "полностью эффективными". В деле *Никарагуа* Суд занял практически аналогичную позицию в отношении права в области прав человека: соответствующие договоры содержат свой собственный режим ответственности, который делает применение других видов реагирования недопустимым¹⁵⁰.

126. Между тем в решении Постоянной палаты международного правосудия по делу "*Уимблдон*" используется более широкое понятие автономного режима. В данном случае вопрос заключался в статусе Кильского канала, который регулировался как общими нормами, касающимися внутренних водотоков, так и специальными нормами в отношении канала, закрепленными в Версальском договоре 1919 года. Вот как Суд охарактеризовал применимое право:

¹⁴⁹ *Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, *I.C.J.Reports 1980*, p. 41, para. 86.

¹⁵⁰ Суд отметил, что применение силы не было "надлежащим способом обеспечения уважения прав человека", поскольку, "когда права человека защищаются международными конвенциями, эта защита принимает форму таких механизмов наблюдения или обеспечения уважения прав человека, какие предусмотрены самими конвенциями". *Nicaragua case*, paras. 267-8.

Хотя Кильский канал, будучи построен Германией на территории Германии, до 1919 года был внутренним водотоком государства, которому принадлежали оба берега, [Версальский] договор специально не стал приравнивать его к другим внутренним судоходным водотокам в Германской империи. В конце части XII был создан особый раздел... и в этот раздел были включены правила, предназначенные исключительно для Кильского канала; эти правила в целом ряд отношений отличаются от правил, которыми регулируются другие внутренние судоходные водотоки Империи... Насколько можно судить, различие более конкретно заключается в том, что Кильский канал открыт для прохода военных кораблей и транзита всех государств, не воюющих с Германией, тогда как свободный доступ к другим германским судоходным водотокам... ограничивается только союзными и ассоциированными державами... Таким образом, положения, касающиеся Кильского канала, носят автономный характер. Лежащая в [их] основе идея заключается не в том, чтобы проводить аналогию с [положениями, касающимися других водотоков], а в аргументе от противного, т.е. в таком методе аргументирования, который их исключает"¹⁵¹.

127. Здесь же понятие "автономного режима" не ограничивается специальным сводом вторичных норм. Напротив, "специальный" характер режима Кильского канала, по всей видимости, вытекает из специального характера соответствующих первичных норм (особенно обязательств применительно к Германии), закрепленных в соответствующих разделах Версальского договора, а не из каких-либо специальных норм в отношении их нарушения. Хотя суд в данном случае употребил выражение "автономный", трудно сказать, имел ли он в виду больше, чем то, что в случае, когда имеются конвенционные нормы в отношении какой-либо проблемы, эти нормы будут пользоваться приоритетом перед любыми внешними нормами. Именно в этом смысле он употребил данное выражение в заключении 1925 года, в котором он заявил, что для толкования отдельных выражений из договора необходимо обратиться к внешним источникам: "Таким образом, все, как представляется, указывает на то, что в этом аспекте Конвенция является

¹⁵¹ *Case of the S.S. "Wimbledon"*, P.C.I.J. Series A, No. 1 (1923), pp. 23-4.

автономной и что... [следует использовать] естественное значение слов"¹⁵². Этот метод, как известно, является весьма распространенным в судебной практике и соответствует принципу, изложенному в разделе А настоящего доклада в отношении прагматического приоритета договорных норм над общим правом¹⁵³.

128. Таким образом, можно в предварительном порядке провести разграничение между двумя употреблениями понятия "автономный режим". В более узком смысле этот термин употребляется для обозначения специального свода вторичных норм в области правового регулирования ответственности государств, который претендует на главенство перед общими нормами в отношении последствий нарушения. В более широком смысле этот термин употребляется для обозначения общих взаимосвязей между первичными и вторичными нормами, которые иногда называют "системами" или "подсистемами" норм, трактующих определенную проблему иначе, чем общеправовые нормы. Этот свод норм может быть либо весьма ограниченным, например, режим судебного сотрудничества между Международным уголовным судом и государствами-участниками согласно Римскому статуту¹⁵⁴, или же очень широким, например, метод толкования Европейской конвенции о правах человека как "инструмента европейского публичного порядка (*ordre public*) для защиты отдельных лиц"¹⁵⁵. В этом более широком смысле автономность смыкается с договорной пристрастностью международного права: когда какой-либо вопрос регулируется договором, то, как правило, нет оснований обращаться к другим источникам.

129. Однако эпизодическое употребление понятия "автономный режим" распространяет его даже за пределы дела "Уимблдон". Иногда целые области функциональной специализации, дипломатической и научной работы называют автономными (независимо от того, употребляется ли само это слово) в том смысле, что предполагается применение

¹⁵² *Exchange of Greek and Turkish Populations, Advisory opinion, P.C.I.J. Series B, No. 10 (1925), p. 20.*

¹⁵³ Такая ситуация часто возникает в территориальных спорах. Если в договоре определена территориальная граница, тогда нет нужды обсуждать *uti possidetis*, интертемпоральное право соответствующих *effectivités*. См., например, *Case concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *I.C.J. Reports 1994*, pp. 38-39, paras. 75-76.

¹⁵⁴ Этот тезис см. Göran Sluiter, "The Surrender of War Criminals to the International Criminal Court", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol.25 (2003), p. 629.

¹⁵⁵ *Cyprus v. Turkey*, Judgment of 10 May 2001, ECHR 2001-IV, p. 25, para. 78.

специальных правил и методов толкования и применения¹⁵⁶. Например, такие области, как "право в области прав человека", "право ВТО", "европейское право"/"право ЕС", "гуманитарное право", "космическое право", среди прочих, часто называют "специальными" в том смысле, что нормы общего международного права предположительно изменены или даже исключены при их применении. Часто говорят о "принципах международного экологического права" или "принципах международного гуманитарного права", имея в виду, что в определенной степени эти принципы отличаются от того, что общее право предусматривает для аналогичных ситуаций.

130. Например, принцип "динамичного" или телеологического толкования гораздо глубже укоренился в праве прав человека, чем в общем международном праве¹⁵⁷. Хорошо известно, что, по мнению Европейского суда по правам человека, при применении "нормативного договора" следует учитывать его объект и цель, а не толкование, которое могло бы дать лишь самое узкое понимание обязательств государств-участников¹⁵⁸. Еще более заметный контраст с общеправовыми нормами содержится в его следующем заявлении:

...в отличие от международных договоров классического образца [Европейская] конвенция заключает в себе нечто большее, чем просто взаимные обязательства договаривающихся сторон. Помимо и сверх совокупности взаимных, двусторонних отношений, она создает объективные обязательства¹⁵⁹.

131. Сравнивая себя с Международным судом, Европейский суд обнаружил "столь фундаментальное различие в роли и цели отдельных трибуналов, которое создает убедительное основание для проведения разграничения между практикой применения

¹⁵⁶ Это подразумевается во многих статьях L.A.N.M. Barnhoorn, K.C. Wellens (eds.), *Diversity in Secondary Rules...* сноска 12 выше.

¹⁵⁷ О роли "динамичного" или "телеологического" толкования в праве прав человека см. Patrick Wachsmann, "Les methodes de l'interpretation des conventions à la protection des droits de l'homme", в: SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Coll. 1998 (Paris: Pedone, 1998), pp. 188-193. См. также Lucius Caflisch & Antonio Cancado Trindade, "Les conventions americaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général", 108 RGDIP (2004), pp. 11-22.

¹⁵⁸ *Wemhoff v. FRG*, Judgment of 27 June 1968, ECHR (1968) Series A, No. 7, p. 23, para. 8.

¹⁵⁹ *Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, ECHR (1978) Series A, No. 25, p. 90, para. 239. Аналогичным образом *The Effect of Reservations*, OC-2/82, Int-Am CHR Series A, No. 2, pp. 14-16, paras. 29-33 и *Restrictions to the Death Penalty*, OC-3/83, Int-Am CHR Series A, No. 3, pp. 76-77, para. 50.

Конвенции и практикой Международного суда"¹⁶⁰. О том, что это не является уникальным аспектом Европейской конвенции, свидетельствуют параллельные позиции Межамериканского суда по правам человека и Комитета по правам человека¹⁶¹.

132. Автономный режим в этом третьем смысле действует главным образом как руководство в отношении толкования и направления, которое в определенном смысле отступает от общеправовых норм. Он охватывает весьма широкий спектр по-разному толкуемых систем норм, и степень, в какой общее право считается затронутым, колеблется в значительных пределах. В чем же тогда нормативный смысл деления международного права на 17 различных "тем" или "отраслей" в докладе Секретариата Организации Объединенных Наций 1971 года Комиссии¹⁶²? Даже если исходить из того, что такая классификация является сугубо "относительной" и главным образом служит дидактическим целям, все равно с такими отраслями или подсистемами в этом понимании принято связывать специальные правовые принципы, касающиеся применения соответствующих норм¹⁶³.

¹⁶⁰ *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) Judgment of 23 March 1995, ECHR (1995), Series A, No. 310, pp. 26-27, paras. 70-72, and p. 29, paras. 84-85.

¹⁶¹ Касаясь практики Европейского суда, Межамериканский суд в качестве "corpus juris стандартов в области прав человека" выделил принцип, согласно которому "... договоры в области прав человека являются живыми документами, и те, кто их толкует, обязаны учитывать происшедшие со временем изменения и современные обстоятельства", *Consular Assistance*, Advisory opinion of 1 October 1999, Int-Am CHR Series A, No. 16, pp. 256-7, paras. 114-115. 256-7 (paras 114-115). В своем противоречивом замечании общего порядка № 24 Комитет по правам человека Организации Объединенных Наций заявил, что положения Венской конвенции о праве международных договоров являются "неприемлемыми для решения проблемы оговорок к договорам о правах человека. Такие договоры, и особенно Пакт, не представляют собой обмена взаимными обязательствами между государствами. Они касаются наделения людей правами. Принцип межгосударственной взаимности не может применяться...". Замечание общего порядка по вопросам, касающимся оговорок, которые делаются при ратификации Пакта или факультативным протоколов к нему или присоединении к ним, или относительно заявлений, сделанных на основании статьи 41 Пакта, документ CCRP/C/21/Rev.1/Add.d.6 (1994), см. также ILM, vol. 35 (1995), p. 839, para. 17.

¹⁶² *Survey of International Law*, Working Paper Prepared by the Secretary-General, *Yearbook... 1971*, vol. II, Part one, pp. 1-99.

¹⁶³ См., например, обсуждение в работе Peter Malanczuk, "Space Law as a Branch of International Law" in Barnhoorn & Wellens, *Diversity in Secondary Rules...*, supra note 12, pp. 144-146.

133. Ничто из вышесказанного не означает, что действие автономного режима в этом третьем смысле будет четким или однозначным. А такие юристы, как Броунли или Пелле, весьма критически относятся к тому, чтобы делать слишком большой упор на специальном характере такой материи, как "право в области прав человека"¹⁶⁴. Аналогичным образом вопрос о том, является ли "международное экологическое право" особой отраслью международного права, в которой применяются иные, нежели общеприменимые принципы толкования, или лишь совокупностью договорных и обычных норм, касающихся экологии, по всей видимости, звучит чересчур абстрактно, чтобы быть актуальным¹⁶⁵. К примеру, стандартное обозначение права вооруженных конфликтов в качестве *lex specialis* и автономного режима или даже в качестве "девиантного свода норм международного публичного права"¹⁶⁶, оставляет полностью открытым вопрос о том, в какой степени затрагиваются общеправовые нормы, скажем, право договоров¹⁶⁷. Однако сколь бы ни сомневались международники-"генералисты" в нормативном характере подобных обозначений, специалисты в таких областях неизменно настаивают на их важности. Такие режимы, имея функциональную ориентацию, служат

¹⁶⁴ См. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford Oxford University Press, 2003) 6th ed., pp. 2003), p. 529-530 (критика специального характера права в области прав человека); Alain Pellet, "Droit de l'hommisme et droit international", лекция памяти Жильберту Амаду, 18 июля 2000 года (ООН, 2000 год).

¹⁶⁵ Этому вопросу посвящена работа Томаса Куоканена *International Law and the Environmet. Variations on a Theme* (The Hague: Kluwer, , 2002) (где прослеживается история решения юристами-международниками экологических проблем от довольно однозначного применения традиционных норм до комплексных режимов управления ресурсами).

¹⁶⁶ Н.Н.Г. Пост, "Some Curiosities in the Sources of the Law of Armed Conflict Conceived in a General International Legal Perspective" в Barnhoorn & Wellens, *Diversity in Secondary Rules...*, сноска 12 выше, p. 96.

¹⁶⁷ Потенциальный конфликт между необходимостью сохранения обязательной силы мирных договоров и принципом, закрепленным в статье 52 Венской конвенции о праве международных договоров ("ничтожность в случае принуждения государства посредством угрозы силой"), например, может и вовсе не иметь решения в рамках Венской конвенции.

также для того, чтобы определять и формулировать интересы, служащие тому, чтобы направлять применение соответствующих норм¹⁶⁸.

134. В качестве иллюстрации можно обратиться к обсуждению роли общего международного права в торговом праве. Нет сомнений в том, что система урегулирования споров ВТО представляет собой автономный режим в том смысле, что статья 23 Договоренности об урегулировании споров исключает односторонние определения нарушения или контрмеры вне "специфической подсистемы" режима ВТО¹⁶⁹. Иногда говорят, что общее международное право не должно применяться к договорам ВТО, поскольку они фундаментально отличаются по своей общей ориентации от ориентации обычного международного публичного права: если в основе последнего лежит государственный суверенитет, то обоснованием первого является теория сравнительных преимуществ. Порожденные последним принципы толкования зачастую могут полностью не совпадать с принципами толкования, сложившимися в первом¹⁷⁰. До настоящего времени органы по урегулированию споров ВТО действительно весьма широко использовали для толкования договоров ВТО международное обычное право и общие принципы¹⁷¹. Немногие юристы будут настаивать на том, что охватываемые ВТО договоры, независимо от их содержания, полностью закрыты для международного публичного права¹⁷². Остается, однако, открытым вопрос о том, что торговое обоснование

¹⁶⁸ В социологическом смысле можно даже сказать, что они выражают разные социальные обоснования: столкновение между ними представляется как столкновение обоснований, например, экологическое обоснование против торгового обоснования, правозащитное обоснование против обоснования на базе дипломатических сношений. В таком изложении фрагментация международного права отражала бы весьма фундаментальный аспект самой глобализированной социальной реальности - замену территориальности в качестве принципа социальной дифференциации (нетерриториальной) функциональностью. См. далее Martti Koskenniemi & Päivi Leino, "Fragmentation of International Law?...", сноска 14 выше, pp. 553-579, и Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner, "Regime-Kollisionen: Kompatibilität durch vernetzung Statt Rechsteinheit", готовится к печати.

¹⁶⁹ Термин "специфическая подсистема" употребляется в работе Габриэля Марко "WTO Dispute Settlement ...", сноска 42 выше, p. 755, pp. 766-779.

¹⁷⁰ Jeffrey Dunoff, "The WTO in Transition: Of Constituents, Competence and Coherence", *George Washington International Law Review*, vol.33 (2001), pp. 991-2.

¹⁷¹ См. в общем плане James & Kevin R. Gray, "Principles of International law in the WTO Dispute Settlement Body", *ICLQ*, vol.50 (2001), pp. 249-298, и Eric Canal-Forgues, "Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC", *RGDIP*, vol.105 (2001), pp. 1-24.

¹⁷² Подробнее см. раздел С.3. с) ii) 2) ниже.

может иногда (а может и часто) идти вразрез с обоснованием на базе защиты суверена, и когда приходится делать выбор, общие цели и "принципы" торгового права, как бы оно ни понималось, по всей видимости, будут более приемлемыми для торговых учреждений и специалистов, чем традиционные способы толкования.

135. Три значения понятия "автономного режима" не имеют четкого разграничения. Специальная система вторичных норм (основной случай закреплен в статье 55 проекта статей об ответственности государств за международно противоправные деяния), как правило, создается единым договором или совокупностью очень близко связанных друг с другом договоров. В качестве примера можно было бы привести "систему несоблюдения" по Венской конвенции о защите озонового слоя 1985 года и связанному с ней Монреальскому протоколу 1987 года, которая пользуется приоритетом перед стандартной оговоркой об урегулировании споров в Венском договоре¹⁷³. Специальный режим по некоторым (территориальным/функциональным) проблемным областям (дело "Уимблдон") может охватывать несколько договоров и методов, объединенных их направленностью на решение одной проблемы: создание зоны свободной торговли или, скажем, глобального торгового режима, сходного с режимом ВТО. Само собой разумеется, договорный режим может быть специальным как в первом, так и втором смысле, т.е. как автономный режим способов защиты (ответственность государств) и как свод специальных норм о принятии, изменении, исполнении или прекращении соответствующих обязательств.

136. Самое широкое значение этого понятия охватывает всю область функциональной специализации или телеологической ориентации в универсальном масштабе: право вооруженных конфликтов, например, определенное как *leges speciales* Международным Судом в деле, касающемся законности угрозы ядерным оружием или его применения, или экологическое право, которое, как часто считают, снабжено специальными принципами, такими, как принцип предосторожности, "платит загрязнитель" и "устойчивое развитие", которые являются руководством для решения экологических вопросов¹⁷⁴. Значение этого специального характера можно видеть в таких ситуациях, когда дело о *гормонах в говядине*, в котором Европейское сообщество заявило в ВТО, что принцип предосторожности, который был включен в Рио-де-Жанейрскую декларацию 1992 года,

¹⁷³ См. статью 8 Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой, и комментарии в работе Марти Коскениеми "Breach of Treaty or Non-Compliance. Reflections on the Enforcement of the Montreal protocol", YBIEL, vol. 3 (1992), pp. 123-162

¹⁷⁴ См., например, Brownlie, *Principles...*, supra note 164, pp. 274-281. См. также подробности дела *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, Advisory opinion, *I.C.J. Reports 1996*, p. 226 passim.

должен влиять на оценку возможности судебной защиты запрета Европейского сообщества на импорт определенных видов мяса и мясопродуктов. Однако Апелляционный орган заявил, что, хотя этот принцип, вероятно, "кристаллизовался в общий принцип обычного экологического права", четко заявить, что он стал частью общего обычного права, невозможно¹⁷⁵. Отнесение этого принципа "к обычному экологическому праву" оставило, разумеется, открытым вопрос о том, при каких обстоятельствах он может стать применимым в "праве международной торговли".

137. Часто кажется, что "центр действия в международном праве сместился в сферу специализированных режимов"¹⁷⁶. По крайней мере в том, что касается ответственности государств, это - цена, которую приходится платить за достижение единообразного режима. Чтобы добиться успеха в разработке единого свода вторичных норм (а именно здесь возникли определенные разногласия между специальными докладчиками), они должны носить такой общий характер, чтобы государства, когда они впоследствии будут принимать первичные нормы по определенной теме, испытывали естественный соблазн принять и вторичные нормы, разработанные как раз для нарушения этих первичных норм. В качестве примера можно привести переход от официального способа урегулирования споров к "разбавленным", несостязательным формам определения ответственности по экологическим договорам ("механизмы несоблюдения"). Такое разнообразие не должно вызывать особых проблем. Как отметил Кроуфорд, Комиссия никогда не считала, что ее система ответственности будет работать по принципу "один размер для всех". Вопрос о том, захотят ли государства следовать общему праву или решат исключить его, представляет собой как "политический вопрос, так и (в отношении существующих режимов) вопрос толкования"¹⁷⁷. Однако, если вместо повышения эффективности соответствующих обязательств режим размывает существующие стандарты (проблема, уже достаточно давно поставленная в знаменитой статье Проспера Вейля¹⁷⁸), тогда, по

¹⁷⁵ *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)* (16 January 1998) WT/DS26/AB/R, DSR 1998:I, p. 180-181, para. 123-125. О "принципе предосторожности" в экологическом праве см. Patrick Daillier & Alain Pellet, *Droit international...*, supra note 73, 2002), pp. 1307-1310.

¹⁷⁶ Daniel Bodansky & John R. Crook, "Introduction and Overview to Symposium: The ILC's State Responsibility Articles", *AJIL* vol.96 (2002) p. 774.

¹⁷⁷ James Crawford, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", *AJIL* vol.96 (2002), p. 880.

¹⁷⁸ Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law", *AJIL* vol. 77 (1983), pp. 413-442.

всей видимости, возникает необходимость в остаточном применении или "откате" к общеправовым нормам об ответственности государств.

b) Автономные режимы и работа Комиссии международного права по ответственности государств

138. Специальный докладчик Роберто Аго обратился к этому вопросу в связи с обсуждением "источника" и "содержания" нарушенного международного обязательства¹⁷⁹. Влияет ли то, какая норма была нарушена, на вид возникшей ответственности? Хорошо известно, что Аго обсуждал этот вопрос главным образом в плане градации ответственности государств на основании различия между международными "преступлениями" и "простыми нарушениями"¹⁸⁰. Здесь нет нужды возвращаться к данному вопросу. Тем не менее полезно отметить, что помимо этого различия Аго не видел необходимости классифицировать различные последствия путем ссылки на источник или содержание нарушенного обязательства. Его цель, которую он достиг, заключалась в создании единого общеприемлемого свода правил о противоправности, который может охватывать нарушения любой первичной нормы. В качестве составной части этого общего характера он признавал, что государства могут по своему усмотрению устанавливать особые последствия за нарушение конкретных видов первичных норм:

Некоторые государства могут предусматривать в тексте какого-либо конкретного договора, заключенного между ними, специальный режим ответственности за нарушение обязательств, специально предусмотренных данным договором¹⁸¹.

139. Вопрос о том, каким образом эти специальные договорные режимы будут соотноситься с общими нормами, Аго не рассматривался, однако был подробно проанализирован Специальным докладчиком Рифагеном в 1982 году в связи с его обсуждением того, что он назвал "общей проблемой, лежащей в основе разработки части 2 проекта статей об ответственности государств". Если для Аго было достаточно отметить самоочевидную компетенцию государств устанавливать посредством договора специальные системы ответственности государств, то при составлении части 2 этот вопрос стал едва ли не главным и достаточно проблематичным. Как сказал Рифаген:

¹⁷⁹ См. особенно Роберто Аго, Пятый доклад об ответственности государств, *Ежегодник... 1976 год*, том II, часть первая, стр. 5, пункты 12-15.

¹⁸⁰ Аго, пятый доклад, там же, стр. 32, пункт 80.

¹⁸¹ Аго, пятый доклад, там же, стр. 5 пункт 14. См. также. проект статьи 17, Аго, Пятый доклад, там же, стр. 29 (пункт 71).

Международное право в его нынешней форме строится не на основе одной единственной системы, а на основе ряда взаимосвязанных подсистем, в рамках каждой из которых так называемые первичные нормы и так называемые вторичные нормы тесно взаимосвязаны и по сути не отделимы друг от друга¹⁸².

140. С точки зрения Рифагена, присутствие таких "подсистем" (которые он также иногда называл "режимами"), т.е. взаимосвязанных систем первичных и вторичных норм, а также процедур реализации ответственности¹⁸³, было весьма распространенным явлением: когда государства разрабатывали первичные нормы, вопрос о том, как быть, если они будут нарушены, возникал почти автоматически. И в таком случае государства часто предусматривают определенные специальные нормы в отношении содержания, объема и форм ответственности государств. Хотя, как представляется, основной случай заключается в установлении специального режима договором, Рифаген, в отличие от Аго, также считал, что содержание конкретной первичной нормы может служить обоснованием для дополнения ее специальными вторичными нормами. Попытка установить такие связи стала важнейшей задачей для Рифагена, который для этого рассматривал агрессию и другие виды нарушений международного мира и безопасности, а также контрмеры в связи с широким определением объективных режимов. Помимо вопроса о международных "преступлениях", он не стал прослеживать других взаимосвязей особых видов между конкретными первичными нормами и последствиями их нарушения¹⁸⁴.

141. Подход Рифагена строился на "функциональном анализе" трех различных видов норм международного права: норм, цель которых состоит в том, чтобы разъединять государства, норм, которые отражают то, что он называл "общим субстратом", и норм, призванных организовать параллельное осуществление суверенитета государств¹⁸⁵. Данный анализ, какими бы ни были его социологические достоинства, Комиссию не убедил, и она не включила его "системы" или "подсистемы" в проект статей. В проекте также не нашла своего отражения и его попытка отойти от позиции Аго посредством

¹⁸² Виллем Рифаген, третий доклад об ответственности государств, *Ежегодник... 1982 год*, том II, часть первая, стр. 33, пункт 35.

¹⁸³ Рифаген, третий доклад, там же, стр. 34, пункт 38.

¹⁸⁴ Виллем Рифаген, четвертый доклад, *Ежегодник... 1983 год*, том II, часть первая, стр. 10-30, пункты 31-130.

¹⁸⁵ Рифаген, третий доклад об ответственности государств, сноска 182 выше, стр. 33, пункт 35.

классификации последствий нарушения обязательств в зависимости от источника или содержания этих обязательств (общий обычай - договорное международное право - судебные, квазисудебные и другие институциональные решения)¹⁸⁶. Это означало не то, что Комиссия хотела исключить увязку последствий нарушения с содержанием нарушенной первичной нормы, а лишь то, что она сочла достаточным отразить это в защитительной оговорке, формулировки которой в конечном итоге были включены в то, что стало статьей 55.

142. Иными словами, было признано, что статьи носят остаточный характер и что государства могут принимать специальные режимы ответственности. Какова же была связь таких режимов с общим правом? Хотя Рифаген и употреблял термин "автономный" и предвидел "теоретическую" возможность того, что соответствующий свод норм поведения, процессуальных норм и статусных положений [может образовать] "замкнутый правовой круг"¹⁸⁷, на самом деле он никак не хотел сказать, что они являются полностью изолированными:

"Это вовсе не означает, что существование такой подсистемы полностью исключает применение любых общих норм международного обычного права, касающихся правовых последствий противоправных деяний... Сама подсистема в целом может не работать, и в этом случае, вероятно, неизбежен откат к другой подсистеме"¹⁸⁸.

143. Это представляется очевидным. Уместно, однако, сделать два замечания. Во-первых, хотя Рифаген говорит только о том, что подсистема может "не работать", необходимо исходить из того, что аналогичные последствия могут иметь место и в результате простого молчания подсистемы. С другой стороны, хотя Рифаген говорит только об "откате" к другим "подсистемам", трудно понять, почему он исключает откат к общим нормам ответственности государств, поскольку в другом месте он прямо говорит следующее:

¹⁸⁶ Об этом предложении см. Виллемифаген, третий доклад, там же, стр. 50-55, пункты 106-128.

¹⁸⁷ Виллем Рифаген, введение, *Ежегодник... 1982 год*, том I, стр. 242, пункт 16.

¹⁸⁸ Рифаген, третий доклад, сноска 182 выше, пункт 54.

"Каждый из различных многочисленных режимов (или подсистем) ответственности государств... представляет собой сегодня международное право, подпадающее под универсальную систему Устава Организации Объединенных Наций, включая его разработку в единодушно принятых декларациях..."¹⁸⁹.

144. Рифаген не дает более подробного анализа содержания и объема этой "универсальной системы", помимо замечания о том, что она также включает *jus cogens*. Данный вопрос был в свое время полностью поглощен вопросом о "преступлениях"¹⁹⁰.

145. Несмотря на употребляемую Рифагеном терминологию, существо его аргументов является относительно непротиворечивым и лишь суммирует отмеченные в первой части исследования моменты, касавшиеся соотношения между специальными и общими нормами и прагматической необходимостью сделать первые приоритетными по отношению ко вторым. Проект статей, отмечает Рифаген, "не может исчерпывающе осветить правовые последствия всех нарушений любого и каждого международного обязательства"¹⁹¹. Таким образом, хотя Рифаген и назвал вопрос о подсистемах "общей проблемой, лежащей в основе разработки части 2", он все же считал, что она может быть решена относительно простым и непротиворечивым способом - посредством общей защитительной оговорки¹⁹². Тогда в результате этого положения самого проекта

¹⁸⁹ Рифаген, третий доклад, там же, стр 49, пункт 104.

¹⁹⁰ Рифаген, третий доклад, там же, стр. 49, пункты. 104-105.

¹⁹¹ Рифаген, третий доклад, там же, стр. 37, пункт 55.

¹⁹² Первоначальный вариант этой оговорки в 1982 году выглядел следующим образом:

Статья 3. Комиссия имеет следующие функции:

"Положения настоящей части относятся к любому нарушению государством международного обязательства за исключением тех случаев, когда правовые последствия такого нарушения предусматриваются нормами или правилами международного права, устанавливающими обязательство, или другими применимыми нормами международного права".

Рифаген, третий доклад, там же, стр. 59-60. Последствие этого заключалось в обеспечении применения проекта КМП, "если не предусмотрено иное". См. также Рифаген, третий доклад, там же, стр. 49, пункт 103. Комиссия с этим согласилась. В 1983 году она приняла следующую защитительную оговорку (статья 2): "...положения настоящей части регулируют юридические последствия всякого международно-противоправного деяния государства, за исключением и в тех пределах, когда такие юридические последствия установлены иными международно-правовыми нормами, непосредственно имеющими

становились "всего лишь оспоримыми презумпциями в том, что касается правовых последствий международно-противоправных деяний"¹⁹³.

146. На этом этапе Рифаген отметил возможность выявления нарушения норм по двум подсистемам, предусматривающим параллельные или отличные друг от друга последствия (например, контрмеры могут быть разрешены одной подсистемой и запрещены другой). Норма *lex specialis* могла бы решить некоторые из подобных проблем, однако она не может автоматически разрешить возможный конфликт в том случае, когда объект и цель подсистем могут оказаться разными: в качестве примера можно привести применение принципов экологического права при осуществлении торгового договора. Для этой цели Рифаген указал, что "может все же потребоваться составление каталога возможных правовых последствий в определенном порядке тяжести и указание главных правовых последствий, препятствующих возникновению одного или нескольких правовых последствий в общем порядке"¹⁹⁴. Это послужило основанием для обсуждения иерархии правовых последствий, которое в конечном итоге было исчерпано обсуждением международных преступлений¹⁹⁵. В конечном итоге единственная иерархия, предложенная Рифагеном, заключалась в двух ограничениях в отношении защитительной оговорки. Автономный режим не может отступать от норм *jus cogens* и от "положений и процедур Устава Организации Объединенных Наций, касающихся поддержания международного мира и безопасности"¹⁹⁶.

147. Как и Рифаген, сменивший его Аранджо-Руис признал наличие "таких конвенционных систем или сочетаний систем, в рамках которых с помощью договорных и специальных средств защиты автономно решается вопрос о правовом режиме значительной части правоотношений между государствами-участниками, включая, в частности, последствия любых нарушений принятых в соответствии с данной системой

в виду конкретное международно-противоправное деяние". *Ежегодник...* 1983 год, том II, часть вторая, стр. 46, пункт 113.

¹⁹³ Рифаген, третий доклад, там же, стр. 33, пункт 35.

¹⁹⁴ Рифаген, третий доклад, там же., стр. 40, пункт 77.

¹⁹⁵ По мнению Виллема Рифагена, "преступления" обозначали одну специальную подсистему международного права, предусматривающую специальный свод последствий, см. Рифаген, третий доклад, там же, стр. 56-58, пункты 130-143.

¹⁹⁶ Виллем Рифаген, Предисловие к проекту статьи 2, *Ежегодник...* 1984 год, том I, стр. 331 и 332, пункты 4, 6-9.

обязательств государств-участников"¹⁹⁷. В рамках столь широкого системного обзора он отметил, что "некоторые юристы" выделили категорию "автономных режимов", влияющих на "возможность государств-участников прибегать к ответным мерам, допустимым для них согласно общему международному праву"¹⁹⁸. Аранджио-Руис четко выделил различие между широким подходом, когда речь идет о системах или подсистемах норм в целом, и более узким подходом, который был изложен в авторитетной статье Бруно Симмы в 1985 году о подсистемах, предназначенных для того, чтобы:

исключить в более или менее полном объеме применение общеправовых последствий противоправных деяний, в частности применение контрмер, которые обычно имеются в распоряжении потерпевшей стороны¹⁹⁹.

148. Сам Аранджио-Руис, насколько можно судить, сначала придерживался более широкого понятия, приводя в качестве примеров такие автономные режимы, как "система", созданная договорами об учреждении Европейского сообщества, договоры в области прав человека в дополнение к дипломатическому праву, как указывает Международный Суд в деле о заложниках. Однако, развивая свои аргументы, он сконцентрировался на более узкой проблеме: влияют ли ответные меры, особенно контрмеры, в таких режимах "в какой-либо степени на возможность правового обращения государств-участников к предусмотренным мерам или иным законным мерам в соответствии с общим международным правом"²⁰⁰. Вследствие этого большая часть проводимого Аранджио-Руисом анализа автономных режимов, в частности его обсуждение соответствующей практики государств, была посвящена поиску ответов на вопрос, являются ли такие режимы полностью изолированными от общего права ("образуют замкнутый правовой круг") или, иными словами, исключают ли они будущее обращение к средствам защиты в общих нормах, касающихся ответственности государств. Его ответом на этот вопрос было твердое "нет". Поскольку он определил автономные режимы как свод норм, которые герметически изолированы от общего права, на практике

¹⁹⁷ Гаэтано Аранджио-Руис, третий доклад об ответственности государств, *Ежегодник... 1991 год*, том II, часть первая, стр. 29, пункт 84.

¹⁹⁸ Аранджио-Руис, третий доклад, там же, стр. 29, пункт 84.

¹⁹⁹ Аранджио-Руис, третий доклад, там же, стр. 29-30, пункт 84, цитата из Бруно Симмы, пункт 84. "Self-Contained Regimes", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVI (1985), pp. 115-116.

²⁰⁰ Аранджио-Руис, третий доклад, там же, стр. 30, пункты 85-86. Кроме того, Гаэтано Аранджио-Руис, четвертый доклад, *Ежегодник... 1992 год*, том II, часть первая, стр. 45-4, пункт 97.

он таких режимов не обнаружил: "...ни один из предположительно автономных режимов, по-видимому, не проявил себя *конкретно на практике*"²⁰¹.

149. Аранджио-Руис не возражал против создания специальных договорных режимов. Они были необходимы для того, чтобы "обеспечить более эффективный и организованный контроль за нарушениями и ответами на них с помощью специального механизма". Однако он отвергал вывод о том, что это никогда не позволит им обращаться к общеправовым нормам²⁰². Откат к общим средствам был необходим, по крайней мере, в том случае, когда государство не получало эффективного возмещения или когда противоправный акт продолжался в момент осуществления процедур в соответствии со специальным режимом²⁰³. Он признал, что отступления или "откаты" должны иметь место только "в крайних случаях". В конце концов специальный режим представляет собой результат многостороннего обсуждения, от которого каждая сторона получила определенные выгоды в результате подчинения себя общей процедуре. Тем не менее его главный аргумент касался открытости предположительно "закрытых" режимов. Приоритет специального режима вытекает из общих норм международного права и толкования договоров. Однако это не влечет за собой презумпцию отказа от гарантий общего права - именно так Аранджио-Руис воспринимал оговорку в отношении остаточного характера проектов статей в (бывшей тогда) статье 2. Это не соответствовало бы намерениям государств, стремящихся усилить обычные нормы об ответственности государств (а не отступить от них)²⁰⁴.

150. Специальный докладчик Джеймс Кроуфорд обратился к автономным режимам в 2000 году в связи с проектами статей 37-39, которые касались связи между проектом Комиссии и остальными правовыми нормами. В статье 37 содержалась общая оговорка об остаточной роли проекта: специальные нормы будут допустимы. Кроуфорд воздержался от ответа в общих выражениях на вопрос о том, являются ли такие специальные нормы также исключительными. Это "в каждом случае всегда вопрос толкования"²⁰⁵. В качестве примера случая, когда автономный режим является

²⁰¹ Аранджио-Руис, четвертый доклад, там же, стр. 50, пункт 112.

²⁰² Аранджио-Руис, четвертый доклад, там же, стр. 51-52, пункты 112 и 114.

²⁰³ Аранджио-Руис, четвертый доклад, там же, стр. 52, пункт 115.

²⁰⁴ Аранджио-Руис, четвертый доклад, там же, стр. 54, пункты 123-124.

²⁰⁵ Джеймс Кроуфорд, третий доклад об ответственности государств, документ A/CN.4/507/Add.4 (2001), стр. 31, пункт 420.

"исключительным", Кроуфорд сослался на систему мер защиты ВТО. В качестве примера, когда специальный режим лишь изменял некоторые аспекты общеправовых норм, он привел статью 41 Европейской конвенции о правах человека. Вместе с тем Кроуфорд оставил открытым вопрос о том, означала ли здесь "исключительность" исключительную и *окончательную* замену общеправовых норм или же лишь подмену на начальном этапе с возможностью "отката", если автономный режим, как выразился Рифаген, "не сработает". Оба примера сохранялись в комментарии к проектам статей.

151. В этой связи статья 37 была перенесена из части 2 в часть 4 ("Общие положения"), где она стала статьей 55, получила название "*lex specialis*" и стала охватывать проект в целом, как условия наличия противоправного деяния, так и содержание и осуществление ответственности государств²⁰⁶. Как было отмечено в начале настоящего доклада, Комиссия не имела этим в виду, что любое отклонение в соответствии со статьей 55 будет носить характер "автономного режима". Она провела разграничение между тем, чтоб было названо "концентрированной" формой и "разбавленной" формой *lex specialis* и "автономной" назвала лишь первую. Однако по какой причине она употребила терминологию "концентрированная/разбавленная" остается неясным и может стать источником путаницы. А в комментарии рабочее разграничение проведено не между положениями, которые в нормативном отношении "концентрированнее", и положениями, которые в нормативном отношении "разбавленнее", а между "конкретными положениями договора по какому-то одному аспекту" (обычный *lex specialis* - "разбавленная" форма Комиссии) и тем, что может быть извлечено из дела "*Уимблдон*" и дела о заложниках ("концентрированная" форма Комиссии). Поскольку Комиссия определила "автономные режимы только со ссылкой на примеры двух случаев, она тем самым привнесла в проект, как мы видим, два разных значения: 1) автономный режим как специальный свод последствий за противоправность (дело о *заложниках*) и 2) автономный режим как свод первичных и вторичных правил, регулирующих решение проблемы (дело "*Уимблдон*"). Ни тот, ни другой не являются непременно более "концентрированными" (по крайней, мере, более "концентрированными" в смысле более обязательными или менее пригодными для отступления), чем "конкретное положение договора по какому-то одному аспекту".

²⁰⁶ Статья 55 (*Lex specialis*) гласит:

"Настоящие статьи не применяются, если, и в той в мере, в какой условия наличия международно-противоправного деяния или содержание международной ответственности государства или ее имплементация определяются специальными нормами международного права".

152. Что касается отношения Комиссии к "автономным режимам" в контексте ответственности государств, то можно сделать следующие выводы:

- 1) *Определение.* Концепция "автономных режимов" неизменно использовалась специальными докладчиками в узком и широком смысле, и оба были включены в комментарий Комиссии к статье 55. К категории автономных режимов могут быть отнесены: а) специальный свод вторичных норм, определяющих последствия нарушения некоторых первичных норм (включая процедуры такого определения), а также б) любая взаимосвязанная совокупность (свод, режим, подсистема) норм по ограниченной проблеме вместе с нормами, предназначенными для создания, толкования, применения, изменения или прекращения (иными словами, использования) этих норм. Кроме того, в научном комментарии и практике постоянно делается ссылка на третье понятие - "отрасли международного права", которые также предположительно функционируют как автономные режимы, претендующие на то, что они регулируются своими собственными принципами;
- 2) *Создание.* Государства правомочны создавать автономные режимы, которые пользуются приоритетом перед общими нормами в проекте статей. Единственными ограничениями этого права являются те же ограничения, которые применяются к *lex specialis*. Это означает, среди прочего, что "государства не могут, даже в отношениях между собой, предусматривать правовые последствия нарушения их взаимных обязательств, которые санкционировали бы деяния, противоречащие императивным нормам общего международного права... Указанные специальные нормы, по крайней мере имеют ту же юридическую силу, что и нормы, изложенные в настоящих статьях²⁰⁷;
- 3) *Связь между автономным режимом и общеправовыми нормами в обычных условиях.* Связь между автономным режимом и общеправовыми нормами, касающимися ответственности государств, должна определяться главным образом путем толкования правового акта или актов, устанавливающих этот режим. Вместе с тем ни один автономный режим не представляет собой "замкнутый правовой круг". Хотя специальный/договорной режим пользуется приоритетом (как *lex specialis*) в сфере применения, эта сфера обычно должна толковаться как исключение, т.е. ограничительно. В любом случае общеправовые нормы, касающиеся

²⁰⁷ Проект статей об ответственности государств, комментарий к статье 55, пункт 2, в *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/56/10)*, стр. 370.

ответственности государств, как и остальные нормы общего международного права, дополняют его в той степени, в какой никакие специальные отступления не предусмотрены или не могут быть выведены из правового акта или актов, устанавливающих этот режим;

4) *Несрабатывание автономного режима.* Вопрос об остаточном применении общих норм в ситуациях, прямо не охватываемых "автономным режимом", или возможный "откат" к общим нормам, касающимся ответственности государств, в случае несрабатывания этого режима, прямо не отражен ни в проекте, ни в комментарии. Вместе с тем им занимались специальные докладчики Рифаген и Аранджио-Руис, причем оба они считали самоочевидным, что, когда автономный режим не срабатывает, должно быть разрешено обращение к общеправовым нормам. Комиссия прямо не указала, в чем должно заключаться такое несрабатывание. В то же время можно было бы провести аналогию с условиями, в которых должна осуществляться норма об исчерпании местных средств защиты. Сюда будут относиться случаи, когда средство защиты будет явно отсутствовать или будет неэффективным или когда ожидать обращения к такому средству было бы неразумным;

5) *Неуместность термина "автономный".* Никто из специальных докладчиков и ни один из обсуждавшихся ими случаев не подразумевали идею специальных систем или режимов, которые были бы полностью изолированы от общего международного права. В этом смысле понятие "автономного режима" просто создает путаницу. Хотя та степень, в которой режим или ответственность, свод правил по какой-либо проблеме или отрасли международного права нуждается в дополнении общеправовыми нормами, может быть разной, невозможно поддержать мнение о том, что общее право везде будет полностью исключено. Как будет показано ниже, такое исключение может оказаться невозможным даже концептуально. В этой связи предлагается термин "автономный режим" заменить термином "специальный режим".

с) Связь между автономными режимами за пределами ответственности государств и общим международным правом

153. В отношении фрагментации, основные интересующие нас вопросы касаются взаимосвязей между автономным (специальным) режимом в каждом из трех обсуждавшихся выше значений и общим правом, а именно: а) условия создания специального режима, б) сфера применения режима по отношению к общему

международному праву в обычных условиях, и с) условия "отката" к общим нормам в случае несрабатывания режима.

i) Создание автономных (специальных) режимов

154. Что касается первого вопроса, то практически нет сомнений в том, что бóльшая часть международного права, и не только нормы об ответственности государств, носит диспозитивный характер и что возможность заключения договоренности путем установления режима существует и ограничена лишь тем объемом, в каком такое ограничение может быть выведено из характера *jus cogens* или обязательного характера норм общего права. Помимо императивных норм, следует учитывать по крайней мере следующие ограничения:

- 1) режим не может отступать от права в пользу третьих сторон, включая отдельных лиц и негосударственные субъекты;
- 2) режим не может отступать от общего права, если обязательства общего права носят "комплексный" или "взаимозависимый" характер, имеют характер *erga omnes* или практика создала законное ожидание в отношении неотступления²⁰⁸;
- 3) режим не может отступать от договоров, которые имеют публичноправовой характер или которые являются учредительными документами международных организаций²⁰⁹.

155. Между тем к созданию автономных (специальных) режимов в каждом из трех смыслов этого выражения могут применяться разные соображения.

156. Установление специального режима ответственности государств, т.е. специальных последствий для нарушения, как правило, возможно лишь на основании договора, определяющего первичные нормы, к которым он применяется, характер, содержание и форму (специальной) ответственности и учреждения, которые должны его применять. Хотя теоретически возможно, что такой режим мог бы появиться сам собой или в силу обычая (например, режим коллективных контрмер со стороны не пострадавших государств, как это предполагается статьей 56 проекта статей об ответственности государств за международно противоправные деяния), это представляется исключением.

²⁰⁸ См. обсуждение обязательств *erga omnes* в разделе E ниже.

²⁰⁹ См. раздел о *lex specialis* выше.

157. Создание специального режима в более широком смысле (дело "Уимблдон", любой взаимосвязанный свод норм, как первичных, так и вторичных), как правило, будет происходить на основе договора или нескольких договоров (например, "охватываемые ВТО договоры"). Однако может случиться и так, что свод договорных положений со временем без волевого решения государств-участников, возможно, посредством деятельности имплементационного органа, превратится в режим со своими собственными правилами применения, изменения и прекращения этого режима. Лишь в 1963 году Европейский суд определил (тогдашнее) Европейское экономическое сообщество как "новый правовой порядок международного права"²¹⁰. Превращение европейского права в автономный режим, включая принципы непосредственного действия, главенство и доктрину фундаментальных прав, в весьма значительной степени происходило через толковательную деятельность Европейского суда и не всегда при полной поддержке со стороны всех государств-членов. Как мы отметили, то же самое в значительной мере (хотя и в гораздо более узком смысле) относится и к праву в области прав человека. Хотя государства-участники, как известно, создают имплементационные органы и тем самым совершают первый шаг на пути к автономности, пределы автономии режимов в значительной степени определялись самими этими органами. Стандартным примером в данном случае является разработка доктрины делимости оговорок к Европейской конвенции о правах человека²¹¹.

158. Самые широкие специальные режимы (такие обозначения, как "международное уголовное право", "гуманитарное право", "торговое право", "экологическое право" и т.д.) возникают из неофициальной деятельности юристов, дипломатов, групп давления, скорее в результате сдвигов в правосознании и в ответ на практические потребности специализации, а не в качестве волевых актов создания режима. Такие понятия отражают функциональную диверсификацию международного сообщества или, выражаясь более приземленно, деятельность конкретных групп, стремящихся выразить или укрепить преференции и ориентацию, которым, как представляется, не уделяется достаточно внимания в общем праве. Видимой характеристикой таких режимов является применение специальных "принципов" специализированными имплементационными органами.

²¹⁰ Case 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, Judgment of 5 February 1963, ECR, English special edition, p. 2.

²¹¹ См. *Belilos v. Switzerland*, Judgment of 29 April 1988, ECHR (1988), Series A, No. 132, p. 24, para. 50, and p. 28, para. 60.

ii) **Взаимосвязь между автономным (специальным) режимом и общим международным правом в обычных условиях**

159. Взаимосвязь между специальным режимом и общим правом, т.е. степень, в которой режим собственно и является автономным, будет главным образом вопросом толкования договоров, образующих этот режим. В какой степени общее право может заполнять пробелы или способствовать толкованию применения, т.е. реализации этого режима? После выяснения вопроса о том, что ни один режим не является полностью изолированным от общего права, возникает вопрос о том, как они между собой взаимосвязаны.

160. На практике связи можно проиллюстрировать путем ссылки на деятельность наблюдательных органов в области прав человека и торгового права - двух режимов, конкретно упомянутых в комментарии Комиссии к статье 55 проектов статей об ответственности государств за международно противоправные деяния.

1) *Пример: режимы в области прав человека*

161. Такие органы по правам человека, как Европейский и Межамериканский суды по правам человека, регулярно ссылаются на нормы и принципы общего международного права, касающиеся не только толкования международных договоров, но и таких вопросов, как государственность, юрисдикция и иммунитет, а также целого ряда принципов процессуальной обоснованности²¹². Межамериканский суд использовал свою обширную консультативную юрисдикцию для толкования не только других договоров о правах человека (например, Европейской конвенции или Международных пактов 1966 года), но и таких договоров, как Венская конвенция о консульских сношениях 1963 года²¹³. В своем консультативном заключении, принятом в 1988 году, Суд прямо сослался на международно-правовой принцип преемства государства, согласно которому ответственность государства сохраняется, несмотря на изменения в государственном устройстве²¹⁴. В связи с целым рядом недавних дел Европейский суд по правам человека

²¹² См. по этому вопросу в особенности последний обзор Кафлиша и Канкадо Триндейда, "Les conventions americaine et europeenne des droits de l'homme et le droit international général".

²¹³ См. "Other Treaties" Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court, Judgment of 24 September 1982, OC-1/82, Int-Am CHR Series A, No. 1.

²¹⁴ *Velásquez Rodríguez* case, Judgment of 29 July 1988, OC-4/88, *Inter-American Yearbook on Human Rights* (1988) p. 990, para. 184.

разъяснил взаимосвязь между правами, предусмотренными Европейской конвенцией, и государственными иммунитетами, признав преимущественную силу таких иммунитетов по сравнению с, например, правом обращения в суд, предусмотренным в пункте 1 статьи 6 Европейской конвенции. В частности, Суд подчеркнул:

Конвенцию ... нельзя толковать в вакууме. Суд должен учитывать особый характер Конвенции как международного договора о правах человека, а также принимать во внимание соответствующие нормы международного права. Насколько это возможно, Конвенцию следует толковать в соответствии с другими нормами международного права, часть которого она образует, в том числе нормами, касающимися предоставления государственного иммунитета²¹⁵.

162. Не существует предположения *a priori*, согласно которому нормы, содержащиеся в Конвенции, будут превалировать над нормами общего права. Напротив, Суд допустил приоритетность норм общего права, касающихся государственного иммунитета, высказав мнение о том, что:

меры, принятые Высокой Договаривающейся Стороной, которые отражают признанные нормы публичного международного права, касающиеся государственного иммунитета, в принципе не могут рассматриваться как устанавливающие несоразмерное ограничение в отношении права обращения в суд, закрепленного в пункте 1 статьи 6. Как и право обращения в суд, которое является неотъемлемой частью гарантии справедливого разбирательства, предусмотренной в данной статье, некоторые ограничения в отношении права обращения должны таким же образом считаться неотъемлемыми, причем примером этого являются те ограничения, которые в целом признаются сообществом наций в качестве доктрины государственного иммунитета"²¹⁶.

163. То обстоятельство, что Конвенцию не следует рассматривать таким образом, как если бы она существовала в правовом вакууме, также было подтверждено Судом в отношении норм, касающихся юрисдикции и ответственности государств. В деле *Банковича* (1999 год) Суд высказал такое суждение:

Суд напоминает о том, что принципы, лежащие в основе Конвенции, нельзя толковать и применять в вакууме. Суд должен также принимать во внимание любые

²¹⁵ *McElhinney v. Ireland*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, para. 36. Аналогично, *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, p. 100, para. 55.

²¹⁶ *Fogarty v. the United Kingdom*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, para. 36.

соответствующие нормы международного права при изучении вопросов, касающихся его юрисдикции, и, следовательно, определять ответственность государства в соответствии с регулируемыми принципами международного права, хотя он должен по-прежнему учитывать особый характер Конвенции как одного из международных договоров о правах человека. Конвенцию следует толковать, насколько это возможно, в соответствии с другими принципами международного права, часть которого она образует²¹⁷.

164. Другими словами, Европейская конвенция о правах человека не воспринимается и не воспринималась как автономный режим в том смысле, что применение норм общего права было бы исключено. Напротив, Суд неизменно использует нормы общего международного права на основе презумпции того, что права, закрепленные в Конвенции, следует толковать в соответствии с такими нормами общего права и без предположения *a priori*, согласно которому права, закрепленные Конвенцией, будут иметь преимущественную силу.

2) *Пример: право ВТО*

165. Хотя и являясь, возможно, более противоречивым, этот вопрос в системе ВТО не носит существенно иного характера. Хотя, как мы уже видели, иногда высказывалось предположение о том, что охватываемые ВТО международные договоры образуют закрытую систему, эта позиция была отвергнута Апелляционным органом с использованием выражений, которые сходны с формулировкой Европейского суда по правам человека, когда Апелляционный орган отметил, что соглашения ВТО не должны толковаться "в клинической изоляции от публичного международного права"²¹⁸. После этого Апелляционный орган неоднократно запрашивал "дополнительные указания относительно толкования, в соответствующих случаях, общих принципов международного права"²¹⁹. Совсем недавно одна из третейских групп ВТО имела возможность уточнить это следующим образом:

Мы принимаем к сведению то, что положения пункта 2 статьи 3 Договора о урегулировании споров требуют, чтобы мы стремились в контексте какого-либо

²¹⁷ *Bankovic v. Belgium and others*, Decision of 12 December 2001, Admissibility, ECHR 2001-XII, p. 351, para. 57 (ссылки опущены).

²¹⁸ *United States - Standards of Reformulated and Conventional Gasoline* (20 May 1996) WT/DS2/AB/R, DSR 1996:I, p. 16.

²¹⁹ *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (6 November 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:1, p. 2755, para. 151.

конкретного спора разъяснять ныне действующие положения соглашений ВТО в соответствии с обычными правилами толкования норм публичного международного права. Однако взаимосвязь соглашений ВТО с обычным международным правом шире этого. Нормы обычного международного права применяются в целом к экономическим взаимоотношениям между членами ВТО. Такие нормы международного права применяются в той степени, в какой международно-правовые соглашения ВТО не "отклоняются" от них. Другими словами, в той степени, в какой нет коллизии или несоответствия, или же наличия в каком-либо охватываемом ВТО соглашении выражения, которое применяется иным образом, мы полагаем, что обычные нормы международного права применяются к международным договорам ВТО и процессу разработки международных договоров в рамках ВТО²²⁰.

166. Тем не менее мнения ученых разделились по вопросу о том, насколько далеко это фактически заходит, причем упор делается в особенности на использовании органами ВТО норм права из других специальных режимов, особенно экологического права, или согласно международным договорам, не охватываемым ВТО. Вместе с тем, какого бы мнения кто-либо не придерживался в отношении *компетенции* третейских групп и Апелляционного органа ВТО, такая позиция не является ни идентичной вопросу о том, являются ли "нормы права ВТО" (или, точнее, "соглашения, охватываемые ВТО") также автономными с *материально-правовой* точки зрения, ни определяющей этот вопрос²²¹.

167. Отправной точкой анализа обычно являются пункт 2 статьи 3 и пункт 2 статьи 19 Договора об урегулировании споров (ДУС), в соответствии с которой урегулирование спора в рамках ВТО призвано сохранить права и обязательства ее членов согласно охватываемым ею соглашениям²²². Иногда это толкуется как означающее, что

²²⁰ *Korea – Measures Affecting Government Procurement* (19 January 2000) WT/DS163/R, para. 7.96.

²²¹ Этот момент особо подчеркивается в Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, сноска 21 выше, pp. 460-463.

²²² Пункт 2 статьи 3 гласит:

"рекомендации и постановления Комитета по урегулированию споров не могут расширять или умалять права и обязательства, предусмотренные в охватываемых соглашениях".

Пункт 2 статьи 19 предусматривает:

"В своих заключениях и рекомендациях третейские группы и Апелляционный орган не могут расширять или умалять права и обязательства, предусмотренные в охватываемых соглашениях".

не охватываемые ВТО нормы права не могут использоваться каким-либо образом для того, чтобы затрагивать любые "права и обязательства", которые предусмотрены согласно нормам права ВТО²²³. При крайнем толковании это может рассматриваться как полное отклонение всех норм права, не охватываемых ВТО. Однако этому выводу противоречит последующая формулировка текста пункта 2 статьи 3 ДУС, в соответствии с которой третейские группы и Апелляционный орган должны применять "обычные правила толкования норм публичного международного права", - положение, которое включает не только Венскую конвенцию о праве международных договоров, но и с помощью ее статей 31-32 любые другие правила толкования международных договоров, в том числе, например, статью подпункт *c* пункта 3 статьи 31, в соответствии с которым при таком толковании следует принимать во внимание "любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками"²²⁴.

168. Предусмотренные Венской конвенцией о праве международных договоров правила толкования международных договоров, т.е. статьи 31 и 32, признаны в качестве норм обычного права и широко применяются в системе ВТО²²⁵. Вместе с тем Апелляционный орган часто рассматривает и применяет и другие стандарты публичного международного права. Широко обсуждается взаимосвязь между охватываемыми ВТО международными

²²³ Так, Джоэль Трахтман утверждал, что "третейские группы ВТО по урегулированию споров и Апелляционный орган ВТО в своих действиях ограничены применением материальных норм права ВТО, и им не разрешено применять общие материальные нормы международного права или другого договорного права", Joel Trachtman. "The Domain of WTO Dispute Resolution", *supra* note 46 p. 342. Естественно, Трахтман допускает применение закрепленных в Венской конвенции о праве международных договоров правил толкования, а также любых других норм, которые были прямо включены. По его мнению, эти правила будут главным образом касаться процессуальных, а не материальных норм права.

²²⁴ См. раздел F ниже.

²²⁵ Отмечая этот аспект, Апелляционный орган использовал Международный Суд в качестве авторитетного источника для определения обычно-правового характера правил толкования, закрепленных в Венской конвенции о праве международных договоров. См. *United States - Standards of Reformulated Gasoline* (20 May 1996) WT/DS2/AB/R, DSR 1996:I, pp. 15-16. Обычно-правовой характер статьи 32 подтверждается в *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages* (4 October 1996) WT/DS8/AB/R, DSR 1996:I, p. 104. Подробнее см. Anja Lindroos and Michael Mehling, "Dispelling the Chimera...", сноска 42 выше, pp. 857-877.

договорами и экологическими соглашениями²²⁶. Третьей группой по делу о *креветках-черепахах* (1998 год) определено понятие "истощимых природных ресурсов" в пункте *g* статьи XX ГАТТ как включающее только "ограниченные ресурсы, например минералы, а не биологические или возобновляемые ресурсы". Апелляционный орган не согласился с этой точкой зрения. Это понятие необходимо толковать с учетом последних изменений: "общий термин «природные ресурсы», содержащийся в пункте *g* статьи XX, является не «статическим» в его толковании, а скорее «эволюционным по определению». Для выявления такого обновленного значения этого термина группа сослалась, среди прочих документов, на Рио-де-Жанейрскую декларацию 1992 года и Повестку дня на XXI век, Конвенцию о биологическом разнообразии 1992 года и Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву и тем самым достигла толкования, согласно которому охватываются все природные ресурсы, живые и неживые²²⁷.

169. Хотя по вопросу, касающемуся норм права, применимых в рамках ВТО, высказывалось много точек зрения, как представляется, выкристаллизовались две основные позиции. Согласно одной из позиций право ВТО, как часть международного права, действует в рамках общей системы норм и принципов международного права. Эту позицию можно объяснить, например, тем предположением, что, когда государства принимали марракешские соглашения, они делали это в соответствии с нормами и принципами международного права, и нет оснований, в отсутствие прямых соглашений об ином, предполагать, что эти нормы и принципы не будут впредь регулировать осуществление этих соглашений. Другая позиция сосредоточивается на положениях ДУС, которые требуют, чтобы третейские группы и Апелляционный орган не расширяли и не умаляли обязательства по охватываемым международным договорам. Однако в практике данные две позиции, возможно, будет вовсе нетрудно согласовать с почти любым видом практики в рамках ВТО. Последняя точка зрения может быть сопряжена с признанием даже широкого использования норм обычного международного права и

²²⁶ См. J. Cameron & J. Robinson, "The Use of Trade Provisions in International Environmental Agreements and the Compatibility with GATT", YBIEL, vol.2 (1991), p. 3. Хороший обзор прецедентного права до возникновения дела креветок-черепах (1988 года) см. Michael J. Trebilcock & Robert Howse, *The Regulation of International Trade* (London: Routledge, 1999) 2nd ed. pp. 397-420. См. далее Gabrielle Marceau, "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAS and other Treaties", *Journal of World Trade* vol. 35 (2001) pp. 1081-1131.

²²⁷ *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (6 November 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, pp. 2794-2797, paras. 127-131. Кроме того, она учла их истощаемость ссылкой на то обстоятельство, что все семь морских черепах были включены в перечень, содержащийся в Добавлении 1 к СИТЕС, *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (6 November 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998: VII, pp. 2797-8, paras. 132-3.

других международных договоров, поскольку они рассматриваются как включенные в право ВТО либо прямо (с помощью пункта 2 статьи 3 ДУС), либо косвенно с помощью ссылки на контекст, в котором заключались соглашения ВТО. В любом случае обе позиции могут быть совместимыми с весьма широким рядом видов практики (приблизительно как "монистические" и "дуалистические" позиции в рамках внутреннего права), включая такие заявления, как заявление третьей группы по делу 2000 года "*Корея - меры, затрагивающие государственные закупки*", которое цитировалось выше. Таким образом, как представляется, весьма мало принципиальных оснований для отхода от точки зрения, согласно которой нормы общего международного права дополняют нормы права ВТО, если только эта возможность не была прямо исключена, равно как и другие договоры, которые предпочтительно толковать в соответствии с договорами, охватываемыми ВТО²²⁸.

170. Это не исключает появления специфического "этоса ВТО" в толковании соглашений ВТО, равно как вполне можно усмотреть "правозащитный этос" в работе договорных органов по правам человека. Равным образом это не предотвращает отступления от обычных норм, касающихся ответственности государств, при осуществлении договоров ВТО. Наоборот, это было *raison d'être* создания системы ВТО и приобретает нормативную силу от норм *lex specialis* самого общего права. Даже если вполне ясно, что компетенция органов ВТО ограничивается рассмотрением претензий согласно охватываемым соглашениям (а не согласно, например, договорам о защите окружающей среды или о правах человека), при определении содержания соответствующих прав и обязательств органы ВТО должны помещать эти права и обязательства в общий контекст общего международного права (включая соответствующие договоры о защите окружающей среды и о правах человека).

171. Равным образом это никакая не идиосинкразия ВТО, а лишь развитие практики региональных торговых соглашений. Например, в деле *Фельдман против Мексики* Арбитражный суд САССТ должен был определить смысл выражения "экспроприация" согласно статье 1110 САССТ. Суд счел, что эта статья имеет "столь общий характер, что ее трудно применять в конкретных делах". Соответственно, он дал ей прочтение в контексте "принципов международного обычного права", чтобы уточнить, применяется ли она к действиям государства в отношении серого импорта сигарет²²⁹.

²²⁸ Недавняя работа, в которой поддерживается вторая позиция, - Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, сноска 21 выше.

²²⁹ *Feldman v. United Mexican States*, Award of 16 December 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, ILR, vol. 126 (2003), pp. 58, 65, para. 98.

3) *Выводы о взаимосвязи между автономными (специальными) режимами и нормами общего международного права при обычных обстоятельствах*

172. Ни один из договорных режимов, существующих сегодня, не является автономным в том смысле, что применение норм общего международного права будет в целом исключено. Напротив, договорные органы по правам человека и торговому праву, например, постоянно используют нормы общего международного права при осуществлении своих специальных режимов. Хотя государства располагают *полномочием* отступить от большинства норм общего права с помощью специальных систем ответственности или осуществления норм, вопрос о том, какие из этого вытекают выводы, зависит в некоторой степени от нормативного охвата или "толщины" режима. Сфера охвата какого-либо специального режима ответственности государств обычно определяется соответствующим договором. Из этого не следует предположение о том, что нормы общего права не будут применяться за рамками специальных положений. В случае взаимосвязанной совокупности норм, касающихся установления, осуществления изменения и прекращения режима, нормы общего права могут быть исключены более широким образом. Сама совокупность норм может регулироваться специальными принципами толкования, отражающими предмет и цель режима. Это может затрагивать, в частности, компетенцию органов, дающих толкование, на которые возложена задача содействовать достижению целей режима.

173. Наконец, самый широкий из автономных режимов - "экологическое право", "космическое право" и т.д. - взаимодействует с другими такими категориями или совокупностями, указывая специальные принципы, которые следует принимать во внимание. Для этого третьего смысла типично то, что он не имеет ни ясных пределов, ни строго определенной нормативной силы. Здесь появляются юридические соображения и элементы, касающиеся процесса принятия решений и претендующих на значимость, которые необходимо уравновешивать другими соображениями. Ни одно твердое исключение не подразумевается; значение этого заключается в том, что это указывает на факторы и виды практики, которые могут иметь большее или меньшее значение в зависимости от того, каким образом характеризуется рассматриваемая проблема (является ли она проблемой "торгового права"; является ли она проблемой "гуманитарного права" или же "права прав человека"?).

174. Как предположил в своей выдающейся статье по вопросу об автономных режимах Бруно Симма, основной вопрос, представляющий интерес, заключается в следующем: *"При каких обстоятельствах, если это вообще возможно, можно полагаться на общие*

правовые последствия международно-противоправных деяний"²³⁰. Как подчеркивалось выше, специальные докладчики никогда не рассматривали автономные режимы или подсистемы в качестве "закрытых правовых схем" в том смысле, что они полностью и окончательно исключают применение норм общего права. Минимальный вывод, который может быть сделан с учетом практики и литературы по этому вопросу, заключается в том, что статьи 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров всегда применимы, если только их применение конкретно не исключено другими принципами толкования. Это соображение было подтверждено практически всеми существующими международными правоприменительными органами²³¹. Поскольку эти статьи, в частности подпункт с) пункта 3 статьи 31, уже помещают толкование международных договоров в общий контекст прав и обязательств сторон, вопрос о применении норм общего международного права (т.е. норм общего обычного права и общих принципов права), как может представляться, становится несколько теоретизированным. То обстоятельство, что эти нормы всегда применимы, весьма убедительно подчеркивается как практикой, так и доктриной, и особенно трудами специалистов по общему публичному международному праву²³². Позиция, которую недавно занял Антонио

²³⁰ Simma, *Self-Contained Regimes*", сноска 199 выше, р. 118, курсив автора.

²³¹ Последние случаи такого подтверждения см. *Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia) I.C.J. Reports 2002*, р. 645-646, para. 37 (со списком отсылок к прежним решениям Суда в том же духе). Аналогичные случаи подтверждения этого в последнее время другими судами см., например, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages* (4 October 1996) WT/DS8/AB/R, point D, DSR 1996:I, pp. 104-6; *Restriction of the Death Penalty*, Judgment of September 8, 1983, OC-3/83, Int-Am. CHR Series A, No. 3, р. 76; *Ethyl Corp. v. Canada* (28 November 1997) NAFTA Arbitral Tribunal, ILR vol. 122 (2002), pp. 278-9, paras. 50-52) (отмечая, что Соединенные Штаты Америки также признали их статус обычая); *Waste Management Inc. v. Mexico* (2 June 2000), ICSID, ILR vol. 121 (2002), р.51, note 2. Европейский суд по правам человека также указал, причем уже на первом этапе, что он "готов рассмотреть вопрос о том, что он должен руководствоваться статьями 31-33 Венской конвенции", *Golder v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1975, ECHR Series A, No. 18, р. 14, para. 29. Недавно Суд подтвердил это ("Конвенцию следует толковать с учетом норм, установленных в Венской конвенции...") в решении по делу *Bankovic v. Belgium and others*, Decision of 12 December 2001, Admissibility, ECHR 2001-XII, р. 350-351, para. 55. Весьма широкую формулировку Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов Америки ("задача Трибунала заключается в толковании соответствующих положений Алжирского соглашения на основе Венской конвенции о праве международных договоров"), см. *Sedko Inc. v. NIOC, Iran-US C.T.R.*, vol. 9, 1985-I, р. 256 (со ссылками на предыдущие аналогичные формулировки).

²³² Обзор занимаемых позиций см. Аранджио-Руис, четвертый доклад, сноска 200 выше, стр. 47-49, пункты 99-106.

Кассезе, является здесь показательной. Рассматривая специальные процедуры, установленные в международных договорах о правах человека для контроля над осуществлением соответствующих международных договоров и принятия мер реагирования на их нарушения, он подчеркивает:

Предположение о том, что системы контроля, предусматриваемые в Пакте и Протоколе, должны запрещать государствам-участникам "выходить из" автономного режима, установленного Пактом, и прибегать к системе обычного права для принятия контрмер мирного характера, противоречило бы духу всей совокупности норм международного права, касающихся прав человека²³³.

175. Такая же позиция отражена в многочисленных научных трудах, посвященных международным договорам о правах человека. Паувелин кратко излагает данную позицию следующим образом:

В своих договорных взаимоотношениях государства могут "отступать по договоренности" от одной нормы, нескольких норм или, теоретически, от всех норм международного права (не являющихся нормами *jus cogens*), однако они не могут по договоренности выходить из системы международного права²³⁴.

176. Как отмечает Паувелин, для этого есть политические основания. Вместе с тем можно высказать и логический аргумент. Государства не могут по договоренности отступать от принципа *pacta sunt servanda*, если только не считается, что особый характер режима заключается в том, что он не порождает обязательств вообще (и даже в таком случае, как представляется, весьма затруднительно определить, на чем будет покоиться обязательная сила такого соглашения). В целом утверждение (которого почти никогда не слышно) о том, что автономные режимы полностью выведены за пределы норм международного права, напоминает о мнениях юристов, распространенных в конце XIX века, относительно (дуалистической) взаимосвязи между внутренним и международным правом²³⁵.

177. Согласно этой точке зрения, нормы общего международного права будут применимыми только в том случае, если они будут конкретно включены в качестве части специального режима. Какой бы ни была обоснованность этой точки зрения согласно

²³³ Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 208.

²³⁴ Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, сноска 21 выше, p. 37.

²³⁵ Фактически, эта аналогия проводится в Joel Trachtman, "Institutional Linkage: Transcending Trade and...", *AJIL*, vol. 96 (2002), pp. 89-91.

внутригосударственному праву, весьма трудно понять, каким образом она может относиться к взаимосвязи между международно-правовыми "режимами" и нормами общего международного права. В первую очередь такой режим, несомненно, приобретает или, возможно, не приобретает обязательную силу в соответствии с нормами общего международного права. Условия действительности и недействительности актов по установлению режима оцениваются с помощью общего права. Однако это означает также то, что большинство положений Венской конвенции о праве международных договоров - по крайней мере, ее положения общего права, включая прежде всего статьи 31 и 32, - автоматически и без включения *являются* частью такого режима: и действительно, только в силу Венской конвенции о праве международных договоров режим может быть идентифицирован в качестве такового и отграничен от остальной совокупности норм международного права. Так, в связи с одним из недавних дел Международный Суд установил, что компромиссное положение, согласно которому он вправе применять "нормы и принципы международного права", является излишним, если имеются в виду принципы толкования международных договоров:

...Суд в любом случае будет иметь право применять общие правила толкования международных договоров для цели толкования [соответствующего] международного договора²³⁶.

178. Фактически нет никаких свидетельств существования какого-либо режима норм, который претендовал бы на действительность или действовал бы независимо от Венской конвенции о праве международных договоров.

179. Во-вторых, - и в отличие от внутригосударственного права - международно-правовые режимы всегда являются частичными в том смысле, что они регулируют только некоторые аспекты поведения государств, предполагая при этом наличие большого числа других норм для того, чтобы такие режимы функционировали вообще. Они всегда находятся в "системных" условиях. В конечном счете, это является *самим смыслом общего характера* определенных норм обычного права или общих принципов права. Как подчеркнула в связи с *делом Джорджа Пинсона* Постоянная палата Третейского суда:

²³⁶ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia) I.C.J. Reports 1999*, p. 1102, para. 93.

Каждая международная конвенция должна автоматически считаться содержащей ссылку на общие принципы международного права в отношении всех вопросов, которые она сама по себе не решает с помощью ясных терминов и каким либо иным образом²³⁷.

180. Или, как позднее заявил Арбитражный трибунал ОСПАР:

Наша первейшая обязанность - применение Конвенции ОСПАР. Международному трибуналу также надлежит применять обычное международное право и общие принципы, если только, и в этих пределах, сторонами не создан *lex specialis*²³⁸.

181. Это также отражено в обширной юриспруденции, касающейся государственных контрактов. Сначала, возможно, было ощущение, что они существуют в юридическом вакууме. Однако после решения по делу *Саудовская Аравия против "АРАМКО"* (1958 года), отсылка на международное право как регулирующий правовой порядок стала обычной практикой. Трибунал заявил следующее:

Очевидно, что ни один контракт не существует *in vacuo*, не будучи основан на правовой системе. Заключение контракта не оставляется на неограниченное усмотрение сторон. Оно обязательно связано с тем или иным позитивным правом, которое наделяет юридической силой взаимные и согласные выражения намерения, изъятые сторонами²³⁹.

182. Даже если надлежащий правовой порядок такого рода контрактов может оставаться предметом определенных разногласий, большинство юристов согласятся с тем утверждением единоличного третейского судьи в решении по делу *"ТОПКО"/"КАЛАЗИАТИК"* (1977 года), что это "особая отрасль международного права:

²³⁷ "Every international convention must be deemed tacitly to refer to general principles of international law for all the questions which it does not itself resolve in express terms and in a different way." *Georges Pinson case (France/United Mexican States)* Award of 13 April 1928, UNRIAA, vol. V, p. 422.

²³⁸ *Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention* (Final Award 2 July 2003), para. 84, ILR, vol. 126 (2005), p. 364.

²³⁹ *Saudi Arabia v. ARAMCO*, ILR, vol. 27 (1963), p. 165.

международное право контрактов"²⁴⁰. Последствия этого были, вновь, изложены Трибуналом по урегулированию взаимных претензий Ирана и США:

В качестве *lex specialis* во взаимоотношениях между данными двумя странами этот международный договор заменяет собой *lex generalis*, а именно нормы обычного международного права... однако ...нормы обычного международного права могут быть полезными для заполнения возможных пробелов в нормах, установленных данным международным договором, определения значения не имеющих определений терминов в его тексте или, в более общем смысле, содействия толкованию и осуществлению его положений"²⁴¹.

183. Эти нормы и принципы включают, по меньшей мере, те нормы и принципы, которые касаются государственности, юрисдикции, представительства государств, правопреемства государств, установления и передачи суверенитета, привилегий и иммунитетов дипломатов, территориального статуса (например, свободы мореплавания в открытом море), норм о гражданстве, понятия "преступлений против человечности", не говоря уже обо всех различных нормах, которые не только становятся применимыми, но и являются иерархически более высокими по сравнению с нормами режима в силу статьи 103 Устава Организации Объединенных Наций. В своем обзоре практики Европейского и Межамериканского судов по правам человека член Европейского суда и председатель Межамериканского суда подробно говорят об использовании норм международного права, касающихся ответственности государств, иммунитета, юрисдикции, и "общих принципов права, признанных цивилизованными нациями" (не всегда отличимых от общих принципов *международного права*), их договорными органами. Они пришли к следующему выводу:

данные системы являются неотъемлемой частью общего и договорного международного права. Это означает, что идея фрагментации международного права... не имеет отношения к международным системам защиты прав человека"²⁴².

²⁴⁰ *Dispute Between Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. Libya*, ILM, vol. 17 (1978), p. 13, para. 32. Общий обзор развития и нынешнего состояния "международного инвестиционного права" см., например, Andreas Lowenfeld, *International Economic Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 387-493.

²⁴¹ *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, Iran-US C.T.R., vol. 15, 1987-II, p. 222, para. 112. Я признателен Карлосу Лопесу Уртадо за данную и некоторые другие ссылки и аргументы.

²⁴² Caflisch & Cancado Trindade, "Les conventions americaine et europeenne des droits de l'homme...", сноска 157 выше, pp. 60-61.

184. Чтобы выделить, возможно, очевидный момент, можно сказать, что не существует какой-либо специальной "нормы ВТО", касающейся государственности, или понятия транзитного прохода с точки зрения прав человека, как и не существует специальной нормы о государственных иммунитетах в рамках Европейского суда по правам человека или распространенного в ВТО понятия "исчерпаемых ресурсов". Кроме того, общие нормы действуют, если только их действие не было прямо исключено. Это мнение Камеры Международного Суда относительно применимости нормы о местных средствах правовой защиты в связи с делом о компании "ЭЛСИ". Камера не сомневалась в том, что:

...стороны какого-либо международного договора могут в нем либо договориться о том, что норма о местных средствах правовой защиты должна применяться к требованиям, основывающимся на предполагаемых нарушениях данного международного договора, либо подтвердить применимость этой нормы. И все же Камера считает себя способной признать, что важный принцип обычного международного права, как можно полагать, был молчаливо отклонен в отсутствие какой-либо формулировки, поясняющей намерение сделать это²⁴³.

185. Нормы общего права характеризуются именно их применением в целом, т.е. в той мере, в какой их применение не было прямо исключено. Нельзя с уверенностью утверждать, что эти части права, являющиеся "важными принципами", как определил Суд, действительны только тогда, когда они "включены" в соответствующие режимы. Какой-либо акт их включения никогда не имел места. Однако большее значение имеет то, что весьма трудно понять, каким образом те, кто устанавливал режим, могли договориться не включать такие общие принципы (т.е. не применять их). Прения по вопросу о компетенции новых государств по своему выбору и желанию прибегать к применению норм обычного права завершились после деколонизации без какого-либо решительного "отклонения" старого обычая. Лишь небольшое число субъектов обеспокоится установлением взаимосвязей с каким-либо специальным режимом, который означает полное отклонение всех норм общего международного права. Почему же в таком случае кто-либо (включая тех, кто устанавливает режим) будет воспринимать обязательства в рамках такого режима серьезным образом?

iii) Применение общих норм имеет место вследствие несрабатывания автономного режима

186. Третий случай - "несрабатывание" автономного режима - является таким случаем, который, по мнению большинства специалистов, влечет за собой задействование норм общего права. Вместе с тем мы весьма далеки от понимания того, что может означать

²⁴³ Elettronica Sicola S.p.A. (ELSI) (*United States of America v. Italy*), *I.C.J. Reports 1989*, p. 42, para. 50.

"несрабатывание". При оценке этого, несомненно, следует принимать во внимание характер режима²⁴⁴. Для большинства специальных режимов их *обоснование* заключается в укреплении норм права, касающихся какого-либо конкретного предмета, обеспечении более эффективной защиты определенных интересов или создании в большей мере учитывающей контекст (и в этом смысле более "справедливой") системы регулирования вопроса по сравнению с той системой, которая предлагается согласно нормам общего права. Представление докладов и индивидуальных ходатайств в договорные органы по правам человека, а также механизмы рассмотрения случаев несоблюдения согласно международным договорам о защите окружающей среды, несомненно, стремятся достичь как раз этой цели. То же самое является верным в отношении оперативной и эффективной системы урегулирования споров в рамках ВТО.

187. Иногда может возникать опасность того, что специальный режим фактически выхолащивает соответствующие обязательства. Например, это может быть вызвано значительной задержкой в рассмотрении индивидуальных ходатайств, непрофессиональным или пристрастным обсуждением национальных докладов или любым иным преднамеренным или непреднамеренным сбоем в функционировании институтов режима. Механизм урегулирования спора в рамках режима может функционировать столь медленно или столь неэффективно, что это будет продолжать причинять ущерб без каких-либо разумных перспектив справедливого урегулирования. В какой-то момент режим "не работает", и в такой момент для бенефициаров соответствующих прав должна открыться возможность обращаться к институтам и механизмам общего международного права.

188. Невозможно установить какие-либо общие критерии для определения того, что можно считать "несрабатыванием режима". Такое несрабатывание может носить либо материальный, либо процессуальный характер. Несрабатывание в материальном смысле имеет место тогда, когда режим потерпел полную неудачу в достижении цели, ради

²⁴⁴ См., например, Arangio-Ruiz, Fourth Report, *supra* note 200, pp. 40-41, paras. 115-116; Simma, "Self-Contained Regimes", сноска 199 выше, pp. 111-131; Denis Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public* (Paris: Pedone, 1994), pp. 278-291; Christian Sano Homs, "Self-Contained Regimes - No Cop-out for North Korea", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 24 (2000), pp. 99-123 и ряд эссе в Barnhoorn & Wellens, *Diversity in Secondary Rules*...сноска 12 выше. Идея о том, что какой-либо специальный режим, например правоустановления ВТО, "опирается" на нормы общего международного права, тогда как вопрос о степени вероятности "выхода из такого режима" остается вопросом толкования, также с пользой рассматривается в Pauwelyn, *Conflict of Norms*, сноска 21 выше, pp. 205-236.

которой он был установлен, т.е. когда, например, участники режима свободной торговли настаивают на своей протекционистской практике, загрязнение какого-либо водотока продолжается беспрепятственно, несмотря на торжественные обещания прибрежных государств - участников какого-либо локального международного договора о защите окружающей среды. В той мере, в какой такое несрабатывание режима может быть определено в качестве "существенного нарушения" в соответствии со статьей 60 Венской конвенции о праве международных договоров, пути, указанные в этой статье, должны быть открытыми для участников данного режима. Нельзя также исключать возникновение такой ситуации, при которой на факты, имеющие отношение к несрабатыванию режима, можно сослаться как на "коренное изменение обстоятельств" согласно статье 62 Венской конвенции о праве международных договоров.

189. Другой вариант - процессуальное несрабатывание режима, т.е. случай, когда институты режима не функционируют надлежащим образом. Например, они предусматривают репарацию, однако такая репарация не предвидится²⁴⁵. Когда речь идет о вопросе о том, в какой мере должны государства - участники специального режима продолжать прибегать к специальным процедурам, как представляется, уместными будут аналогичные соображения, как и в контексте требования об исчерпании местных средств правовой защиты, установленного в нормах права, касающихся дипломатической защиты. Касающиеся этого аспекта основные принципы закреплены в проектах статей 8-10 нынешнего проекта Комиссии относительно дипломатической защиты. В соответствии со статьей 10 исчерпания внутренних средств правовой защиты не требуется, когда:

- а) внутренние средства правовой защиты не дают никакой разумной возможности эффективного возмещения; б) существует необоснованная задержка в процессе осуществления правовой защиты, которая присваивается [предположительно несущему ответственность государству]²⁴⁶.

190. Как представляется, это положение будет применяться тогда, когда государство, потерпевшее ущерб, само является участником режима. Естественно, для тех, кто не является участником режима, нормы общего права продолжают иметь преимущественную силу. Однако какая ситуация может возникать в случаях, когда ущерб был понесен не формальным участником режима, но режим, тем не менее, не приводит к достижению указанной цели. Например, механизм, использующийся в случае несоблюдения, который

²⁴⁵ 205-236. Данный пример упоминается в четвертом докладе Аранджио-Руйса, сноски 200 выше, стр. 52, пункт 115а.

²⁴⁶ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/58/10), статья 10 [14], стр. 78.*

предусмотрен статьей 8 Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой, не обеспечивает соблюдения положений Протокола любой из сторон, которые часто нарушают свои обязательства по сокращению выбросов по статье 2 Протокола. Ряд государств - участников Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года по-прежнему совершают массовые нарушения прав человека, невзирая на мнения и заключения Комитета по правам человека. Когда другие стороны могут принять контрмеры в отношении государства, нарушающего свои обязательства по статьям 49 или 54 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния? На эти вопросы нет ясных ответов, однако представляется очевидным, что в какой-то момент необходимо будет "прибегнуть" к общим нормам, касающимся ответственности государств, включая контрмеры и общие механизмы урегулирования споров (например, обращение в Международный Суд согласно заявлению о признании обязательной юрисдикции, сделанному двумя участниками специального режима)²⁴⁷.

4. Выводы в отношении автономных режимов

191. Обоснование специальных режимов является таким же, что и обоснование *lex specialis*. Они в большей мере принимают во внимание особенности предмета, к которому они относятся; они регулируют предмет более эффективно, чем нормы общего права и неуклонно учитывают предпочтения своих участников. Когда применение норм общего права, касающихся мер реагирования на нарушения (особенно контрмер), может быть ненадлежащим или контрпродуктивным, такой автономный режим, как, например, система *persona non grata* согласно дипломатическому праву, может быть в большей мере приспособленным для устранения таких нарушений. Однако, как заметила Комиссия, в равной мере ясно, что если нормы общего права имеют характер *jus cogens*, то никакое отступление от них не допускается. Фактически, предположение представляется следующим: чтобы оправдать какое-либо отступление, специальные нормы "по крайней мере, имеют такую же юридическую силу, что и нормы, изложенные в настоящей статье"²⁴⁸.

²⁴⁷ Подробнее см. Simma, "Self-Contained Regimes", сноска 199 выше, pp. 118-135 and Alland, *Justice privée et ordre juridique...*, сноска 244 выше, pp. 290-291. Кроме того, как представляется, это соображение относится к несрабатыванию специального режима Европейского союза. См. также Laurence Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations économiques internationales* (Geneve: Pedone 1992), p. 185.

²⁴⁸ Проект статей об ответственности государств, комментарий к статье 55, пункт 2, в *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/56/10)*, стр. 370.

192. Однако никакой режим не является автономным. Даже в случае хорошо разработанных режимов общее право предусматривает, по меньшей мере, два вида функций. Во-первых, оно обеспечивает нормативную основу, которая используется для регулирования аспектов функционирования режима, которые им конкретно не предусмотрены. В случае распада государства - участника спора, рассматриваемого в рамках системы урегулирования споров ВТО, например, общие нормы, касающиеся правопреемства государств, будут определять на взаимной основе судьбу любых требований, выдвинутых распавшимся государством или в отношении него. В настоящем докладе показаны некоторые пути, с помощью которых такое дополнение имеет место. Во-вторых, нормы общего права могут также действовать в том случае, если специальный режим не срабатывает надлежащим образом. Такое несрабатывание может носить материальный или процессуальный характер и, по меньшей мере, некоторые пути, открытые для участников режима в таких случаях, изложены в самой Венской конвенции. Нормы, касающиеся ответственности государств, могут также быть уместными в таких ситуациях.

193. В-третьих, термин "автономный режим" неправилен. Нет правовых режимов, которые изолированы от общего международного права. Весьма сомнительно, возможна ли вообще такая изоляция: какой-либо режим может (или не может) обрести юридически обязательную силу ("действительность") только с помощью ссылки на (действительные и обязательные) нормы или принципы, находящиеся *за его пределами*. В ходе предыдущих прений в рамках Комиссии по вопросу об "автономных режимах", "режимах" и "подсистемах" никогда не высказывалось предположения о том, что они будут герметически изолированными от общего права. Полезно отметить, что статья 42 Венской конвенции о праве международных договоров содержит "мюнхаузенское положение", которое имеет прямое отношение к данному случаю, поскольку оно помещает каждый правовой режим в свои рамки. В соответствии с этим положением:

"Статья 42

Действительность и сохранение договоров в силе

1. Действительность договора или согласия государства на обязательность для него договора может оспариваться только на основе применения настоящей Конвенции".

194. Можно считать, что это тот "минимальный уровень", на котором Венская конвенция регулирует любые вопросы, возникающие в сфере установления режима и его осуществления. С помощью этого, а также изложенного выше обоснования каждый специальный режим увязывается с общим международным правом тремя путями:

1) условия действительности специального режима, в том числе действительности его установления, определяются принципами общего международного права;

2) поскольку специальный режим является "специальным", он не предусматривает все условия своего функционирования. Общее право обеспечивает ресурсы для этой цели. Это не является вопросом включения общего права в специальный режим, но вытекает из "общего характера" данного общего права или, другими словами, из системного характера международного права. Общее международное право воздействует на функционирование специального режима прежде всего тремя различными путями:

a) общее международное право (т.е. общие обычаи и общие принципы права) заполняет пробелы в специальном режиме и обеспечивает толковательную направленность для его функционирования;

b) большинство положений Венской конвенции о праве международных договоров (в том числе, прежде всего, статьи 31 и 32) являются действительными в качестве норм обычного права и применимыми в том смысле, на который указывает подпункт a);

c) общее международное право содержит принципы иерархии, которые контролируют функционирование специального режима прежде всего при определении императивных норм международного права, а также при предоставлении ресурсов для определения в случае коллизии того, какому режиму следует предоставить приоритет или, по меньшей мере, какие последствия вытекают из нарушения требований одного режима в результате обращения в другому режиму (как правило, ответственности государств);.

3) наконец, общее международное право предусматривает последствия "несрабатывания" специального режима. Однако момент "несрабатывания" специального режима не всегда может быть определен в рамках этого режима. Неспособность достоверного установления факта несрабатывания режима может быть именно одним из аспектов такого несрабатывания, например тогда, когда специальная система урегулирования споров прекращает свое функционирование.

5. Регионализм

a) Что такое "регионализм"?

195. "Регионализм" не занимает заметного места в трактатах по международному праву. Там же, где на него обращается внимание, он редко принимает форму "нормы" или

"принципа"; равным образом он не обозначает какой-либо материальной области права наравне с "правами человека" или "правом торговли". Вопрос о регионализме обычно затрагивается в связи с рассмотрением вопроса о всеобщности международного права, его историческом развитии или о разнообразных влияниях, которые восприняли его основные разделы. Лишь в редких случаях он возникает в открыто нормативном виде как своего рода *lex specialis*, который либо предназначен для применения модифицированной общей нормы, либо, возможно, в первую очередь служит отступлением от такого рода нормы.

196. Регионализм прочно вошел в тематику дебатов по внешней политике. Дискуссии о наилучших подходах к регулированию, например в вопросах экономической политики или коллективной безопасности, обычно воспринимают преимущества институциональных структур, более узких, чем универсальные. В конце второй мировой войны, когда между великими державами шла дискуссия по поводу Объединенных Наций, выбор между регионализмом и универсализмом во многом определял планы насчет послевоенной системы коллективной безопасности. Так, Черчилль первоначально был сторонником региональной системы - "Совет Европы и Совет Африки под общей крышей всемирной организации"²⁴⁹. Когда в ходе дискуссий начала возобладать идея единой системы под руководством Совета Безопасности, в Сан-Франциско была выражена озабоченность тем, что таким образом открыта дверь к вмешательству держав извне в решение вопросов региональной безопасности (прежде всего в Латинской Америке)²⁵⁰.

197. В ряде случаев определенные направления юридического метода, например "англо-американский подход", или политика, принятая теми или иными группами государств, или характерные для них, например "подходы третьего мира", также поднимают вопросы регионализма. Дискуссии по правам человека и культурному релятивизму также время от времени высвечивают эти линии напряжения. В таких дискуссиях основное внимание уделяется вопросу о том, должны ли определенные нормы или принципы, включая понятия прав человека, автоматически применяться на универсальной основе. Каковы масштабы региональных различий в системе, призванной быть универсальной?

²⁴⁹ W.G. Grewe, "The History of the United Nations" в Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 1995), p. 7.

²⁵⁰ См., например, Ruth Russell and Jeannette E Muther, *A History of the United Nations Charter. The Role of the United States 1940-1945* (Washington: Brookings, 1958) pp. 688-712. Stephen C. Schlesinger, *Act of Creation. The Founding of the United Nations* (Boulder: Westview, 2003) pp. 175-192.

198. Различные значения выражения "регионализм" как элемента юридической и политической риторики требуют анализа реального воздействия этого понятия в связи с вопросом фрагментации международного права, ныне рассматриваемым в Комиссии. В этой связи указывается на по крайней мере три разных значения "регионализма", которые конкретно соотносятся с международным правом и заслуживают внимания.

б) "Регионализм" как совокупность подходов или методов изучения международного права

199. В своем первом и наиболее общем значении этот термин служит для обозначения конкретной направленности юридической мысли и культуры. Например, иногда говорят, что имеется "англо-американская" или "континентальная" традиция международного права, хотя зачастую особость таких традиций отрицается²⁵¹. Позднее стало общим местом то утверждение, что имеются особые "советские" доктрины или "подходы третьего мира" к международному праву²⁵². В определенной мере понятие различных правовых культур закреплено, например, в положении о Комиссии международного права, чья статья 8 требует, что "весь состав Комиссии в целом должен обеспечивать представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира". Состав многих других международно-правовых органов также, как ожидается, должен соответствовать этой модели, отраженной в общераспространенной, хотя и, как правило, неофициальной практике выборов в ООН в соответствии с принципом "справедливого географического распределения". Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций время от времени обращает внимание на важность этого принципа, как в 2002 году, когда она *"призвала"* государства - участники договоров Организации Объединенных Наций о правах человека создать системы распределения квот по географическим регионам для избрания членов договорных органов"²⁵³.

²⁵¹ См., в особенности, Hersch Lauterpacht, "The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law", BYBIL, vol. 12 (1931), pp. 31-62. See also e.g. Edwin D. Dickinson, "L'interprétation et l'application du droit international dans les pays anglo-américains", *Recueil des cours...*, vol. 129 (1970), pp. 305-395.

²⁵² Antony Anghie & B.S. Chimni, "Third World Approaches to International law and Individual responsibility in International Conflicts" в Steven R. Ratner & Anne-Marie Slaughter, *The Methods of International Law* (Washington : ASIL, 2004), pp. 185-210. О "советской" и "российской" доктринах см. K. Gryzbowski, *Soviet Public International law: Doctrines and Diplomatic Practice* (Leiden: Sijthoff, 1970); Tarja Långström, *Transformation in Russia and International Law* (The Hague: Nijhoff, 2002).

²⁵³ См. A/RES/56/146 (2002).

200. Несомненно, всегда имелись региональные и местные подходы к международному праву или даже его "культуры", и большая часть соответствующей литературы посвящена прослеживанию их влияния на общее международное право. Так, например, сегодня опять часто говорят о роли "европейской традиции" международного права²⁵⁴.

В исторических исследованиях также детально изучается "американская традиция международного права"²⁵⁵ и ведутся дискуссии по поводу роли Америки или Азии в развитии международного права²⁵⁶. С XIX столетия часто подчеркивается особый характер и влияние Латинской Америки на международное право²⁵⁷.

201. Несомненно, можно проследить социологическое, культурное и политическое влияние конкретных регионов на международное право. Однако такие исследования по сути не затрагивают вопроса фрагментации. В них не утверждается, что те или иные нормы должны трактоваться или применяться особым образом, поскольку они возникли по "региональному" наитию. Напротив, такие региональные влияния представляются значительными именно потому, что они утратили свой первоначальный ограниченный по географическому признаку характер и стали вносить вклад в развитие универсального международного права. Они остаются историческими или культурными источниками или сохраняющимися в большей или меньшей степени политическими влияниями на международное право.

²⁵⁴ См., в особенности, серию симпозиумов по "европейской традиции в международном праве" в ЕЖМП после 1990 года.

²⁵⁵ См., например, Mark W. Janis, *The American Tradition of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

²⁵⁶ См. T.O. Elias, *Africa and the Development of International Law* (Leiden: Sijthoff, 1972); R.P. Anand, "The Role of Asian States in the Development of International Law" in R-J. Dupuy (ed.), *The Future of International Law in a Multicultural World* (The Hague: Nijhoff, 1983), p. 105. Во многих статьях в "Журнале истории международного права", опубликованных с 1999 года, исследуется вопрос о региональных влияниях и развитии в историческом ретроспективе.

²⁵⁷ См. дело *Asylum (Colombia/Peru) I.C.J. Reports 1950* (особое мнение судьи Альвареса), стр. 293-294. Общий обзор дискуссии XIX столетия см. Hector Gros Espiel, "La doctrine du Droit international an Amérique Latine avant la première conférence panaméricaine", *Journal of the History of International Law*, vol. 3 (2001), pp. 1-17. См. также Liliana Obregón, *Completing Civilization: Nineteenth Century Criollo Interventions in International Law* (mimeографированное издание, на авторском файле). Главным сторонником этой идеи в XX веке, несомненно, был Алехандро Альварес. См., например, его "Latin America and International law", *AJIL* vol. 3 (1909), pp. 269-353.

202. Среди юристов-международников весьма прочно устоялось то представление, что независимо от таких влияний само право должно трактоваться как универсальное целое. Как в 1987 году отметил сэр Роберт Дженнингс:

...первейший и важнейший общий принцип публичного международного права есть его качество универсальности. Иными словами, его признание в качестве действительного и применимого во *всех* странах, вне зависимости от их культурных, экономических, социально-политических или религиозных традиций и истории²⁵⁸.

203. Тем не менее, как отмечает сам Дженнингс,

...это, разумеется, не означает, что нет места для региональных различий, возможно даже по принципиальным вопросам... Универсальность не означает единообразия. Оно, однако, означает, что такого рода региональное международное право при всех различиях представляет собой элемент всей системы, а не отдельную систему, и в конечном счете черпает свою действительность из системы в целом²⁵⁹.

204. Если регионализм сам по себе не имеет таким образом автоматической нормативной силы, его значение усиливается тогда, когда он соединяется с функциональной дифференциацией. Это означает, что если раньше движущими силами развития международного права, возможно, выступали географические регионы, то сегодня такими силами нередко являются те или иные круги, диверсифицированные в глобальном разрезе: торговые круги, лобби глобализации, экологические или правозащитные группы и т.п. Язык "третьего мира" уже отразил этот сдвиг. Хотя государства этой группы иногда определяются в географических терминах, например, как "Юг", это имеет своей целью обозначить не особое географическое свойство (такое, как, например, климат), общее для них, а определенную однородность, основанную на близости интересов, ценностей или политических целей. Функциональная дифференциация - появление особых видов права, стремящихся дать ответ на конкретные виды ("функциональных") проблем, таких, как "правозащитное право" или "экологическое право" и т.п., - безусловно, находится (с точки зрения социологии) в центре явления фрагментации и диверсификации международного права. Этот вопрос, однако, рассматривается в других частях настоящего доклада и здесь нет нужды останавливаться на этом.

²⁵⁸ Robert Jennings, "Universal International law in a Multicultural World" в Maarten Bos & Ian Brownlie, *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (Oxford: Oxford University Press, 1987); также опубликовано в *Collected Essays of Sir Robert Jennings* (The Hague: Kluwer, 1998), p. 341.

²⁵⁹ Jennings, *ibid.*, p. 342.

с) "Регионализм" как метод установления международно-правовых норм

205. Второе значение регионализма - привилегированный форум для установления международно-правовых норм. Часто предполагают, что международное право разрабатывается или должно разрабатываться в региональном контексте, поскольку относительная однородность интересов или мировоззрения субъектов тем самым обеспечит более действенное или справедливое осуществление соответствующих норм. Наличие мощной культурной общности лучше обеспечивает легитимность регламентаций, равно как и их одинаковое понимание и применение. Этим, возможно, объясняется то, почему правозащитные режимы и режимы свободной торговли, несмотря на провозглашенные универсалистские идеи о правах человека или общих рынках, всегда возникали в региональном контексте.

206. В этом состоит один из аспектов общего аргумента в пользу контекстуализации, уже обсуждавшийся выше в разделе, посвященном *lex specialis*: близость к контексту лучше отражает интересы и согласие соответствующих сторон. В общем плане, с точки зрения права, региональный подход часто может оказываться более эффективным для движения вперед²⁶⁰. Как права человека, так и экономическая интеграция дают примеры рассуждений такого рода. В более широком плане формирование регионализма иногда связано с социологическими теориями международного права, прежде всего воззрениями, подчеркивающими естественную тенденцию развития от государств к более крупным составным частям международного правительства.

207. В социологической ("объективистской") теории международного права, представленной, например, Жоржем Селлем, регионализм выступает как проявление того, что он назвал "федеральным феноменом", - процесс постепенного и проходящего последовательные стадии превращения отдельно взятых государств в более крупные нормативные единицы в результате расширяющихся кругов "солидарности". Он писал, что это может происходить в результате естественной близости соседних государств (общность истории языка, религии и т.п.), а также в силу необходимости разделения труда (как в региональной экономической интеграции) или в условиях общей угрозы (как в случае создания систем региональной безопасности)²⁶¹. Позднее теории

²⁶⁰ Достаточно глубокий разбор регионального сотрудничества между африканскими, американскими, бывшими социалистическими и западноевропейскими государствами вместе с рассмотрением региональных комиссий ООН и региональных банков развития см. Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopaedia of International Law* (Amsterdam: Elsevier, 2000), vol. IV, pp. 100-161.

²⁶¹ Scelle, *Cours de droit...*, сноска 69 выше, p. 253.

взаимозависимости и международных режимов в исследованиях международных отношений, а также социология глобализации стали указывать на преимущества управления через структуры, большие чем государства, включая региональные структуры.

208. Такие исследования вызвали разные политические оценки. Например, Хедли Булл указывает на привлекательные стороны регионализма третьего мира: он имеет преимущества функциональности и солидарности для слабых государств и может использоваться для предотвращения угрозы доминирования великих держав, которая может возникнуть из-за участия в глобальных или других более широких сферах сотрудничества²⁶². Другие теоретики в свою очередь приняли диаметрально противоположную точку зрения и рассматривают регионализм как инструмент гегемонии. Согласно такой точке зрения, регионализм может зачастую означать создание более крупных пространств или "блоков" гегемонии - примером здесь, возможно, могла бы послужить доктрина Монро - великой державой, чтобы добиться господства или изменить соотношение сил, нарушенное в результате деятельности другой державы в каком-либо другом месте мира²⁶³.

209. Разумеется, существует огромная литература по характеру, преимуществам и недостаткам регионализма как инструмента политики сотрудничества и гегемонии²⁶⁴. Сомнительно, однако, что такого рода социологические воззрения и исторические спекуляции безотносительно к их достоинствам способны существенным образом способствовать рассмотрению фрагментации международного права. В них также

²⁶² Hedley Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics* (London: Macmillan, 1977) pp. 305-6. Анализ преимуществ и недостатков "комплексов" региональной безопасности, находящихся на промежуточном уровне между государствами и глобальными системами безопасности, см., например, Barry Buzan, *People, States, & Fear. An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era* (New York, Harvester, 1991), 2nd ed., pp. 186-229. О поддерживающих друг друга и при этом противостоящих силах экономической глобализации и регионализации см., например, Charles Oman, "Globalization, Regionalization and Inequality" в Andrew Hurrell & Ngaire Woods (eds.), *Inequality, Globalization, and World Politics* (Oxford: Oxford University Press, 2000), pp. 36-65.

²⁶³ См., в частности, Carl Schmitt, *Der nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (Berlin: Duncker & Humblot 1950). Об этом же см. Wilhelm Grewe, *The Epochs of International Law* (Berlin: De Gruyter, 2000), pp. 458 et seq.

²⁶⁴ См., например, Richard Falk & Saul Mendlowitz (eds.), *Regional Politics and World Order* (San Francisco: Freeman, 1973); Winfried Lang, *Die internationale Regionalismus* (Springer: Wien, 1982) и сборник эссе в Joseph S. Nye, *International Regionalism. Readings* (Boston: Little & Brown 1968).

региональное сотрудничество зачастую воспринимаются в функциональной перспективе как частный случай более общей необходимости либо сотрудничества государств ради достижения общих целей, либо привлечения ими партнеров для достижения, сохранения или противодействия гегемонии. Как частный случай теорий о логике сотрудничества и рационального выбора регионализм утрачивает свою специфику как проблема и скорее должен рассматриваться в связи с функциональной диверсификацией международного сообщества в целом, в частности проблемой специальных режимов, рассмотренной в предыдущем разделе настоящего доклада.

210. Тем не менее здесь следовало бы упомянуть один аспект, а именно регионализм в связи с правом торговли. Несмотря на активное продвижение к глобальному торговому режиму в рамках системы ГАТТ/ВТО, региональных торговых соглашений (РТС) стало заключаться не меньше, а как раз наоборот. Например, на последних этапах Уругвайского раунда в 1990-1994 годах секретариат ГАТТ был уведомлен о 33 РТС, тогда как в период с января 2004 года по февраль 2005 года он был уведомлен о в общей сложности 43 РТС, что "стало периодом наибольшего умножения РТС в анналах истории"²⁶⁵. С технической точки зрения, хотя такие соглашения, очевидно, либерализуют торговлю между их участниками, они же ограничивают торговлю с внешним миром. Конкретное оправдание РТС содержится в статье XXIV ГАТТ, и, хотя повсеместны дискуссии относительно сферы охвата этого положения, в системе ВТО принято (вполне понятное) мнение, выраженное Апелляционным органом, относительно необходимости его ограничительного толкования²⁶⁶. Тем не менее ввиду трудностей и споров, связанных с созданием универсальной торговой системы, в настоящее время конца заключению РТС не предвидится.

d) "Регионализм" как стремление добиться географических исключений из универсальных норм международного права

211. Однако регионализм мог бы иметь больший смысл, если бы под ним понималась норма или принцип с региональной сферой действия или региональным *ограничением* сферы действия универсальной нормы или принципа. В первом (позитивном) значении норма или принцип были бы обязательны только для государств, обозначенных в качестве

²⁶⁵ Friedl Weiss, "Coalitions of the Willing: The Case for Multilateralism vs. Regional and Bi-lateral Arrangements in World Trade" в C. Calliess, G. Nolte & P-T. Stoll, *Coalitions of the Willing. Avant-garde or Threat* (Cambridge Cambridge University Press, 2006, готовится к печати). См. также раздел D. 4.a) i) ниже.

²⁶⁶ См. *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, 31 May 1999, WTO/DS34/R, para. 9.92.

членов конкретного региона²⁶⁷. Во втором (негативном) значении регионализм освобождал бы государства определенного географического района от обязательной силы в противном случае универсальной нормы или принципа.

212. С такими тезисами связано много проблем, в не последнюю очередь выделение соответствующего "региона" и, в особенности, навязывание такого выделение государству, которое его не придерживается. Ибо *нормативный* регионализм должен быть явным образом отличен от обычного случая многостороннего договора между государствами данного региона или комплекса сходной практики государств, равноценного региональному обычаю. В последних двух случаях договорная или обычная норма становится обязательной для соответствующих государств в силу их согласия с нею. То, что государства относятся к одному региону, служит лишь фактическим ингредиентом их отношений, не имеющим большего значения с точки зрения обязательной силы или толкования данной нормы, чем их национальный состав или экономическая система²⁶⁸. Вместо того чтобы иллюстрировать независимую нормативную силу региональных привязок, такие дела относятся к обсуждению *lex specialis* выше²⁶⁹.

213. Отдельный, гораздо более сложный случай - когда утверждается, что региональная норма (на основе либо договорной практики, либо обычая) обязательна для государства, даже если данное государство прямо не приняло или признало ее. Такова ситуация, рассмотренная Международным судом в деле об *убежище* (1950 года) и *Айя де ла Торре* (1951 года), хотя это и не позволяет сделать окончательный вывод. В данном случае Колумбия, в частности, утверждала, что сложилось "американское" или

²⁶⁷ Это имеется в виду, например, в Dietrich Schindler, "Regional International Law", в Bernhardt, Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopaedia of International Law* (Amsterdam: Elsevier, 2000), vol. IV, pp. 161, 161-165.

²⁶⁸ Разумеется, это не означает, что это не будет иметь вообще никакого значения. Например, в деле Айя де ла Торре Международный Суд счел себя вправе дать толкование статьи 2 соответствующей (Гаванской) конвенции "сообразуясь с латиноамериканской традицией в вопросах убежища", *Haya de la Torre case (Colombia v. Peru)*, *I.C.J. Reports 1951*, p. 81.

²⁶⁹ Таковы многие региональные организации. Их "региональный" характер не отличает их от других многосторонних организаций. Это, например, означает, что не все государства соответствующего региона всегда участвуют в них и что их компетенция даже в таком случае не распространяется на неучаствующие государства. Schindler, "Regional International Law", p. 161.

"латиноамериканское" право, касающееся вопроса дипломатического убежища²⁷⁰. Согласно судье Альваресу, оно основывалось на "желании" латиноамериканских государств "со времени их независимости" "изменить право в целях приведения его в соответствие с интересами и чаяниями их континента"²⁷¹. Здесь определена как цель, так и обоснование регионализма: цель заключается в том, чтобы *отойти* от общего права, в то время как обоснование этого проистекает отчасти от согласия (желания), а отчасти по социологическим основаниям относительно уместности в данном регионе. Нормативная сила этого права была столь же очевидна для Колумбии, что и для Альвареса. По мнению Колумбии, региональное право применяется даже в отношении тех государств региона, которые не принимают его²⁷². Альварес со своей стороны тоже утверждал, что оно не только "обладает обязательной силой для всех государств Нового света", как и для всех других государств "в вопросах, затрагивающих Америку"²⁷³, но и "обладает обязательной силой для всех других государств нового света", хотя бы и без "признания ее всеми [ими]"²⁷⁴.

214. Вопрос о регионализме часто возникает в связи с нормами, которые, как утверждают, имеют конкретное происхождение или сферу применения в Южной

²⁷⁰ См. в первую очередь "Observations du gouvernement du Colombie sur l'existence du droit international américain. Réplique de gouvernement Colombien" (20 IV 50), ICJ, *Asylum case (Colombia/Peru) Pleadings*, vol. I, pp. 330-334.

²⁷¹ *Asylum case (Colombia/Peru) I.C.J. Reports 1950* (особое мнение судьи Альвареса), p. 293. Сходным образом судья Рид указал на наличие "совокупности норм обычного и договорного права, дополняющей универсальное международное право и регламентирующей межгосударственные отношения в панамериканском мире", *Asylum case (Colombia/Peru)*, ICJ Reports (1950) (особое мнение судьи Рида), p. 316.

²⁷² "Mémoire du Gouvernement Colombien", *Haya de la Torre case (Colombia v. Peru) Pleadings 1951*, pp. 25-27.

²⁷³ "Универсальное международное право оказывается ныне в пределах континентального и регионального права, и все таковые системы воспринимают новые тенденции согласно тем, которые названы в преамбуле и главе 1 Устава Организации Объединенных Наций; такие тенденции отражают всецело американский, международный дух", *Asylum case (Colombia/Peru)*, I.C.J. Reports 1950 (особое мнение судьи Альвареса), p. 294.

²⁷⁴ *Asylum case (Colombia/Peru)*, I.C.J. Reports 1950 (особое мнение судьи Альвареса), p. 294.

Америке, например знаменитыми доктринами Кальво, Драго и Тобара²⁷⁵. Тем не менее ни одна из этих доктрин так и не получила общего признания, и сегодня их значение представляется сомнительным. В деле об убежище сам Суд не сказал ничего конкретного о концептуальной возможности наличия конкретных региональных норм международного права в вышеназванном строгом значении (т.е. норм, автоматически связывающих государства региона и обязательных для других в их отношениях с этими государствами)²⁷⁶. Он лишь указал, что дела, на которые ссылалась Колумбия в обоснование наличия региональной нормы дипломатического убежища, возможно, были продиктованы соображениями пользы или политической целесообразности. Не было представлено доказательств того, что они могли возникнуть в силу чувства юридической обязанности²⁷⁷. Однако наиболее важный момент заключается, возможно, в том, что Суд рассмотрел аргумент Колумбии как аргумент со ссылкой на обычное право и отклонил его в силу того, что Колумбия не представила необходимых доказательств. Иными словами, в судебном решении "регионализм" прямо не обсуждался, и еще менее в нем можно усмотреть поддержку регионализма в строгом смысле, о котором говорилось выше.

²⁷⁵ Согласно одной из версий доктрины Кальво международная ответственность в отношении контрактов, заключенных с иностранными частными подрядчиками контрагентом-государством, исключается. Другая формулировка описывает ее как положение контракта, в соответствии с которым "иностранец соглашается не обращаться к своему государству гражданства по каким бы то ни было вопросам, вытекающим из контракта". Обычно оно включалось (или предлагалось) в качестве условия инвестиционных контрактов, а также называлось в качестве конкретной нормы южноамериканского регионального права. См., например, D. P. O'Connell, *International Law*, сноска 77 выше, vol. II, pp. 1059-1066, и Eduardo Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility" в Max Sorensen, *Manual of Public International Law* (London: Macmillan, 1968), pp. 590-593. Относительно ее (оспариваемой) актуальности сегодня см. Christopher K. Dalrymple, "Politics and Foreign Investment: The Multilateral Investment Guarantee and the Calvo Clause", *Cornell International Law Journal* vol. 29 (1996), p. 161, и Denise Manning-Cabrol, "The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors", *Law & Policy in International Business*, vol. 26 (1995), p. 1169. Доктрина Драго предусматривала исключения из общих норм ответственности государств в отношении государственных займов, O'Connell, *International Law*, сноска 77 выше, vol. II, pp. 1003-4. В свою очередь доктрина Тобара связана с заявленной обязанностью непризнания правительств, пришедших к власти неконституционным путем. O'Connell, сноска 77 выше, vol. I, p. 137.

²⁷⁶ Хотя он и сделал намек в этом смысле, сославшись на "одну из наиболее прочно устоявшихся традиций Латинской Америки, а именно невмешательство", *Asylum case (Colombia/Peru)*, *I.C.J. Reports 1950*, p. 285.

²⁷⁷ *Asylum case (Colombia/Peru)*, *I.C.J. Reports 1950*, pp. 276-277.

215. На самом деле мало что поддерживает тот тезис, что регионализм мог бы иметь нормативную основу, чем-то отличную от регионального обычного поведения, сопровождающегося, разумеется, необходимым *opinion juris* со стороны соответствующих государств. В таких случаях государства других регионов не связывались бы автоматически соответствующим региональным обычаем, если только не имеется конкретного указания о том, что они могли принять его либо положительно выраженным, либо молчаливым образом (или, возможно, в виде незааявления протеста). Это также сделало бы любые дискуссии относительно конкретного нормативного содержания (в отличие от исторического, социологического или технико-юридического содержания) регионализма излишними. Вместе с тем все же, возможно, стоило бы выделить два конкретных момента.

216. Первый из них - это вопрос об оппозиции регионализм - универсализм в праве в области прав человека. Хотя он идет глубже, затрагивая философский вопрос культурного релятивизма, и как таковой выходит за рамки проекта КМП по фрагментации, можно было бы отметить один подход к нему. Это - думать о "вызовах регионализма" не в терминах исключений из универсальных норм, а, как выразился Эндрю Харрелл, "главным образом в терминах осуществления"²⁷⁸. Это означало бы понимание региональных различий не в терминах исключений, а как варьирующееся, зависящее от контекста осуществление и применение общих стандартов. В таком случае и этот вопрос мог бы быть отнесен к более общему вопросу о связи между общим и специальным правом, не отличающимся от общей проблемы применимости и пределов *lex specialis*.

217. Второй момент - вопрос связи между универсализмом и регионализмом в рамках системы коллективной безопасности ООН или, иными словами, вопрос о связях между главами VII и VIII Устава. Здесь остаются открытыми такие вопросы, как определение того, что может считаться региональными "соглашениями" или "органами", а также когда действие может считаться "подходящим" согласно пункту 1 статьи 52. Вместе с тем наиболее важный вопрос, по-видимому, касается приоритета компетенции региональных органов и соглашений по принятию принудительных действий по отношению к Совету Безопасности²⁷⁹. Согласно пункту 2 статьи 52 члены региональных органов или

²⁷⁸ Andrew Hurrell, "Power, Principles and Prudence: Protecting Human Rights in a Deeply Divided World" в Tim Dunne & Nicholas J. Wheeler (eds.), *Human Rights in Global Politics* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), pp. 294-297.

²⁷⁹ Полезный анализ см. For a useful overview, see Hummer & Schweitzer, "Article 52", in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary* (Oxford: Oxford University Press 1995), pp. 683-722.

участники региональных соглашений должны приложить все свои усилия для разрешения своих споров до передачи этих споров в Совет. При всех разногласиях относительно того, как надо двигаться дальше, представляется очевидным, что действие регионального органа или соглашения не может считаться "исключением" из сферы компетенции Совета Безопасности, который в любое время может рассмотреть вопрос, если он считает это необходимым, поскольку, например, региональные действия не были или скорее всего не будут "подходящими" или "действенными". В этой связи главу VIII следует рассматривать как свод функциональных положений, нацеленных на установление наиболее подходящего уровня для решения конкретных вопросов при должном учете вопросов "субсидиарности"²⁸⁰.

е) Европейская интеграция

218. Наконец, стоит кратко упомянуть Европейский союз. Как хорошо известно, ЕС начался как таможенный союз с заключением в 1957 году Римского договора об учреждении Европейского экономического сообщества. С тех пор договоры о его учреждении неоднократно изменялись, и ныне действующий договор - Договор о Европейском союзе (заключен в Маастрихте в 1992 году, поправки внесены в Амстердаме в 1997 году и в Ницце в 2001 году) - намного выходит за рамки экономического соглашения. Считается, что деятельность Союза состоит из трех "опор", одна из которых связана с наиболее наднациональными нормами о деятельности "Сообщества", а две других - с более "межправительственными" областями общей внешней политики и политики безопасности (ОВПБ) и сотрудничества в области правосудия и внутренних дел. Европейская интеграция глубоко преобразовала характер правовых отношений между странами ЕС. Согласно знаменитому высказыванию Европейского суда, учредительные договоры - это не просто международные соглашения, а своего рода "конституционная хартия" ЕС²⁸¹. Ими создан особого рода правовой порядок в отношениях между государствами-членами, и тем самым они толкуются и применяются таким образом, что это необязательно согласуется с тем, как толкуются и применяются "обычные" соглашения.

219. Нет необходимости углубляться в специфику правоотношений между членами ЕС. Один феномен, который способствует фрагментации, - это то, как Союз как международный субъект присутствует в ряде разных ролей на международной сцене. Во-первых, Европейское сообщество, действуя в рамках "первой опоры" компетенций ЕС,

²⁸⁰ Ibid., pp. 709-710.

²⁸¹ Case 294/83, *Parti écologiste "Les Verts" v. European Parliament*, Judgment of 23 April 1986, ECR (1986) 01339, p. 1365, para. 23.

является субъектом международного права и с практической точки зрения может рассматриваться по отношению к остальному миру как межправительственная организация при всех изменениях, которые ее специфический характер привносит в такую характеристику²⁸². В то же время прежде всего при решении вопросов внешней политики, а также сотрудничества в области правосудия и внутренних дел ЕС действует параллельно со своими государствами-членами. Разграничение между вопросами, относящимися к исключительной компетенции ЕС, и вопросами, находящимися в совместном ведении ЕС и государств-членов, - это запутанная часть права ЕС, которую часто очень сложно уяснить. В особой степени это касается "смешанных соглашений" с участием как Сообщества, так и государств-членов, в которых, однако, их соответствующие компетенции развиваются как функция развития (внутреннего) права ЕС²⁸³. Разумеется, со стороны ЕС подчеркивается, что это не будет иметь никаких последствий для прав третьих государств, и в самом деле никакие подобные последствия не могли бы возникнуть из тех новых юридических моментов, которые, с точки зрения последних, - строго *inter alios acta*. Тем не менее вопрос разделенных компетенций по-прежнему вызывает некоторую озабоченность с точки зрения единства договорных прав и обязательств, включая ответственность за любое возможное нарушение. Частный аспект действий ЕС, так называемые "положения о разграничении", непосредственным образом связан с Венской конвенцией и поэтому будет рассматриваться отдельно в разделе D ниже.

6. Вывод о коллизиях специального права и общего права

220. Все правовые системы состоят из норм и принципов, имеющих в большей или меньшей степени общий и специальный характер в отношении своего предмета и сферы применения. Иногда они указывают в разных направлениях, и в этом случае задача юридического анализа - установить значимые связи между ними, чтобы тем самым определить возможность их взаимоподдерживающего применения или необходимость того, чтобы одна норма или один принцип имели определенный приоритет по отношению к другой норме или другому принципу. Это то, что будет названо в разделе F ниже "системной интеграцией".

²⁸² См. Jan Klabbers, "Presumptive Personality: The European Union in International Law" в Martti Koskeniemi, *International Law Aspects of the European Union* (The Hague: Nijhoff, 1997), pp.231-254.

²⁸³ Полезный анализ см. Joni Heliskoski, *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and Its Member States* (The Hague: Brill, 2001).

221. Многие системы норм, помимо специальных первичных норм, также содержат специальные вторичные нормы, связанные с ответственностью или урегулированием споров. Хотя эти институты иногда называют "автономными", они никогда не "клинически изолированы" от остального права. Наоборот, как мы видели, они обязаны своей действительностью, получают свои ограничения и постоянно дополняются юридическими нормами и принципами, не созданными и не инкорпорированными в качестве таковых какими-либо конкретными актами. Равным образом социологическое явление "регионализма" означает появление изолированных правовых систем на региональной основе. Какой ролью обладают специализированные или региональные комплексы норм - это фактологический и историографический вопрос, который может быть прояснен в каждом конкретном случае, вновь не забывая о "системном" характере права, часть которого они все образуют.

222. В этом разделе выделяется прагматическая роль "специального" и "общего" характера нормативных стандартов в процессе юридического рассуждения. В нем подчеркивается *относительный* характер этих атрибутов и то, как их конкретное функционирование всегда зависит от контекста, к которому они применяются. *Заявить или обосновать претензию на "специальность" можно только в "общих" выражениях.* В этой связи фрагментация существа международного права, предмет настоящего исследования, не создает сколь-нибудь серьезной угрозы юридической практике. Прослеживание связей между нормами и системами норм - это обычный элемент юридических рассуждений, как и их отделение и установление между ними отношений приоритета и иерархии. Появление новых "ветвей" права, новых видов договоров или средоточий договоров - это черта социальной сложности мира растущей глобализации. Если юристы чувствуют, что они неспособны отразить эту сложность, то это следствие не проблем в их "инструментальном ящике", а недостатка у них воображения в том, как его использовать.

D. КОЛЛИЗИИ МЕЖДУ ПОСЛЕДОВАТЕЛЬНО ПРИНЯТЫМИ НОРМАМИ

223. Связь между специальным и общим правом зачастую пересекается другой связью, а именно связью между предшествующим и последующим правом, и в таких случаях трудно сказать, меняет ли это действие принципа *lex specialis* в какой-либо из его многочисленных разновидностей. В целом, нередко происходит так, что принятие государством какой-либо последующей нормы общего права имеет целью отменить предшествующую норму, даже если последняя и носит в определенном смысле более "специальный" характер. И вновь представляется неразумным устанавливать какую-либо общую норму в отношении того, как соотносить эти два вида связи.

224. Наиболее явным случаем является принятие какого-либо договора в области, которая ранее покрывалась обычным правом: "понятно, что на практике от норм [общего] международного права можно по договоренности отклоняться в конкретных случаях либо в отношениях между конкретными сторонами"²⁸⁴. Однако, как поясняется в разделе С выше, это автоматически не означает полного прекращения действия таких норм предыдущего обычного права²⁸⁵. Они, как правило, будут по-прежнему действовать в отношении тех государств, которые не стали участниками (кодифицирующего) договора и могут время от времени применяться также между партнерами по договору, если по той или иной причине договор останется неприменимым или будет регулировать затрагиваемый в нем вопрос лишь частично²⁸⁶. Тот факт, что соглашения зачастую отменяют предшествующие нормы обычного права, не превращается автоматически в какую-либо презумпцию в пользу последующей нормы. Действительно, неверно было бы предполагать полную оппозицию между обычаями и договорами. С одной стороны, договоры могут быть частью процесса создания обычного права²⁸⁷. С другой стороны, основанное на обычаях поведение, несомненно, влияет на толкование и действие

²⁸⁴ *North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, I.C.J. Reports 1969 p. 42, para. 72. См. также *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Merits)*, I.C.J. Reports 1982, p. 38, para. 24.

²⁸⁵ См., в частности, Hugh Thirlway, *International Customary Law and Codification* (Leiden: Sijthoff, 1972), pp. 95-108. См. также Karl Zemanek, "The Legal Foundations of the International Legal System...", сноска 31 выше, pp. 220-221.

²⁸⁶ По мнению Международного Суда, "обычное международное право по-прежнему существует и действует независимо от права международных договоров, даже если эти две категории права имеют идентичное содержание", *Nicaragua case*, p. 96, para. 179. Это же предусмотрено в статье 43 Венской конвенции, которая гласит, что "денонсация договора не затрагивает обязанность государства выполнять обязательство, имеющее силу для него в соответствии с международным правом, независимо от договора". И в этом случае делать обобщения опасно. Нельзя *a priori* исключить ситуацию, когда участники какой-либо конвенции намеренно отменяют предшествующий обычай в своих отношениях *inter se*. Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, *Treaty series*, vol. 1155, p. 331.

²⁸⁷ *North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, I.C.J. Reports 1969, p. 41, para. 71.

договоров, и в некоторых случаях может изменить договорное право²⁸⁸. Поскольку, как отмечалось выше, в международном праве никакой общей иерархии источников нет, связь между каким-либо конкретным договором и конкретной нормой обычного права будет определяться с учетом особенностей каждого отдельного случая²⁸⁹.

225. Тем не менее, наряду с максимумой *lex specialis* в качестве принципа толкования или "регулирования конфликтов в международном праве упоминается принцип, согласно которому "последующий закон отменяет предыдущие" или "*lex posterior derogat lege priori*"²⁹⁰. Эта максима уходит своими корнями в римское право и в прошлом получила признание многих правоведов (например, Гроция и Ваттеля)²⁹¹. Иногда ее относят к "общим принципам права, признанным цивилизованными нациями" в соответствии

²⁸⁸ Такой случай минимально предусмотрен в пункте 3 b) статьи 31, который обязывает при толковании учитывать последующую практику участников договора. Иначе обстоит дело с интертемпоральным правом (см. главу 6 ниже), когда последующий обычай влияет на толкование несформулированных четко или "мобильных" положений договора. См. далее, *Custom, Power, and the Power of Rules* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), pp. 172-180; M. E. Villiger, *Customary International Law...*, сноска 76 выше, pp. 295-297.

²⁸⁹ Это, в частности, означает, что, хотя любой договор можно зачастую назвать "специальным" или "общим", такая возможность имеется не всегда. В этом отношении какой-либо особый (или двусторонний) обычай может быть, конечно же, более конкретным, чем многосторонний договор. Michael Akehurst, "The Hierarchy of Sources of International Law", *BYBIL*, vol. 47 (1974-1975), p. 275.

²⁹⁰ Quincy Wright, "Conflict between International Law and Treaties", *AJIL*, vol. 11 (1917), No. 3, p. 579; Charles Rousseau, "De la compatibilité des norms...", сноска 36 выше (1932) p. 150; C. Wilfred Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", сноска 8 выше, pp. 445-446; Akehurst, "The Hierarchy of Sources...", *ibid.*, p. 273; W. Czaplinski & G. Danilenko, "Conflict of Norms in International Law", сноска 73 выше, pp. 19-22; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties...*, сноска 62, p. 98; Wolfram Karl, "Treaties, Conflicts between", сноска 127 выше, vol. IV, pp. 937-938; Anthony Aust, *Modern Treaty Law...*, сноска 73 выше, p. 201; Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, сноска 21 выше, pp. 335-363; Patrick Daillier and Alain Pellet, *Droit international public*, сноска 73 выше, p. 270; Rüdiger Wolfrum & Nele Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, сноска 22 выше, pp. 152-158.

²⁹¹ Papinian Digest 50, 17,80; Paul. Digest 32, 66,5 and Dig. 1, 4,1, The Digest of Justinian, vol. IV, Latin text eds. T. Mommsen and P. Kruger, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1985); Hugo Grotius, *De Jure belli ac pacis. ...*, сноска 63 выше, Book II, Ch. XVI, Sect. XXIX, p. 428; Emmerich de Vattel, *Law of Nations; Principles of the Law of Nature applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (New York: AMS Press, 1982), Book II, Ch. XVII, p. 272, para. 315.

с пунктом 1 статьи 38 Статута Международного Суда²⁹², а в других случаях - к установленным в обычном праве принципам толкования²⁹³. Иной раз ее рассматривают как метод, который разработали правоведы в поисках национальных аналогий правовых процедур²⁹⁴. И все же зачастую, как и в случае с *lex specialis* высказываются предостережения против любых посылок, которые могут быть автоматически применимы. Шварценбергер описывает этот принцип как ненормативную "максиму", которая указывает на результат, достигнутый благодаря обычному толкованию двух договоров, в частности на то, что последующий (или предшествующий) договор имеет, как считается, приоритет над своим оппонентом, поскольку таковым было намерение участников²⁹⁵.

226. По аналогии с *lex specialis* легко согласиться с прагматичной рациональностью принципа *lex posterior* независимо от его официального статуса. Отдавая предпочтение сегодняшнему дню над вчерашним, этот принцип более конкретно отражает нынешние обстоятельства и нынешнюю волю соответствующих сторон. И все же, конечно же, он не вправе претендовать на абсолютный приоритет. Независимо от *jus cogens* зачастую может показаться неприемлемым, чтобы последующие обязательства превалировали над предыдущими, особенно если эти последующие обязательства возлагаются на иные стороны или предполагают иных бенефициариев, чем предшествующие обязательства²⁹⁶. Здесь, как и в других случаях, превалирует тенденция к прагматизму, решениям *ad hoc* и согласованию²⁹⁷.

²⁹² См., например, Hans Aufricht, "Supersession of Treaties...", сноска 116 выше, p. 655.

²⁹³ Malgosia Fitzmaurice & Olufemi Elias, *Contemporary Issues...*, сноска 73 выше, p. 322.

²⁹⁴ Национальная аналогия ясно определяется, например в Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets* (Paris Economica, 1985), p. 161, а также в Czaplinski & Danilenko, "Conflict of Norms in International Law", сноска 73 выше, p. 21.

²⁹⁵ Georg Schwarzenberger, *International Law*, сноска 79 выше, p. 473.

²⁹⁶ Совпадающая прагматическая действенность обеих максим - *lex posterior* и *lex prior* - может вытекать из того, каким образом обе эти максимы исходят из разных национальных аналогий. Если *lex posterior* предполагает, что международные нормы аналогичны национальному законодательству (последующие законы, как правило, имеют приоритет над предшествующими), то принцип *lex prior* предполагает аналогию с национальными контрактами (как это конкретно заметил Лаутерпахт). См. также Christopher J. Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", сноска 10 выше, pp. 620-639.

²⁹⁷ Charles Rousseau, "De la compatibilité des normes", сноска 36 выше, p. 153.

227. Это, вероятно, объясняется тем, что в абстрактных или теоретических анализах последовательно принятых договоров данный вопрос все чаще рассматривается как "крайне туманный аспект права международных договоров"²⁹⁸. Скучность судебной и арбитражной практики, тенденция регулировать договорные коллизии с помощью дипломатических переговоров не решают проблемы²⁹⁹. Туманом покрыты как нормативный характер принципа - какова его сила?, - так и его последствия - что происходит, когда он отменяет другую норму? Иногда явное преимущество над ним может иметь его противоположность - *lex prior*. Как мы увидим ниже, эта туманность не исчезла после принятия статьи 30 Венской конвенции. Попытаться внести ясность в этот вопрос важно, поскольку коллизии между предшествующими и последующими договорами становятся все более серьезными, ибо постоянно заключаются все новые многосторонние договоры, носящие зачастую квазизаконодательный характер, например в сфере охраны окружающей среды³⁰⁰.

1. Нормы общего права о коллизиях между предшествующими и последующими договорами

228. В настоящее время вопрос о коллизиях между предшествующими и последующими договорами рассматривается в статьях 30 и 41 Венской конвенции. Однако, как мы увидим ниже, эта Конвенция оставляет открытыми много вопросов и зачастую ссылается лишь на общее право. В любом случае закрепленные сейчас в Венской конвенции нормы в значительной степени кодифицируют те подходы общего права, которые существовали до Конвенции и остаются рациональным обоснованием и фундаментом, на основе которых применяются эти договорные положения. Именно поэтому целесообразно рассматривать нормы общего права о коллизии между предшествующими и последующими договорами отдельно. При этом следует различать две основные ситуации - ситуацию, в которой участниками двух договоров являются одни и те же стороны, и ситуацию, когда участники различаются.

²⁹⁸ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, сноска 62 выше, р. 93.

²⁹⁹ Guyora Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction...*, сноска 143 выше, р. 17; Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", сноска 10 выше, pp. 591-600, 609-620.

³⁰⁰ См., в частности, Wolfrum & Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, сноска 22 выше, pp. 1-13; Nele Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge...*, сноска 22 выше, pp. 53-73; Fitzmaurice & Elias, *Contemporary Issues...*, сноска 73 выше, pp. 321-348.

а) Коллизия между договорами с одним и тем же составом участников

229. Если два государства заключили два договора по одному и тому же вопросу, но ничего не сказали об их соотношении друг с другом, обычно вначале стремятся рассматривать эти договоры как совместимые (принцип согласования)³⁰¹. Зачастую это можно сделать посредством простого изучения намерения сторон, выводимого из различных имеющихся толкований текста договора³⁰².

230. В том случае, если из текста договора нельзя вывести никакого такого намерения к согласованию, максима *lex posterior* может быть признана презумпцией намерения отступить от предшествующего соглашения³⁰³. Об этом может идти, например, речь, когда договоры касаются абсолютно разных вопросов и были заключены официальными представителями разных административных органов³⁰⁴. Однако данную презумпцию можно, конечно же, оспорить и, если в толковании действительно указано, что участники не желают отходить от предшествующего соглашения, то это намерение будет иметь приоритет над максимой. При рассмотрении данного вопроса, например, в Комиссии выяснилось, что в отсутствие специальной клаузулы о коллизии вопрос о приоритетности должен решаться посредством толкования воли сторон: выразили ли они намерение, что последующий договор будет дополнять предшествующий либо отступать от него?³⁰⁵.

231. Те же соображения применимы и к связи между многосторонними договорами с одним и тем же составом участников, т.е. прилагаются усилия к согласованию посредством толкования, если не выясняется, что стороны желают заменить предшествующий договор последующим. Статья 59 Венской конвенции ясно предусматривает следующее:

³⁰¹ Czaplinski-Danilenko, "Conflict of Norms in International Law", сноска 73 выше, p. 13; Schwarzenberger, *International Law*, сноска 79 выше, p. 474; Aust, *Modern Treaty Law*, сноска 73 выше, p. 174; Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, сноска 21 выше, pp. 240-244. См. также Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", сноска 8 выше, pp. 427-729.

³⁰² См. также Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", сноска 10 выше, p. 583.

³⁰³ Rousseau, "De la compatibilité des normes ...", сноска 36 выше, pp. 188-190; Aufrecht, "Supersession of Treaties...", сноска 116 выше, p. 657; Mus, "Conflicts between Treaties...", сноска 21 выше, p. 220; Aust, *Modern Treaty Law...*, сноска 73 выше, p. 174.

³⁰⁴ Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", сноска 10 выше, p. 583.

³⁰⁵ См. обсуждение в Mus, *ibid.*, pp. 217-218; Fitzmaurice & Elias, *Contemporary Issues...*, сноска 73 выше, pp. 321-322.

"Договор считается прекращенным, если все его участники заключат последующий договор по тому же вопросу и:

- a) из последующего договора вытекает или иным образом установлено намерение участников, чтобы данный вопрос регулировался этим договором; или
- b) положения последующего договора настолько несовместимы с положениями предыдущего договора, что оба договора невозможно применять одновременно".

232. Вместе с тем, хотя случай двух договоров с одним и тем же составом участников является в принципе простым, осложнения могут все же возникнуть. Так, например, может возникнуть вопрос о том, какое из соглашений было принято раньше. Многие юристы, включая эксперта-консультанта на Венской конференции Хэмфри Уолдока, заявляют, что основной датой для определения времени (раньше/позже) является дата принятия договора, а не, например, дата его ратификации или вступления в силу, если по крайней мере ничего иного не вытекает из конкретных обстоятельств³⁰⁶. Меньшинство исходит из даты вступления в силу или определяет такую дату на основе намерения сторон³⁰⁷. Еще одно осложнение обусловлено возможностью того, что данный вопрос будет решен по-разному в отношении разных государств. Так, например, государство А, возможно, заключило договор X до договора Y, а государство В со своей стороны, может быть, стало участником договора Y лишь после ратификации договора X³⁰⁸.

233. Кроме того, возникает вопрос о связи между принципами *lex posterior* и *lex specialis*. Дженкс подчеркнул, что ни один из этих принципов "нельзя считать обладающим абсолютным действием. Есть целый ряд принципов, которые надлежит проанализировать и сопоставить с учетом обстоятельств конкретного дела"³⁰⁹. При рассмотрении дела

³⁰⁶ Mus, *ibid.*, pp. 220-222; Aust, *Modern Treaty Law...*, сноска 73 выше, p. 183; Seyed Ali Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, сноска 21 выше, pp. 75-78 и конкретные случаи см. также pp. 78-82.

³⁰⁷ О позиции первых см. Max Sorensen, "Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international", *Annuaire*, vol. 55 (1973), p. 54. О позиции вторых см. Czaplinski-Danilenko, "Conflict of Norms in International Law", сноска 73 выше, p. 19.

³⁰⁸ E.W. Vierdag, "The Time of the 'Conclusion' of a Multilateral Treaty:...", сноска 20 выше, p. 102; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, сноска 21 выше, pp. 75-82.

³⁰⁹ Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", сноска 8 выше, p. 407; Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, сноска 62 выше, p. 96.

О концессиях Мавромматиса в Палестине (1924 года) Постоянная палата международного правосудия применила оба принципа *lex posterior* и *lex specialis*, не устанавливая между ними иерархии. Касаясь вопроса о связи между мандатом на Палестину 1922 года и Протоколом XII к Мирному лозаннскому договору 1923 года, Палата лишь заявила о том, что "в случае сомнений преимущество имеет Протокол, который представляет собой специальное и более позднее соглашение"³¹⁰. Этот вопрос сводится к определению того, какой аспект - "специальный" или "временный" - представляется в данной связи более важным. Бывает, что нет никакой необходимости занимать на этот счет какую-либо позицию, и суды иной раз игнорируют оба принципа³¹¹.

б) Коллизия между договорами с разным составом участников

234. Это действительно проблематичный аспект данного вопроса не в последнюю очередь потому, что он зачастую затрагивает весьма важные факторы - распад политических или военных союзов, заключение сепаратных мирных договоров и т.д.³¹². Так, например, в 1932 году Руссо начинает свой анализ коллизий договоров с замечания о том, что в тот период не было более актуальной юридической проблемы. Он размышлял над связью между Уставом Лиги Наций и Парижским пактом 1928 года и соглашениями, касавшимися нейтралитета членов Лиги, принятыми тогда решением Постоянной палаты международного правосудия по противоречивому делу об *австро-германской таможене*, когда Палата небольшим большинством пришла к выводу о том, что планируемый союз несовместим с обязательствами Австрии по Сен-Жерменскому протоколу 1922 года³¹³. Классический пример, который обсуждали правоведы (Джентили, Гроций, Ваттель), касается войны между двумя сторонами трехстороннего альянса: какой из двух воюющих

³¹⁰ *Mavrommatis Palestine Concessions case*, P.C.I.J. Series A, No. 2 (1924), p. 31.

³¹¹ См., например, прения по делу об иске Горхема (1930) в Американско-мексиканской комиссии по рассмотрению общих исков в *in Schwarzenberger, International Law*, сноска 79 выше, pp. 479-80.

³¹² Об этом см. в *Binder, Treaty Conflict and Political Contradiction...* сноска 143 выше.

³¹³ Rousseau, "De la compatibilité des normes...", сноска 36 выше, pp. 133-134 и 178-187. См. также *Customs regime between Germany and Austria, Advisory Opinion, P.C. I. J. Series A/B, No. 41 (1931), p. 35.*

сторон должна оказывать помощь третья? В период холодной войны члены двух блоков иногда обвиняли друг друга в подобных нарушениях³¹⁴.

235. Позднее вопрос о связи между предшествующим и последующим договорами возникал в контексте того, что сэр Хэмфри Уолдок называл "сериями многосторонних договоров, касающихся одного и того же вопроса"³¹⁵. Весьма обширная сфера законодательной деятельности общемировых и региональных организаций приводит к появлению разделов договорного права по отдельным вопросам со сложными связями между конкретными договорами внутри и вне таких разделов (или "режимов"). К рассмотрению этих связей трудно подходить с позиций четко сформулированных норм. Именно поэтому "современное международное право... не подходит к этой проблеме с точки зрения действительности международных договоров"³¹⁶. Вместо этого, как мы увидим, вопрос рассматривается с учетом относительной "приоритетности" договоров с задействованием ответственности за любое нарушение договорного обязательства.

i) *Lex prior*

236. Тем не менее иногда высказывается мысль о том, что, если даже не углубляться в вопрос о *jus cogens*, как предшествующий, так и последующий договор может обладать определенной степенью общего превосходства. В прошлом о превосходстве предшествующего договора зачастую говорили правоведы-естественники. Считалось, что если какой-либо договор лишает государство права располагать чем-либо, то последующий противоречащий этому договор автоматически утрачивает силу как выходящий за установленные правовые рамки. Применительно к военным альянсам и Гроций, и Пуфендорф, и Ваттель отдавали предпочтение наиболее старому союзнику, что представляется естественным в системе, где никакое обязательство не является "просто" предметом взаимного волеизъявления, будучи санкционировано главенствующей объективно-правовой системой³¹⁷.

³¹⁴ См., в частности, Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction*. ... сноска 143 выше, pp. 24-25, 40-42. См. также примеры в Bastid, *Les traités dans la vie internationale...*, сноска 294 выше, pp. 162, 164.

³¹⁵ Sir Humphrey Waldock, Third report, *Yearbook...* 1964, vol. II, p. 43, para. 32.

³¹⁶ Czaplinski-Danilenko, "Conflict of Norms in International Law", сноска 73 выше, p. 20.

³¹⁷ См. Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction...*, сноска 143 выше, pp. 40-42.

237. Не так давно на априорное превосходство предшествующего договора намекнул Международный Суд, который при рассмотрении дела об *оговорках* (1951 года) заявил:

"...общепризнанный принцип, в соответствии с которым многосторонняя конвенция является результатом свободно выраженного согласия с ее положениями и поэтому ни одна из договаривающихся сторон не вправе изменять или ущемлять, посредством односторонних решений или особых соглашений, цели и суть этой конвенции"³¹⁸.

238. Истолковать смысл этой цитаты довольно сложно. В той мере, в которой речь в ней идет о допустимости соглашений *inter se*, данный вопрос будет рассмотрен ниже в разделе D.4. В целом, в ней, как представляется, излагается лишь самоочевидная вещь, выражаемая максимой "*pacta sunt servanda*". Из нее, конечно же, ничего не вытекает относительно действительности как Конвенции о геноциде, так и несовместимых с ней "особых соглашений". В этой связи, вероятно, можно высказать два соображения. Во-первых, такое заключение может быть лишь напоминанием участникам о том, что в результате нарушения возникнет ответственность государства. Во-вторых, особенно в контексте, в котором оно было сделано, данное заключение может быть направлено на то, чтобы подчеркнуть исключительную важность предмета Конвенции и серьезность обязанности соблюдать ее положения³¹⁹. В таком случае можно было бы найти достаточно доводов в пользу того, что Конвенция о геноциде носит императивный или иным образом "объективный" характер.

239. Дела, часто приводимые в поддержку принципа *lex prior*, рассматривались в начале XX века Центральноамериканским судом. Коста-Рика и Сальвадор пожаловались на то, что при заключении с Соединенными Штатами договора о Панамском канале Никарагуа нарушила договоры, которые она заключила с ними ранее по тому же вопросу. Суд констатировал несовместимость договоров и нарушение Никарагуа ее обязательств, воздержавшись, однако, от объявления ее последующего договора с США недействительным, поскольку США не принимали участия в рассматриваемых Судом делах и Суд не мог давать заключений относительно их прав³²⁰.

³¹⁸ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide case, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1951*, p. 21.

³¹⁹ См. также обсуждение в Schwarzenberger, *International Law*, сноска 79 выше, pp. 483-484.

³²⁰ *Costa Rica v. Nicaragua*, AJIL, vol .11 (1917), No. 1, p. 228. См. также *El Salvador v. Nicaragua*, AJIL, vol.11 (1917), No. 3, p. 674. Подробное обсуждение см., например, Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", сноска 10 выше, pp. 591-594.

240. Еще один случай очевидного применения принципа *lex prior* касается объективных территориальных режимов. Речь идет, например, о рассмотрении Постоянной палатой международного правосудия дела об *австрийско-германском таможенном союзе* (1931 года), когда Палата определила - восемью голосами против семи, – что намеченный договор о таможенном союзе будет несовместим с обязательством Австрии по Версальскому и Сен-Жерменскому договорам 1919 года, а также по связанному с ними Протоколу 1922 года "воздерживаться от любых действий, которые могут прямо или косвенно или иным образом скомпрометировать ее независимость"³²¹. В то же время Палата ничего не сказала о последствиях, которые может иметь заключение запланированного таможенного союза. Кроме того, иногда в этом контексте упоминается дело *Оскара Чинна* (1934 года), при рассмотрении которого двое из высказавших несогласные мнения судей (Эйзинга и Шукинга) заявили, что Сен-Жерменский договор 1919 года или Протокол 1922 года могут стать недействительными, если какие-то из их положений будут противоречить Берлинскому акту 1885 года, ибо этот Акт установил некоторое подобие объективного режима³²². Такого мнения, однако, придерживалось меньшинство. Вопрос о действительности Договора 1919 года или Протокола 1922 года стороны не поднимали, и, обойдя молчанием этот вопрос, Палата, как представляется, согласилась с тем, что в Берлинский акт можно вносить изменения *inter se*³²³.

241. В поддержку принципа *lex prior* говорит, в частности, аналогия с национальным контрактным правом ("противоправен контракт, нарушающий другой контракт")³²⁴. Из этой посылки исходил в своем докладе о праве международных договоров для КМП Херш Лаутерпахт, признававший, однако, что в некоторых случаях она может привести к абсурдным результатам, особенно если последующая норма права будет подлежать

³²¹ *Customs regime between Germany and Austria*, Advisory opinion, *P.C. I. J. Series A/B*, No. 41 (1931), p. 42, Article 88 of the Treaty of Saint-Germain.

³²² См. Aufrecht, "Supersession of Treaties ...", сноска 116 выше, p. 672. *Oscar Chinn case*, *P.C. I. J. Series A/B*, No. 63 (1934) (separate opinion of Judge Eysinga), p. 131 и (separate opinion of Judge Schücking), p. 148.

³²³ *Oscar Chinn case*. См. также обсуждение в Schwarzenberger, *International Law*, сноска 79 выше, p. 485; Sir Humphrey Waldock, Second Report, *Yearbook... 1963*, vol. II, p. 57, para. 15. См. также *Jurisdiction of the European commission of the Danube between Galatz and Braila case*, Advisory Opinion, *P.C. I. J. Series B*, No. 14 (1927), p. 23 (соглашение *inter se*).

³²⁴ C. Wilfried Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", сноска 8 выше, p. 442.

общему применению³²⁵. При этом принцип *lex prior* имеет общее применение в договорном праве, а принцип *lex posterior* - в публичном праве и законодательных актах. Таким образом, связь между двумя принципами зависит от того, как рассматривать характер договоров. Вместе с тем в связи с обеими аналогиями возникают проблемы. Как будет часто подчеркиваться в настоящем докладе, тот факт, что Венская конвенция устанавливает одинаковый режим для всех договоров, затушевывает многие различия, которые договоры имеют на практике³²⁶.

242. Могут также иметь место случаи, когда последующий договор затрагивает положения предшествующего договора, расширяя права или льготы одного из его участников, что обычно происходит в случае принятия клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации. Если принимаются такие клаузулы, то последующие договоры, в которых один участник обещает какое-либо преимущество другому участнику этого последующего договора, будут также охватывать участников предшествующего договора³²⁷.

ii) *Lex posterior*

243. Как отмечалось выше, принцип, в соответствии с которым *lex posterior derogat lege prior*, прочно закрепился в национальной юриспруденции и часто цитируется также в контексте международного права. Тем не менее есть мало случаев, когда бы он применялся как таковой. Зачастую целесообразнее прямо сослаться на волеизъявление сторон, чем на принцип *lex posterior*, в котором, как также отмечалось выше, оно может просто найти свое выражение. Если участники последующего договора *отличаются* от участников предшествующего договора, то возникают большие сомнения в уместности применения принципа *lex posterior*.

244. В то же время в некоторых редких случаях последующий договор, заключенный участниками, которые отличаются от участников предшествующего договора, может отменять предшествующий договор. При этом нарушается, несомненно, принцип, в соответствии с которым третьи государства не затрагиваются чем-либо, что остается *res inter alios acta*. Как заметил Ауфрихт, речь идет о неравноправном (последующем)

³²⁵ Н. Lauterpacht, Report, *Yearbook...1953*, vol. II, pp. 156-159.

³²⁶ Rousseau, "De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international", pp. 150-151; Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", p. 599.

³²⁷ Aufrecht, "Supersession of Treaties...", сноска 116 выше, pp. 679-682.

договоре, в котором неравноправие может быть обусловлено, например, статусом великой державы участников последующего договора³²⁸.

245. Существуют ли законодательные договоры подобного типа, которые обладают приоритетом над предшествующими договорами независимо от каких-либо вопросов о *jus cogens*? Принцип *lex posterior*, несомненно, применим в случае документов о пересмотре. Аналогичным образом дело обстоит с упоминаемыми в статье 41 Венской конвенции соглашениями *inter se*, которые рассматриваются подробнее в разделе D.4 ниже. Но как обстоит дело в случае, когда состав участников двух договоров различен? Уилфред Дженкс отмечает, что:

"возможно, есть смысл предусмотреть полное применение данного принципа в некоторых областях законотворческой деятельности, наделив надлежащие международные органы соответствующими полномочиями"³²⁹.

246. Этот вопрос также увязан с особым характером некоторых многосторонних договоров. При рассмотрении одного из важных дел ЕСПЧ отметил, что Европейская конвенция о правах человека определяет содержание и/или применение предшествующего двустороннего договора либо, по крайней мере, диктует, каким образом последний должен толковаться и применяться национальными властями. Речь шла о применении Российско-латвийского договора 1994 года в части, касавшейся выдворения с территории Латвии некоторых бывших военнослужащих Советской Армии и членов их семей. Суд рассмотрел права соответствующих лиц на основе Европейской конвенции, к которой Латвия присоединилась позднее, и пришел к заключению о том, что:

"...[Российско-латвийский] договор не может служить законным основанием для лишения Суда полномочий рассматривать вопрос, имело ли место нарушение прав и свобод заявителя и, если оно имело место, было ли оно оправданным"³³⁰.

247. Это мнение было основано на принятом ранее решении о приемлемости, в котором Суд конкретно констатировал следующее:

"Из текста пункта 1 статьи 57 [Европейской конвенция о правах человека] в сочетании со статьей 1 вытекает, что ратификация Конвенции государством

³²⁸ Ibid., pp. 673-674.

³²⁹ Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", сноска 8 выше, p. 446.

³³⁰ *Slivenko v. Latvia*, Judgment of 9 October 2003, ECHR 2003-X, p. 265, para. 120.

предполагает, что любые действовавшие в то время на ее территории законы должны соответствовать положениям Конвенции.

По мнению Суда, эти же принципы должны применяться в отношении любых положений международных договоров, которые договаривающиеся государства заключили до ратификации Конвенции и которые могут отличаться от некоторых из ее положений"³³¹.

248. Это - важное изложение принципа. Исходя из него, едва ли можно отрицать, что, если принцип *lex posterior* толкуется в пользу Европейской конвенции о правах человека, его следует также толковать в пользу, если не всех других многосторонних законодательных договоров, то хотя бы всех других последующих договоров о правах человека. И здесь мы имеем дело с иерархией, которую лучше всего, как представляется, определять с помощью понятия специальных "неотъемлемых" обязательств, например обязательств, закрепленных в договорах о правах человека, которые обладают определенным приоритетом над просто коммерческими двусторонними договорами. Однако, трудно сказать, имеем ли мы дело с *lex specialis*, *lex posterior* или *lex superior* и насколько они иррелевантны. Важно, что действие двустороннего договора не было независимым от его нормативного окружения в момент его применения. Толкование двустороннего договора со ссылкой на последующий многосторонний договор было разумным, и почти ничто другое не имеет, как представляется, значения.

249. И все же обобщать на основе только этого примера сложно. В нем выделяется нормативная составляющая договоров о правах человека (возможно, как "неотъемлемых" или "абсолютных" договоров), но, вероятно, не решается общий вопрос о примате, и его, конечно же, нельзя приводить в качестве железного довода в поддержку принципа *lex posterior*. Кроме того, нельзя сбрасывать со счетов тот факт, что упомянутое дело рассматривалось в Европейском суде по правам человека, специально созданном для осуществления Европейской конвенции о правах человека, хотя его и трудно согласовать с готовностью, с которой Суд выступил в поддержку предшествующей нормы обычного права об иммунитете государств при рассмотрении дела *Аль-Адзани*³³².

³³¹ *Slivenko and others v. Latvia* (Decision as to the admissibility of 23 January 2002) ECHR 2002-II, pp. 482-483, paras. 60-61. Подробное обсуждение см. также в Ineta Ziemele, "Case-Law of the European Court of Human Rights and Integrity of International law", в Karel Wellens & Charo Huesa (eds.), *L'influence des sources sur...*, сноска 14 выше, pp. 201-212.

³³² *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, p. 79.

250. Фактически, независимо от любой нормативной силы, которой может быть наделен принцип *lex posterior* (как отмечалось выше, в законодательной системе она значительно больше, чем в контрактной), как и принцип *lex specialis*, он не применяется сам по себе каким-либо автоматическим образом. В зависимости от обстоятельств дела значение могут иметь и другие соображения, включая одновременную применимость различий между нормами "специального" и "общего" права, а также "вышестоящего" и "нижестоящего" права. Лучше всего эти проблемы рассматривать в контексте дебатов КМП по статье 30 Венской конвенции.

2. Статья 30 Венской конвенции: от недействительности к ответственности

251. Общее право о коллизиях последовательно принятых договоров не дает, как мы видим, окончательного ответа на наиболее важные вопросы - по крайней мере, наиболее важные вопросы *теории* - в том случае, когда состав участников последующего договора отличается от участников предыдущего. Разумеется, в Венской конвенции о праве международных договоров необходимо было как-то на это отреагировать. Хотя и вскользь, этот вопрос рассматривается в статье 30 Венской конвенции³³³.

"Статья 30 Венской конвенции

Применение последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу

1. С соблюдением статьи 103 Устава Организации Объединенных Наций права и обязанности государств - участников последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу, определяются в соответствии с нижеследующими пунктами.
2. Если в договоре устанавливается, что он обусловлен предыдущим или последующим договором или что он не должен считаться несовместимым с другим договором, то преимущественную силу имеют положения этого другого договора.
3. Если все участники предыдущего договора являются также участниками последующего договора, но действие предыдущего договора не прекращено или не приостановлено в соответствии со статьей 59, предыдущий договор применяется только в той мере, в какой его положения совместимы с положениями последующего договора.

³³³ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, сноска 62 выше, р. 97; Anthony Aust, *Modern Treaty Law...*, сноска 73 выше, р. 174.

4. Если не все участники последующего договора являются участниками предыдущего договора:

а) в отношениях между государствами - участниками обоих договоров применяется то же правило, что и в пункте 3;

б) в отношениях между государством - участником обоих договоров и государством - участником только одного договора, договор, участниками которого являются оба государства, регулирует их взаимные права и обязательства.

5. Пункт 4 применяется без ущерба для статьи 41 для любого вопроса о прекращении или приостановлении действия договора в соответствии со статьей 60 или для любого вопроса об ответственности государства, которая может возникнуть в результате заключения или применения договора, положения которого несовместимы с обязательствами данного государства в отношении другого государства по иному договору".

252. Многое в этом тексте практически бесспорно и/или фиксирует описанное выше состояние общего права. Речь, в частности, идет о ссылке на статью 103 в пункте 1 и на клаузулы о коллизиях в пункте 2. Пункт 3 "в действительности кодифицирует норму *lex posterior*"³³⁴. Это касается случая с тем же составом участников последующего договора либо с наличием ряда новых участников в дополнение к участникам предшествующего договора. Кроме того, в соответствии с традиционной нормой принцип *lex posterior* применяется, лишь если из намерения участников не вытекает ничего иного.

а) "Один и тот же вопрос"

253. В статье 30 речь идет о коллизии между предыдущим и последующим договорами. Однако, как отмечали многие теоретики, этот вопрос раскрыт в ней не слишком успешно³³⁵. Одна из проблем заключается в том, что название статьи (и пункт 1) ограничивает ее, как представляется, коллизией между договорами, относящимися

³³⁴ Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", сноска 10 выше, p. 603; Mus, "Conflicts between Treaties ...", сноска 21 выше, pp. 219-220.

³³⁵ Vierdag, "The Time of the 'Conclusion' of a Multilateral Treaty...", сноска 308 выше, pp. 92-108; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, сноска 21 выше, pp. 70-84; Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", *ibid.*, p. 603; Fitzmaurice & Elias, *Contemporary Issues ...*, сноска 73 выше, pp. 314-331; Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, сноска 62 выше, p. 98.

"к одному и тому же вопросу". Если это ограничение толковать строго, то, по всей видимости, за рамками оставлено множество важных случаев, например, коллизии между природоохранными и торговыми договорами или коллизии между договорами о правах человека и договорами в области гуманитарного права³³⁶. Однако, как подчеркивается в разделе В выше, такое толкование выражения "один и тот же вопрос" не является ни необходимым, ни разумным.

254. Такие термины, как "право прав человека", "торговое право", "природоохранное право" и т.д., являются произвольными названиями областей профессиональной специализации. Нет никаких правил квалификации режимов конкретных договоров, и большинство режимов можно описать одновременно с нескольких подобных перспектив. Так, например, договоры в области прав человека зачастую используются для достижения целей в области охраны окружающей среды, а торговые режимы предполагают защиту прав человека и основаны на такой защите (в частности, на праве владеть имуществом). Такие оценки связаны не с *характером документа*, а с *интересом* наблюдателя, оценивающего данный документ. Ограничение применения статьи 30 договорами, относящимися к "одному и тому же вопросу", позволило бы государствам отходить от их обязательств лишь посредством отнесения нового договора к новому "другому вопросу". Они могли бы, например, отходить от своих обязательств по договорам о беженцах, лишь отнеся тот или иной договор к, по их мнению, другому вопросу, который касается "норм права о перемещениях людей"³³⁷. Как отмечалось выше, проверка того, относятся ли оба договора "к одному и тому же вопросу", осуществляется посредством определения, затрагивает ли выполнение обязательств по одному договору выполнение обязательств по другому, что может выражаться либо в простом недопущении выполнения другого обязательства, либо в подрыве его объекта и цели тем или иным образом.

255. Вместе с тем, ниже будет также объяснено, что вопрос о связи между двумя договорами нельзя окончательно решить без учета той или иной институциональной связи между ними. Например, то, как договор ВТО связан с каким-либо договором по правам человека, отличается от того, как рамочный договор по какой-либо экологической проблеме связан с региональным имплементационным договором. Нельзя абстрактным образом определить, касаются ли оба документа "одного и того же вопроса". Это, однако, не означает невозможность установления институциональной связи между "сериями" или "категориями" договоров, которые связаны институционально и которые государства-участники рассматривают как элемент одних и тех же согласованных усилий. Значение

³³⁶ Совсем недавно это отмечалось в Vorgen, *ibid.*, pp. 611-615. Cf. Sinclair, *ibid.*, p. 98.

³³⁷ Такая проблема возникает, например, в ходе некоторых дискуссий относительно новых "норм права о терроризме".

определения таких "договорных режимов" обусловлено тем, что проще установить связь между двумя договорами *внутри* одного такого режима, чем между двумя договорами, относящимися к *разным* режимам. Так, например, аргумент в пользу *lex posterior* или *lex specialis* представляется, несомненно, более убедительным для договоров одного режима, чем для договоров, относящихся к разным режимам. В первом случае законодательная аналогия представляется более уместной, чем в случае двух договоров, заключенных без какого-либо осознанного понимания того, что они являются частью "одного и того же проекта".

256. Различие между договорами, касающимися "одного и того же вопроса", и договорами, относящимися к одному и тому же режиму, может показаться небольшим, но на практике означает важное смещение акцента. В первом случае акцент делается на объекте регламентации, а во втором - на намерении государств-участников и на создаваемых ими учреждениях. Первый зависит от абстрактной квалификации вопроса в качестве "вопроса прав человека", "экологической проблемы" или "аспекта торговли", и возникающая сложность заключается в том, что зачастую какую-либо отдельную проблему можно квалифицировать по-разному, и различные стороны могут быть заинтересованы в этом, чтобы обеспечить применение предпочитаемых ими нормативных систем. Понятие "режим", напротив, указывает на институциональные соглашения, которые могут быть заключены для увязывания одних договоров с другими. Коллизии могут, разумеется, возникать между договорами, относящимися к одному или к разным режимам. Проведение этого различия означает лишь выделение того, что задача по урегулированию конфликта - например, посредством поиска "взаимно приемлемого решения" - может быть значительно более легкой или более очевидной в первом случае, чем во втором, когда зачастую возникает коллизия между более общими целями или ценностями, лежащими в основе самих режимов.

b) Обсуждение в КМП

257. В то время, как многое в статье 30 не вызывало разногласий, этого нельзя сказать о пункте 4, т.е. случае, когда не все участники последующего договора являются участниками предыдущего. Неудивительно, что именно этому вопросу было посвящено основное внимание в ходе дискуссий в КМП. Выделялись два аспекта: как следует рассматривать связь между двумя несовместимыми договорами; с точки зрения их "действительности" или "приоритетности" и есть ли смысл выделить специальные группы договоров в отдельную категорию. Все согласились (и, следовательно, меньше обсуждали), что необходимо отразить приоритетность, которой обладают *jus cogens* и

Устав ООН, как то предусмотрено в статье 103 Устава³³⁸. Кроме того, никто не возражал, что в случае последующих двусторонних или многосторонних договоров с идентичным составом участников последующий договор будет, как правило, иметь приоритет, ибо участники всегда вправе прекратить действие предшествующего договора с помощью последующего договора (если речь не идет об императивных нормах). Наиболее важный вопрос касается рассмотрения ситуаций, когда не все участники предшествующего договора являются участниками последующего договора и когда есть государства, которые являются участниками последующего договора, не являясь участниками предшествующего. Ход обсуждений обстоятельно освещался в литературе, и мы ограничимся лишь кратким их изложением³³⁹.

258. Первый Специальный докладчик Лаутерпахт рассматривал коллизию договоров с точки зрения их действительности и отдавал предпочтение норме *lex prior*, т.е. недействительности последующего договора³⁴⁰. Это, однако, оговаривалось двумя условиями. Во-первых, недействительность (последующего договора) возникает лишь в том случае, если:

"отход от положений предшествующего договора таков, что серьезно ущемляются интересы других сторон этого договора и серьезно подрывается изначальная цель договора".

259. Второе исключение касалось:

"таких многосторонних договоров, как Устав Организации Объединенных Наций, степень универсальности которых придает им характер законодательных актов, соответствующим образом затрагивающих всех членов международного

³³⁸ G.G. Fitzmaurice, Third Report, *Yearbook...1958*, vol. II, p. 27, 41 (Draft Article 18 (1)); Waldock, Second Report, *Yearbook...1963*, vol. II, pp. 54, 61 (Draft Article 14 (3) and 14 (4)). Вопрос о том, обязательно ли коллизия с *jus cogens* или статьей 103 Устава ведет к недействительности противоречащей им нормы, будет рассмотрен в главе 6 ниже.

³³⁹ См., например, Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction...* сноска 143 выше, pp. 49-65; Mus, "Conflicts between Treaties ...", сноска 21 выше, pp. 222-227.

³⁴⁰ См. Lauterpacht, (First) Report, *Yearbook ...1953*, vol. II, pp. 156-159. Последовательно применяя национальную аналогию, он настаивал на том, что международные суды должны быть вправе объявлять недействительным последующий договор, а также предоставлять компенсацию за любой связанный с этим ущерб тому участнику последующего договора, который ничего не знал о предшествующем договоре. Lauterpacht, (First) Report, p. 156.

сообщества, или которые должны считаться заключенными в международных интересах"³⁴¹.

260. В последнем случае последующий договор будет иметь приоритет над предыдущим. Эти положения отражают стремление Лаутерпахта рассматривать договоры по подобию национального законодательства и, в частности, многосторонние договоры как функциональные эквиваленты национального законодательства в рамках прочно устоявшейся системы международной законности. Размышляя о первой посылке как о норме *de lege lata*, он уже предчувствовал, что вторая повлечет за собой прогрессивное развитие³⁴².

261. Второй Специальный докладчик Фитцморис не считал недействительность адекватным следствием коллизии договоров. Договоров так много, и государства так часто забывают об обязательствах друг друга, что для невинной стороны было бы несправедливо, чтобы коллизия договоров приводила бы к их автоматической недействительности³⁴³. Кроме того, Фитцморис отмечал, что в международной практике столь кардинальное решение практически не находит поддержки. Поэтому он отдавал предпочтение решению, которое уже предлагалось учеными Гарвардского университета в 1935 году и которое закрепляет в качестве основной нормы "приоритет" предшествующего договора, не отменяя последующий договор и даже не запрещая заключение других несовместимых договоров³⁴⁴. Практическая проблема решалась бы посредством ответственности перед невинным участником. На практике (хотя Фитцморис, несомненно, был неудовлетворен такой посылкой) государству, берущему на себя несовместимые обязательства, надлежало бы выбрать, какие из соглашений оно будет выполнять³⁴⁵.

262. Как и Лаутерпахт, Фитцморис считал необходимым ограничить приоритет предшествующего договора, чтобы принять во внимание те договоры, которые связаны с "более абсолютным видом обязательств, чем обычные договоры, основанные на взаимных

³⁴¹ Draft Article 16, Lauterpacht, *ibid.*, p. 156.

³⁴² *Ibid.*, p. 157, paras. 5 and 6.

³⁴³ Fitzmaurice, Third Report, *Yearbook... 1958*, vol. II, pp. 41-42, para. 83.

³⁴⁴ The Draft Convention on the Law of Treaties, Harvard Research in International Law, *AJIL*, vol. 29, Supplement (1935), pp. 1024-1025.

³⁴⁵ Он признавал, что, хотя никакого "права выбора" нет, есть тем не менее "правомочие выбрать", Fitzmaurice, Third Report, p. 42, para. 85.

обещаниях или льготах для их участников. Он определил два вида таких договоров, а именно - "неотъемлемые" и "взаимозависимые". В договорах первой группы выполнение обязательства абсолютно не зависит от выполнения этого же обязательства другими - речь идет о таких договорах, как гуманитарные конвенции или конвенции о правах человека. Во втором случае - типичным примером являются договоры о разоружении - обязательство каждого участника "зависит от соответствующего выполнения обязательства *всеми* участниками". Договоры, которые вступают в коллизию с этими документами, объявлялись бы недействительными. Другими словами, Фитцморис поддержал предложение Лаутерпахта относительно этого специального вида ("объективных", "законодательных") договоров³⁴⁶.

263. Третий Специальный докладчик Уолдок сохранил и развил перенос акцента с недействительности на приоритетность. Он подчеркнул необходимость исключительно осторожного подхода к предложениям о том, что к договорам между суверенными государствами может применяться такая мера, как признание их недействительными. Потенциальные коллизии надлежит регулировать прежде всего посредством толкования и усилий по их согласованию. Если договоры согласовать невозможно, то государствам необходимо будет определиться относительно приоритетности и ответственности перед невиновной стороной.

264. В отличие от своих предшественников Уолдок отказался от особого подхода к законодательным или "объективным" договорам. По его мнению, такой подход не находил никакой поддержки в международной практике³⁴⁷. Характер и значение положений таких договоров в любом случае были столь разнообразными, что какая-либо общая норма была неуместной. Если какие-либо договоры содержат особо важные положения, - как, например, договоры о законах войны, - то защиту им обеспечивает их характер *jus cogens*. Поскольку, однако, в договорах закрепляется право односторонней денонсации, представляется нелогичным исключать возможность вступления в силу последующих договоров, которое фактически подразумевает такую денонсацию³⁴⁸.

³⁴⁶ G.G. Fitzmaurice, Second Report, *Yearbook ... 1957*, vol. II, pp. 54, paras. 124-126; Fitzmaurice, *ibid.*, p. 44, para. 91.

³⁴⁷ Waldock, *ibid.*, p. 58, para. 20.

³⁴⁸ *Ibid.*, pp. 59-60, paras. 25-30.

265. Уолдок предлагал релятивизировать проблему. Для государств, которые являются участниками первого, но не второго договора, приоритет имеет первый договор. Если все участники второго договора являются также участниками первого, то имеет место соглашение *inter se*, допустимость которого определяется на основе толкования первого договора³⁴⁹.

266. В ходе обсуждения выявилось важное различие между двумя видами случаев, когда состав участников последующего многостороннего договора не совпадает с составом участников предшествующего договора: а) случаями, когда некоторые государства - участники последующего договора не являлись участниками предшествующего, и б) случаями, когда *все* участники последующего договора являлись также участниками предшествующего. Второй вид касался того, что впоследствии получило название "изменение договора *inter se*" и отдельно рассматривается в контексте статьи 41 (см. раздел D.4 ниже).

3. Специальные клаузулы

267. Ввиду неопределенности общего права о коллизиях между последовательно принятыми нормами, а также с учетом в целом нечетких формулировок статьи 30 Венской конвенции представляется важным, чтобы государства включали в сами договоры указание на то, как поступать с последующими или предшествующими договорами, вступающими в коллизию с первыми. Последующие разделы содержат: а) краткую типологию клаузул о коллизиях; б) обсуждение клаузул о коллизиях в рамках одного и разных "режимов"; в) информацию в отношении клаузул о коллизиях, включенных в договор о ЕС; и d) сведения относительно практического применения так называемого "положения о разграничении".

³⁴⁹ Ibid., p. 60, para. 31.

а) **Типология клаузул о коллизиях**

268. Среди различных категорий клаузул о коллизиях можно выделить, по крайней мере, следующие³⁵⁰:

- 1) *Клаузулы, которые запрещают заключение последующих несовместимых договоров.* Речь идет о прямом исключении из нормы *lex posterior* в целях обеспечения нормативной силы предшествующего договора. Так, например, в соответствии со статьей 8 Договора о НАТО "каждая Сторона заявляет, что ни одно из международных обязательств, действующих в настоящее время между нею и любой другой из сторон или любыми третьими государствами, не противоречит положениям настоящего Договора, и обязуется не брать на себя никаких международных обязательств, противоречащих настоящему Договору"³⁵¹;
- 2) *Клаузулы, которые ясно допускают заключение последующих "совместимых" договоров.* В качестве примера можно привести пункт 3 статьи 311 Конвенции по морскому праву, который гласит следующее: "Два или более государства-участника могут заключать соглашения, изменяющие или приостанавливающие действие положений настоящей Конвенции и распространяющиеся только на отношения между ними, при условии что такие соглашения не касаются тех положений, отступление от которых несовместимо с эффективным осуществлением объекта и цели настоящей Конвенции, и при условии также, что такие соглашения не затрагивают применения основных принципов, закрепленных в ней и что положения таких соглашений не затрагивают осуществления другими государствами-участниками своих прав и выполнения ими своих обязательств по настоящей Конвенции";
- 3) *Клаузулы последующего договора, предусматривающие, что он "не затрагивает" предшествующий договор.* Речь идет, например, о статье 30 Женевской конвенции об открытом море, в соответствии с которой:

³⁵⁰ См. Rousseau, "De la compatibilité des norms", сноска 36 выше, pp. 154-164; Czaplinski-Danilenko, "Conflict of Norms", сноска 73 выше, pp. 14; Jan B. Mus, "Conflicts between Treaties", сноска 21 выше, pp. 214-217; Aust, *Modern Treaty Law...*, сноска 73 выше, pp. 174-181; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts ...*, сноска 21 выше, pp. 86-97; Fitzmaurice & Elias, *Contemporary Issues...* сноска 73 выше, pp. 323-325; Patrick Daillier and Alain Pellet, *Droit international public*, сноска 73 выше, pp. 268-271; Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", сноска 10 выше, pp. 584-587.

³⁵¹ См. Aufricht, "Supersession of Treaties...", сноска 116 выше, pp. 666-667.

"Положения настоящей Конвенции не затрагивают конвенций или других международных соглашений, действующих в отношениях между государствами - сторонами этих конвенций или соглашений".

В этой связи возникает также опровержимая презумпция согласованности между предшествующим и последующим договорами³⁵².

4) *Клаузулы в последующем договоре, которые предусматривают, что в отношениях между участниками он обладает приоритетом над предшествующим договором.* Речь как раз идет об одном из случаев "изменения" договора посредством соглашения *inter se*, и этот случай будет более подробно рассмотрен в разделе D.4 ниже.

5) *Клаузулы в последующих договорах, которые однозначно прекращают действие предшествующего договора*³⁵³. Примером может служить пункт 1 статьи 311 Конвенции ООН по морскому праву, в соответствии с которым в отношении между государствами - участниками этой Конвенции и конвенций по морскому праву 1958 года первая имеет преимущественную силу.

6) *Клаузулы в последующих договорах, которые однозначно сохраняют силу предшествующих совместимых договоров.* Примером может служить пункт 2 статьи 311 Конвенции ООН по морскому праву, в соответствии с которым: "настоящая Конвенция не изменяет прав и обязанностей государств-участников, которые вытекают из других соглашений, совместимых с настоящей Конвенцией, и которые не затрагивают осуществление другими государствами-участниками своих прав и выполнение ими своих обязательств по настоящей Конвенции".

7) *Клаузулы, которые обещают, что будущие соглашения отменяют действие предшествующих договоров.* Это - своего рода *pactum contrahendo*. В качестве примера можно привести статью 307 (бывшую статью 234) Договора, учреждающего Европейское сообщество, где предусматривается, что права и обязанности, которые вытекают из соглашений, заключенных государствами-членами до присоединения к

³⁵² Geneva Convention on the High Seas, AJIL, vol. 52, (1958), p. 842. См. также Borgen "Resolving Treaty Conflicts", сноска 10 выше, p. 586; Aufricht, *ibid.*, p. 669.

³⁵³ Aufricht, *ibid.*, pp. 661-663.

Договору, не затрагиваются его положениями. Однако государства-члены используют все подходящие меры для того, чтобы прекратить действие этих договоров (см. далее раздел D.3.c) ниже).

269. Хотя такие клаузулы, несомненно, являются полезными, существует предел того, что с их помощью может быть достигнуто. Они не могут, например, затрагивать права третьих сторон или вмешиваться в действие *jus cogens* или других иерархических принципов (например, принципов, касающихся неотъемлемых или взаимозависимых обязательств)³⁵⁴.

270. Однако даже в случае принятия клаузул о коллизиях их смысл или действие иногда остаются неясными. В качестве примера можно привести статью 22 Конвенции о биологическом разнообразии 1992 года:

"1. Положения настоящей Конвенции не затрагивают права и обязанности любой Договаривающейся Стороны, вытекающие из любого действующего международного соглашения, за исключением случаев, когда результатом осуществления этих прав и обязанностей стал бы серьезный ущерб или угроза биологическому разнообразию.

2. В том что касается морской среды, Договаривающиеся Стороны осуществляют положения настоящей Конвенции, не вступая в противоречие с правами и обязанностями государств, предусмотренными морским правом".

271. Представляется неясным, что в действительности превалирует над чем в соответствии с этими положениями. Данную статью можно, конечно же, рассматривать в качестве призыва при любых обстоятельствах считать соответствующие документы совместимыми друг с другом (т.е. принцип системной интеграции - см. раздел F ниже) в контексте общего обязательства сотрудничать³⁵⁵. Иногда такая цель непосредственно

³⁵⁴ Waldock, Third report, *Yearbook... 1958*, vol. II, pp. 38, para. 15.

³⁵⁵ Так предлагается в Wolfrum & Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, сноска 22 выше, p. 125; Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge...*, сноска 22 выше, pp. 191-194 et seq.; Fitzmaurice & Elias, *Contemporary Issues...*, сноска 73 выше, p. 333. Подробное обсуждение двусмысленностей клаузулы о коллизии в Протоколе по биобезопасности см. в Sabrina Safrin, "Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization Agreements", *AJIL*, vol. 96 (2002), pp. 606-628.

озвучивается в соответствующей клаузуле о коллизиях³⁵⁶. Однако, если какой-либо участник заявит о каком-либо своем праве исходя из Конвенции о биологическом разнообразии или из того или иного договора, было бы сложно *отказать* ему в таком праве на основании толкования или "координации". Кроме того, иной раз клаузулы о коллизиях сами противоречат себе или исключают друг друга³⁵⁷. В таких случаях необходимо прибегать к общим принципам урегулирования коллизий.

**в) Отношения в рамках одного и разных режимов:
природоохранные договоры**

272. Как отмечалось ранее, статья 30 Венской конвенции имеет свои пределы. Эффективнее всего она работает, когда речь идет о связи между двумя договорами, заключенными одними и теми же участниками по какому-либо смежному вопросу. В этом случае разумно предположить, что последующий договор отражает более позднее волеизъявление участников и, соответственно, подлежит выполнению. Если участники не идентичны, то статья 30 разрешает государству, взявшему на себя несовместимые обязательства, выбрать те, которые оно будет выполнять. Применительно к отношениям *между* такими договорными режимами, как те, которые обычно, как принято считать, существуют в торговом праве, в праве прав человека или природоохранном праве, статья 30 также приносит одни разочарования. Абсолютный приоритет одного договора над другим (т.е. одного режима над другим) нельзя обоснованно выводить на основе простой хронологии. Подход должен быть более нюансированным. Однако маловероятно, что такой подход можно разработать в рамках процедуры урегулирования споров, которая будет обязательно ограничиваться соображениями *ad hoc*. Вместо этого подобному подходу может благоприятствовать принятие надлежащих клаузул о коллизиях. Можно различить два вида таких клаузул. Первый вид может вытекать из статьи 30 Венской конвенции и направлен на установление строгой приоритетности между двумя договорами. Второй вид, рассматриваемый в данном разделе, избегает

³⁵⁶ Так, например, пункт 2 статьи 237 Конвенции ООН по морскому праву уступает приоритет специальным конвенциям в отношении защиты и сохранения морской среды при условии, что они должны осуществляться "совместимым с общими принципами и целями настоящей Конвенции образом". См. далее Fitzmaurice & Elias, *ibid.*, pp. 334-336.

³⁵⁷ Так обстоит дело с пунктом 3 статьи 311 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву и пунктом 1 статьи 22 Конвенции о биологическом разнообразии. Обсуждение см. в Fitzmaurice & Elias, *ibid.*, p. 334.

определения однозначной приоритетности и направлен на координацию одновременного применения обоих договоров, насколько это возможно.

273. Связь между договорами, которые относятся к разным режимам, является одной из общих проблем. Наиболее остро она встала в связи с договорами, образующими торговый и природоохранный режимы³⁵⁸. Хотя участники переговоров, по-видимому, все лучше и лучше сознают важность данной проблемы, до настоящего времени согласованности на практике не наблюдалось. Так, например, в ходе переговоров по Картахенскому протоколу по биобезопасности к Конвенции о биологическом разнообразии (2000 года) обстоятельно обсуждалась связь Протокола с обязательствами сторон по соглашениям, охватываемым ВТО. В итоге в Протокол было включено положение о его связи с торговыми документами, но при этом остались неучтенными связи со многими другими важными договорами. Речь, в частности, идет о связи Протокола, например, с Международной конвенцией о защите растений, Конвенцией по химическому оружию и Конвенцией по биологическому оружию³⁵⁹.

274. Иллюстрацией нынешних проблем является окончательная формулировка соответствующих пунктов преамбулы к Протоколу по биобезопасности:

"признавая, что торговые и природоохранные соглашения должны быть взаимодополняющими в целях достижения устойчивого развития,

³⁵⁸ Например, в Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, сноска 21 выше, pp. 213-247 рассматриваются конкретные способы урегулирования коллизий для разных видов договоров, в частности договоров о правах человека, и принцип "наиболее благоприятствующего положения"; в Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in...*, сноска 21 выше, pp. 345-361 рассматриваются клаузулы о коллизиях в договоре о ВТО; в Deborah E. Siegel, "Legal Aspects of the IMF/WTO Relationship: The Fund's Articles of Agreement and the WTO Agreement", *AJIL*, vol. 96 (2002), pp. 561-599; Anja Lindroos, "Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis*", *Nordic Journal of International Law* (2005), vol. 74, pp. 30-34, 60-64; Wolfrum & Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, сноска 22 выше, подробно рассматриваются коллизии между природоохранными и другими договорами. Тот факт, что природоохранные договоры особенно чреваты коллизиями с другими договорами, поскольку большинство вопросов связано с окружающей средой, подчеркивается в Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtliche Verträge*, сноска 22 выше, pp. 53-73. ВОЗ рассматривает этот вопрос в контексте международных нормативных актов о здравоохранении, *Review and Approval of Proposed Amendments to the International Health Regulations: Relations with Other International Instruments*, WHO Doc. A/IHR/IGWG/INF.DOC./1, 30 September 2004, pp. 1-10.

³⁵⁹ Safrin, "Treaties in Collision?..", сноска 355 выше, p. 617.

подчеркивая, что настоящий Протокол не интерпретируется как предполагающий изменение прав и обязательств Стороны в соответствии с любыми существующими международными соглашениями,

исходя из того понимания, что в констатирующей части выше не преследуется цель подчинения настоящего Протокола другим международным соглашениям"³⁶⁰.

275. Участники переговоров особенно не стремятся решать, каким точно образом природоохранные и торговые соглашения должны быть связаны друг с другом или с каким-либо иным последующим соглашением³⁶¹. Единственное, с чем они, по всей видимости, соглашались, - это то, что Протокол по биобезопасности следует считать не менее важным, чем любые иные соглашения. Аналогичные положения можно найти и в других договорах. Так, например, в Преамбуле к Международному пакту о генетических ресурсах для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства (2002 года) говорится о том, что ничто в нем "не истолковывается как каким-либо образом означающее изменение в правах и обязанностях Договаривающихся Сторон в соответствии с другими международными соглашениями". Затем там выражается понимание того, что это принципиальное положение "не направлено на создание иерархических отношений между настоящим Договором и другими международными соглашениями"³⁶².

276. Из таких формулировок вытекает готовность признать существование параллельных и способных вступать в коллизии договорных обязательств. Вместе с тем в них четко не прописано, что же следует делать в случае возникновения коллизий. Взамен предлагаются компромиссные решения, которые откладывают решение проблем на будущее. Так, например, в первом пункте клаузулы о коллизиях в Протоколе по биобезопасности говорится, что "торговые и природоохранные соглашения должны быть взаимодополняющими в целях достижения устойчивого развития". Предполагается, что

³⁶⁰ Картаженский протокол по биобезопасности к Конвенции о биологическом разнообразии, Depositary notification C.N.251.2000.TREATIES-1 of 27 April 2000; C.N. 1471.2003.TREATIES-41 of 22 December 2003 (предложение о внесении поправок в текст Протокола на арабском языке) и C.N.291.2004.TREATIES-11 of 26 March 2004 (изменение текста Протокола на арабском языке и препровождение соответствующих кратких отчетов). См. также ILM, vol. 39 (2000), p. 1027.

³⁶¹ Safrin, "Treaties in Collision?...", сноска 355 выше, pp. 618-621, и Borgen, "Resolving Treaty Conflicts", сноска 10 выше, p. 614.

³⁶² Преамбула к Международному договору о растительных генетических ресурсах для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства от 6 ноября 2002 года, <ftp://ext-ftp.fao.org/ag/cgrfa/it/ITPGRe.pdf> (данные от 28 марта 2006 года).

коллизии могут и должны улаживаться между партнерами по договору по мере их возникновения в целях достижения взаимного компромисса³⁶³. Аналогичным образом в упомянутом выше Международном договоре о растительных генетических ресурсах для производства продовольствия и ведения сельского хозяйства признается, что "настоящий Договор и другие международные соглашения, имеющие отношение к настоящему Договору, должны взаимно поддерживать друг друга в целях устойчивого ведения сельского хозяйства и продовольственной безопасности". Другие договоры содержат условные клаузулы о коллизиях, которые также предоставляют большую свободу для оценок и суждений. Так, например, Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением (1989 года) разрешает сторонам заключать другие соглашения "при условии, что такие соглашения не противоречат требованию экологически обоснованного использования опасных или других отходов, предусмотренному в настоящей Конвенции"³⁶⁴. А в Конвенции о биологическом разнообразии 1992 года говорится о том, что "положения настоящей Конвенции не затрагивают права и обязанности любой Договаривающейся Стороны, вытекающие из любого действующего международного соглашения, за исключением случаев, когда результатом осуществления этих прав и обязанностей стал бы серьезный ущерб или угроза биологическому разнообразию"³⁶⁵.

277. В таких клаузулах признается, что разработка общей нормы о приоритетности договоров представляется нецелесообразной, ибо договоры и обстоятельства, которые могут в связи с ними возникнуть, слишком разнородны. Вместо этого участники апеллируют к взаимному стремлению к компромиссу и готовности сделать свои договоры "взаимодополняющими". Другими словами, этим лишь подчеркивается важность согласованного толкования. Этот способ может хорошо работать для договоров, которые относятся к одному и тому же режиму и имеют аналогичные объект и цель, либо проникнуты одним "духом", например, для нескольких природоохранных или торговых договоров *inter se*. Однако, *a priori* исходить из того, что аналогичную готовность будут проявлять и участники договоров, относящихся к разным режимам, договоров, которые направлены на достижение физически несовместимых решений или исходят из самых разных (иной раз противоположных) целей в возникающих ситуациях, аналогичных игре с

³⁶³ Содержание и форма этого "обязательства координировать усилия" подробно рассматриваются в Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge*, сноска 22 выше, pp. 233-390.

³⁶⁴ Статья 11 Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1673, p. 57.

³⁶⁵ Статья 22 Конвенции о биологическом разнообразии, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1760, p. 79.

нулевой суммой, нельзя. В таких случаях одному договору в конечном счете придется отдать предпочтение. В этом контексте акцент переносится с координации усилий на права и обязанности. Если по нечетко сформулированным или прагматичным положениям можно легко добиться компромисса, этого нельзя сказать о положениях, закрепляющих (субъективные) права и обязанности. Для их осуществления по-прежнему важно предусмотреть возможность обращения к не зависящим от договорного режима механизмам урегулирования споров.

278. Взаимный компромисс проще всего найти между двумя договорами, относящимися к одному и тому же режиму, особенно между каким-либо рамочным соглашением и более конкретным (имплементационным) соглашением³⁶⁶. Так, например, многие из клаузул о коллизиях в Конвенции по морскому праву открыты для толкования и не устанавливают четких приоритетов. И это понятно. Зачастую имеет смысл поощрять более подробную конкретную регламентацию. В этом случае имплементационное соглашение будет превалировать как *lex specialis*, а рамочный документ останется "основой" как *lex generalis*, о чем говорилось в разделе С выше. Пункт 2 статьи 311 Конвенции ООН по морскому праву разрешает государствам-участникам заключать соглашения, изменяющие действие положений Конвенции:

"...при условии, что такие соглашения не касаются тех положений, отступление от которых не совместимо с эффективным осуществлением объекта и цели настоящей Конвенции, и при условии также, что такие соглашения не затрагивают применения основных принципов, закрепленных в ней, и что положения таких соглашений не затрагивают осуществления другими государствами-участниками своих прав и выполнения ими своих обязательств по настоящей Конвенции".

279. Здесь "совместимость" определяется довольно свободно. Участникам предоставляется широкая свобода заключать соглашения по вопросам, затрагиваемым в Конвенции ООН по морскому праву, с единственным условием, что такие соглашения "не затрагивают применения основных принципов" или "прав" и "обязательств" участников. Хотя термины "права" и "обязательства" можно толковать более или менее строго, это положение направлено на поиск разумного компромисса. Как и в случае с рассматриваемыми выше природоохранными договорами, его цель, как представляется, заключается в достижении "взаимодополняющей" роли Конвенции ООН по морскому

³⁶⁶ Wolfrum & Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, сноска 22 выше, р. 121. Связь Конвенции ООН по морскому праву как рамочной конвенции с каким-либо имплементационным соглашением применительно к системе урегулирования споров рассматривалась в *Southern Bluefin Tuna case (Australia and New Zealand / Japan)* Award of 4 August 2000 (Jurisdiction and admissibility) UNRIIA, vol. XXII (2004), pp. 1-57.

праву и данных конкретных договоров. Остается неясным, как дело будет обстоять в случае с соглашением, которое будет напрямую противоречить Конвенции³⁶⁷.

280. Слабым местом метода поиска "взаимодополняющего" толкования является его нечеткость. Принимая подобную клаузулу о коллизиях, государства-участники передают правоприменительным инстанциям свое право решать, как поступать в случае возникновения коллизий. Это может работать, когда оба договора относятся к одному и тому же режиму. Если же имеет место коллизия между договорами, относящимися к двум разным режимам, то решение срабатывает лишь тогда, когда в качестве правоприменителя выступает беспристрастная третья сторона, которая подходит к рассмотрению вступивших в коллизию документов извне, не будучи скована режимами соответствующих договоров. В то же время может случиться так, что применять право будет инстанция или административный орган, тесно связанные с тем или иным из (вступивших в коллизию) режимов. В таком случае допускающая вариативность клаузула о коллизиях будет отдавать предпочтение договору, который относится к режиму данной инстанции или органа.

281. Клаузула о коллизиях, в которых упоминается основополагающая цель договора, соответствуют формулировки пункта 1 b) статьи 41 Венской конвенции, где предписывается, что соглашения *inter se* не должны подрывать объект и цель первоначального договора. Зачастую эти клаузулы также поощряют толкование договоров таким образом, который максимально сохраняет права и обязательства, вытекающие из обоих договоров. Подход с позиций согласования ("взаимодополняющей" трактовки) лучше всего согласуется с целью эффективного управления.

282. Вместе с тем вытекающая в этой связи свобода толкования порождает угрозу "структурного перекося" - то, что понимается как "взаимодополняющее" решение, определяется в соответствии с приоритетами органа, уполномоченного толковать клаузулу о коллизиях. Чтобы избежать этого, ключевые положения многосторонних договоров, и особенно положения, касающиеся основных прав и обязательств участников, рекомендуется формулировать достаточно четко, чтобы не скомпрометировать их на стадии применения.

³⁶⁷ Fitzmaurice & Elias, *Contemporary Issues...*, сноска 73 выше, p. 335 и Wolfrum & Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, сноска 22 выше, pp. 15-31.

с) Клаузула о коллизиях в Договоре, учреждающем Европейское сообщество

283. Соглашения об учреждении международных организаций зачастую содержат клаузулу о коллизиях. Наиболее известным примером является статья 103 Устава ООН (см. далее раздел Е ниже). Кроме того, статья 307 (бывшая статья 234) Договора, учреждающего Европейское сообщество, закрепляет норму о коллизиях в отношении соглашений между государствами-членами и третьими сторонами³⁶⁸. Упомянутый Договор обладает абсолютным приоритетом над соглашениями, которые государства-члены заключают между собой. В то же время касательно третьих государств статья 307 гласит:

"Права и обязанности, вытекающие из соглашений, заключенных до 1 января 1958 года между одним или несколькими государствами-членами, с одной стороны, или одной или несколькими третьими странами - с другой, не затрагиваются положениями настоящего Договора.

В той степени, в какой эти соглашения не совместимы с настоящим Договором, заинтересованное государство-член или государства-члены используют все подходящие меры для того, чтобы устранить возникшее несоответствие. В случае необходимости государства-члены оказывают друг другу взаимную помощь для достижения этой цели и, в надлежащих случаях, вырабатывают общую позицию.

При выполнении соглашений, упомянутых в первом параграфе, государства-члены учитывают тот факт, что преимущества, предоставленные в силу настоящего Договора каждому государству-члену, неразрывно связаны с созданием Сообщества и вследствие этого неразрывно связаны с созданием общих институтов с наделением их полномочиями и с предоставлением идентичных преимуществ всеми другими государствами-членами".

³⁶⁸ I. MacLeod, I.D. Hendry, and Stephen Hyett, *The External Relations of the European Communities* (Oxford: Clarendon Press, 1996), p. 229 and Piet Eeckhout, *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations* (Oxford Oxford University Press, 2004), p. 334. См. также, например, Jan. Klabbers, "Re-Inventing the Law of Treaties: the Contribution of the EC Courts", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXX (1999), p. 45-74; Jan Klabbers, "Moribund on the Fourth of July? The Court of Justice on Prior Agreements of the Member States", *European Law Review*, vol. 26, (2001), pp. 187-197; Christian N.K. Franklin, "Flexibility vs. Legal Certainty, Article 307 EC and Other Issues in the Aftermath of the Open Skies Cases", *European Foreign Affairs Review*, vol. 10 (2005), pp. 79-115; P.J. Kuijper, "The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Legal Issues of European Integration*, vol. 25 (1998), No. 1, pp. 1-23; F.E. Dowrick, "Overlapping International and European Laws", *ICLQ*, vol. 27 (1978), p. 629-60.

284. Эта статья наделяет приоритетом договоры, которые государства-члены заключили с третьими государствами до вступления в силу для них Договора, учреждающего Европейское сообщество³⁶⁹. Суд Европейских сообществ (Европейский суд) не раз разъяснял сферу действия статьи 307³⁷⁰. При рассмотрении дела Бургоа Суд подтвердил, что статья 307 "имеет общую сферу применения и применяется в отношении любого международного соглашения, независимо от рассматриваемого в нем вопроса, если это соглашение способно повлиять на применение Договора"³⁷¹. Ни формулировка статьи, ни последующие прецеденты не допускают распространения действия данного положения на соглашения, заключенные государствами-членами после их присоединения к Договору³⁷². Согласно основному прецеденту, данное положение охватывает права третьих сторон и обязательства государств-членов:

"Заявитель отвечает, что термины "права и обязательства" в статье 234 касаются, применительно к "правам", прав третьих стран и, применительно к "обязательствам", обязательств государств-членов и что в соответствии с принципами международного права государство, принимая на себя новое обязательство, которое не совместимо с правами, закрепленными в предшествующем договоре, отказывается *ipso facto* осуществлять эти права в объеме, необходимом для выполнения его новых обязательств"³⁷³.

Такая интерпретация, предложенная заявителем, является обоснованной, и возражения защиты следует отклонить"³⁷⁴.

285. Различие между *правами* третьих государств и *обязательствами* государств-членов связано с вопросом о том, может ли какое-либо государство-член заявить, что оно не в состоянии выполнять свои обязательства по законодательству Сообщества в отношении

³⁶⁹ Klabbers, "Moribund on the Fourth of July?..", *ibid.*, pp. 187-188.

³⁷⁰ Eeckhout, *External Relations of the European Union...*, сноска 368 выше, p. 334.

³⁷¹ Case C-812/79, *Attorney General v. Juan C. Burgoa*, Judgment of 14 October 1980, ECR (1980) 2787, pp. 2802, para. 6.

³⁷² Eeckhout, *External Relations of the European Union...*, сноска 368 выше, p. 335.

³⁷³ Case 10/61, *Commission of the European Economic Community v. Italy*, Judgment of 27 February 1962, ECR 1, para. II B 3. См. также MacLeod et al., *The External Relations of the European Communities*, сноска 368 выше, p. 230, и Eeckhout, *External Relations of the European Union...* *ibid.*, pp. 337-338.

³⁷⁴ Case 10/61, *Commission of the European Economic Community v. Italy*, Judgment of 27 February 1962, ECR 1, para. II B 4.

других государств-членов вследствие какого-либо договора, заключенного им с третьими государствами. В упомянутом выше случае правительство Италии утверждало, что оно не в состоянии выполнять свои обязательства в отношении торговли внутри Сообщества вследствие его обязательств в рамках ГАТТ. Суд быстро прояснил этот вопрос, заявив о том, что "в вопросах, регулируемых Договором о ЕЭС, этот Договор имеет преимущество перед соглашениями, заключенными государствами-членами до его вступления в силу, включая соглашения, принятые в рамках ГАТТ"³⁷⁵. Поэтому в отношениях между членами ссылаться на статью 307 в оправдание торговых ограничений внутри Сообщества нельзя³⁷⁶. Вместе с тем вопрос о разграничении прав и обязанностей отнюдь не прост³⁷⁷. Как отмечал Клебберс, статья 307, несомненно, применима в отношении двусторонних договоров, а также в отношении "двусторонне членимых" многосторонних договоров. В отношении других видов многосторонних договоров статья 307 имеет лишь ограниченное применение³⁷⁸.

286. Статья 307 не возлагает никаких обязательств на само Сообщество. Однако, как заявил Европейский суд при рассмотрении дела *Бургоа*:

"Хотя в первом пункте статьи 234 упоминаются лишь обязательства государств-членов, этот пункт не достиг бы своей цели, если бы из него не вытекала обязанность учреждений Сообщества не препятствовать выполнению обязательств государств-членов, которые вытекают из заключенного ранее соглашения. Однако эта обязанность учреждений Сообщества направлена лишь на то, чтобы позволить соответствующему государству-члену выполнять его обязательства по предшествующему соглашению, и не обязывает Сообщество в отношении такой страны, не являющейся членом Сообщества"³⁷⁹.

287. В соответствии со статьей 307 Договора, учреждающего Европейское сообщество, государства-члены вправе выполнять свои предшествующие соглашения с третьими государствами, а Сообщество обязано не препятствовать этому. В то же время

³⁷⁵ Ibid., para. II B 5.

³⁷⁶ MacLeod et al., *The External Relations of the European Communities*, сноска 368 выше, р. 230. Эта позиция нашла подтверждение в *Case 121/85, Conegate Limited v. HM Customs & Excise*, Judgment of 11 March 1986, ECR (1986) 1007, р. 1024.

³⁷⁷ Klabbers, "Re-Inventing the Law of Treaties...", сноска 368 выше, р. 63.

³⁷⁸ Ibid., р. 64-65.

³⁷⁹ *Case C-812/79, Attorney General v. Juan C. Burgoa*, Judgment of 14 October 1980, ECR (1980) 2787, р. 2803, para. 9.

государства-члены также обязаны принять все надлежащие меры для устранения возникших несоответствий между их обязательствами в рамках Сообщества и такими предшествующими договорами³⁸⁰. Как отметил Европейский суд, в связи с этим возникает обязанность прилагать активные усилия для приведения внешних обязательств в соответствие с обязательствами в рамках Сообщества:

"...хотя в контексте статьи 234 Договора государства-члены вправе выбирать, какие подходящие меры принимать, они тем не менее обязаны устранять все несоответствия, возникшие между какой-либо конвенцией, заключенной до учреждения Сообщества, и Договором, учреждающим Европейское сообщество. Если какое-либо государство-член столкнется с трудностями, которые не позволяют корректировать то или иное соглашение, то в этом случае нельзя исключать обязательство денонсировать такое соглашение"³⁸¹.

"Касательно довода о том, что такая денонсация приведет к несоразмерному ущемлению внешнеполитических интересов [...] по сравнению с интересами Сообщества, следует подчеркнуть, что баланс между внешнеполитическими интересами какого-либо государства-участника и Сообщества уже учитывается в статье 234 Договора, поскольку она позволяет государству-участнику не осуществлять то или иное положение Договора о Сообществе в целях уважения прав третьих стран, вытекающих из какого-либо предшествующего соглашения, и выполнять свои обязательства по этому соглашению. Данная статья также позволяет им выбирать надлежащие меры для приведения такого соглашения в соответствие с законодательством Сообщества"³⁸².

288. По мнению Европейского суда, закрепленное в статье 307 требование "устранить возникшее несоответствие" является довольно строгим³⁸³. Суд, как представляется, допускает, что то или иное государство-участник может столкнуться с трудностями при приведении своих внешних обязательств в соответствие с законодательством Европейского сообщества. Иногда это может повлечь за собой обязанность денонсировать такие обязательства. Другими словами, как отметил Экхаут, "внешнеполитические интересы государств-членов не могут превалировать над этим обязательством, и какое-либо государство-член не может в принципе утверждать, что

³⁸⁰ Ibid., pp. 2807-2809, paras 23-26 и Jan Klabbbers, "Moribund on the Fourth of July?...", сноска 368 выше, pp. 188-189.

³⁸¹ C-62/98, *Commission of the European Communities v. Portugal*, Judgment of 4 July 2000, ECR (2000) I-05171, pp. 5211-5212, para 49.

³⁸² Ibid., pp. 5212, para 50.

³⁸³ Klabbbers, "Moribund on the Fourth of July?...", сноска 368 выше, pp. 195-196.

денонсация нанесет ущерб его интересам"³⁸⁴. Экхаут при этом замечает, что "нет никаких посылков к тому, что могут возникнуть случаи, когда само Сообщество будет обязано принять меры для устранения несоответствия, например для изменения законодательства Сообщества"³⁸⁵.

d) Положения о разграничении

289. В этой связи следует, вероятно, рассмотреть практику распространения так называемых "положений о разграничении" в многосторонних соглашениях, участником которых является Европейское сообщество. В настоящее время такие положения включены по крайней мере в 17 многосторонних договоров, участниками которых являются как члены, так и нечлены Европейского сообщества (а в ряде случаев и само Европейское сообщество)³⁸⁶. По мнению Европейской комиссии, цель этих положений

³⁸⁴ Eeckhout, *External Relations of the European Union...*, сноска 368 выше, р. 342.

³⁸⁵ Ibid.

³⁸⁶ Конвенция Совета Европы об отмыывании, выявлении, изъятии, конфискации доходов от преступной деятельности и финансировании терроризма от 16 мая 2005 года (Варшава), пункт 4 статьи 52; Конвенция Совета Европы о противодействии торговле людьми от 16 мая 2005 года (Варшава), пункт 3 статьи 40; Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма от 16 мая 2005 года (Варшава), пункт 3 статьи 26; Конвенция Совета Европы о личных контактах с детьми от 15 мая 2003 года (Страсбург), пункт 3 статьи 20; Европейская конвенция о защите наследия аудиовидеопроизведений от 8 ноября 2001 года (Страсбург), статья 21; Европейская конвенция о правовой защите услуг, базирующихся на или состоящих в условном доступе от 24 января 2001 года (Страсбург), пункт 4 статьи 11; Европейская конвенция о содействии транснациональной длительной добровольной службе для молодежи от 11 мая 2000 года (Страсбург), пункт 2 статьи 19; Соглашение о незаконных перевозках по морю наркотиков и психотропных веществ, имплементирующее статью 17 Конвенции ООН по борьбе с незаконными перевозками наркотиков и психотропных веществ от 31 января 1995 года (Страсбург), пункт 3 статьи 30; Европейская конвенция по вопросам авторского и смежного прав в рамках трансграничного спутникового радиовещания от 11 мая 1994 года (Страсбург), пункт 1 статьи 9; Конвенция о гражданской ответственности за ущерб в результате деятельности, опасной для окружающей среды от 21 июня 1993 года (Лугано), пункт 2 статьи 25; Европейская конвенция относительно некоторых международных аспектов банкротства от 5 июня 1990 года (Стамбул), пункт 2 статьи 38; Протокол к Конвенции о предупреждении злоупотреблений в финансовой сфере лицами в силу своего служебного положения от 11 сентября 1989 года (Страсбург), статья 1; Европейская конвенция о трансграничном телевидении от 5 мая 1989 года (Страсбург), пункт 1 статьи 27; Европейская конвенция о предупреждении злоупотреблений в финансовой сфере лицами, допущенными к конфиденциальной информации в силу своего служебного положения от 20 апреля 1989 года (Страсбург), статья 16-бис; Конвенция Совета Европы/ОЭСР о

заключается в обеспечении непрерывного применения норм Сообщества между государствами - членами ЕС без какого-либо намерения повлиять на обязательства между государствами-членами и другими участниками договоров³⁸⁷. Точная формулировка этих положений в разных конвенциях различна, но их суть точно отражена в статье 27 Конвенции о взаимной административной помощи в налоговой области 1988 года:

взаимной административной помощи в налоговой области от 25 января 1988 года (Страсбург), пункт 2 статьи 27; Протокол о гражданской ответственности и компенсации за ущерб, причиненный трансграничным воздействием промышленных аварий на трансграничные воды от 21 мая 2003 года (Киев), пункт 2 статьи 20; принятая ЮНИДРУА Конвенция о похищенных или вывезенных незаконно культурных ценностях от 24 июня 1995 года, пункт 3 статьи 13.

³⁸⁷ Европейское сообщество/Европейский союз и его государства-члены также включили следующее заявление в пояснительный доклад относительно Конвенции Совета Европы о терроризме 2005 года: "Европейское сообщество/Европейский союз и его государства-члены подтверждают, что цель, которую они преследуют, предлагая включить "положение о разграничении", заключается в том, чтобы учитывать институциональную структуру Союза при присоединении к международным договорам, в частности в случае передачи Сообществу суверенных прав от государств-членов. Это положение не направлено на сокращение прав или увеличение обязательств какой-либо стороны, не входящей в Европейский союз, по отношению к Европейскому сообществу/Европейскому союзу и его государствам-членам, постольку поскольку последние также являются участниками данной Конвенции. Положение о разграничении необходимо для тех частей Конвенции, которые относятся к компетенции Сообщества/Союза, чтобы подтвердить то, что государства - члены Европейского союза не могут задействовать и осуществлять вытекающие из Конвенции права и обязанности непосредственно между собой (или между ними и Европейским сообществом/Европейским союзом). Это не умаляет того факта, что Конвенция действует в полной мере между Европейским сообществом/Европейским союзом и его государствами-членами, с одной стороны, и прочими сторонами Конвенции - с другой; государства - члены Сообщества и Европейского союза будут связаны Конвенцией и будут осуществлять ее как и все Стороны Конвенции, если необходимо, через посредство законодательства Сообщества/Союза. Таким образом они будут обеспечивать всестороннее соблюдение положений Конвенции по отношению к Сторонам, не входящим в Европейский союз". Будучи документом, составленным в связи с заключением договора по смыслу пункта 2 b) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров, это заявление является частью "контекста" Конвенции. *European Treaty Series*, No. 196, para. 272; см. также Loïc Azoulay, "The Acquis of the European Union and International Organizations", *European Law Journal*, vol. 11 (2005), особенно p. 211; и Andrea Schulz, "The Relationship between the judgments project and other international instruments", Preliminary document No. 24 of December 2003, Hague Conference on Private International Law, http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd19e.pdf (данные от 31 марта 2006 года).

"Несмотря на принципы, предусмотренные настоящей Конвенцией, Стороны, являющиеся членами Европейского экономического сообщества, применяют в своих взаимоотношениях единые принципы, действующие в Сообществе".

290. Некоторые положения о разграничении носят общий характер, охватывая какой-либо договор в целом. Другие положения являются частичными или условными³⁸⁸. Одним из примеров положения о частичном разграничении, направленном на замену лишь некоторых статей первоначального договора, является положение, содержащееся в пункте 2 статьи 20 Протокола о гражданской ответственности и компенсации за ущерб, причиненный трансграничным воздействием промышленных аварий на трансграничные воды³⁸⁹. В качестве примера положения об условном разграничении можно упомянуть пункт 3 статьи 26 Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма, где упоминаются нормы Европейского сообщества "без ущерба для объекта и цели настоящей Конвенции и без ущерба для ее всестороннего осуществления другими Сторонами". Еще одно, возможно столь же расплывчатое, условие зафиксировано в статье 30 Соглашения о незаконных перевозках по морю наркотиков и психотропных веществ, имплементирующего статью 17 Конвенции ООН по борьбе с незаконными перевозками наркотиков и психотропных веществ, где предусматривается, что, "если две и более Сторон уже заключили какое-либо соглашение или договор в отношении вопроса, рассматриваемого в настоящем Соглашении, и иным образом определили свои отношения применительно к этому вопросу, они могут согласиться применять такое соглашение или договор или регулировать свои отношения соответствующим образом вместо настоящего Соглашения, если это облегчает международное сотрудничество"³⁹⁰.

291. Во всех случаях в отношениях между членами ЕС нормы договора заменяются целиком или частично нормами ЕС. Однако обязательства между членами ЕС и другими сторонами договора по-прежнему в полной мере регулируются договором. Включение таких положений в многосторонние договоры дало определенный повод для беспокойства. Казалось, что такие положения сложно классифицировать на основе

³⁸⁸ Проводимую классификацию положений см. Constantin P. Economidès & Alexandros G. Kolliopoulos, "La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire: une pratique critiquable", RGDIP (2006, forthcoming).

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Ibid.

Венской конвенции, и воздействие их распространения на целостность первоначального договора было сопряжено с определенными проблемами³⁹¹.

292. Пункт 2 статьи 30 Венской конвенции предусматривает, что "если в договоре устанавливается, что он обусловлен предыдущим или последующим договором или что он не должен считаться несовместимым с таким договором, то преимущественную силу имеют положения этого другого договора"³⁹². Эта формулировка охватывает также и положения о разграничении. Таким образом, их лучше всего рассматривать как клаузулы о коллизиях, добавленные к договорам в целях регулирования возможных коллизий между законодательством Сообщества и договором. Проблемы в связи с такими положениями могут, по всей видимости, возникнуть потому, что они открыты не только для некоторых участников первоначального договора, а содержание законодательства Сообщества, на которое они ссылаются, может быть неясными или изменчивым. Тем не менее это мало чем отличается от обычных поправок *inter se*, которые также действуют между некоторыми участниками и могут претерпеть в будущем изменения.

293. При каких условиях такого вида положения допустимы? Основным критерием является, конечно же, согласие с таким положением всех участников, снимающее любые вопросы по поводу действительности. В то же время нельзя исключить, что другие участники могут не знать о фактическом подтексте положения о разграничении, поскольку упоминаемые в нем нормы (соответствующие нормы ЕС) туманны, были изменены или истолкованы по-новому. В этом случае нормы ЕС начинают походить на новый, принятый позже договор, охватываемый пунктом 4 статьи 30 Венской конвенции. В соответствии с пунктом 5 статьи 30 Венской конвенции "пункт 4 [статьи 30] применяется без ущерба для статьи 41"³⁹³. По сути это означает, что допускающее вариантивность положение о разграничении может стать *также* условным вследствие требований статьи 41. В ходе разработки Венской конвенции Председатель КМП подтвердил, что право на изменение *inter se* не должно быть неограниченным, ибо любые изменения должны соответствовать объекту и цели договора³⁹⁴. Аналогичную позицию занял Пелле применительно к оговоркам, пояснив, что прямо допустимая безусловная

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Пункт 2 статьи 30 ВКПМД.

³⁹³ Процесс разработки этих двух статей был очень схож. См. разделы D.2 b) и D.4.

³⁹⁴ The 876th ILC Meeting of 22 June 1966, *Yearbook... 1966*, vol. I, Part Two, p. 219.

оговорка должна также соответствовать объекту и цели³⁹⁵. Таким образом, хотя сфера действия и содержание положения о разграничении обычно охватываются первоначальным на них согласием сторон, при изменении регламентации, упоминаемой в таком положении, подобное изменение допустимо лишь в той мере, в какой оно "не влияет на пользование другими участниками своими правами по договору или на выполнение ими своих обязательств; и не затрагивает положения, отступление от которого является несовместимым с эффективным осуществлением объекта и цели договора в целом", как то предусмотрено в пункте 1 статьи 41 Венской конвенции.

294. Как и изменение *inter se*, положение о разграничении позволяет ограниченной группе участников более полно реализовать цели договора посредством принятия мер, которые соответствуют их особым обстоятельствам. Однако по примеру соглашений *inter se* в связи с этой практикой возникает угроза подрыва первоначального договорного режима. Реальное действие положений о разграничении зависит от их конкретной формулировки. Их, однако, объединяет то, что они направлены на замену договора в целом или в части каким-либо иным режимом, который будет применяться лишь в отношении определенных участников. Реальное существо таких положений определяется не их внешним видом, а тем режимом, о котором в них говорится. Реальный повод для беспокойства касается соответствия существа такого режима самому договору. С точки зрения других участников договора использование положения о разграничении может породить двойные стандарты, быть политически некорректным или даже вызывать путаницу³⁹⁶. В целях устранения оснований для такого беспокойства некоторые положения о разграничении формулируются так, чтобы они не наносили "ущерба объекту и цели настоящей Конвенции". Вместе с тем, если в них и нет подобной ссылки, условие соответствия объекту и цели может, как отмечалось выше, вытекать из условий, определенных для изменения *inter se*. При оценке такого соответствия, по-видимому,

³⁹⁵ Аллен Пелле, Десятый доклад об оговорках к международным договорам, документ A/CN.4/558/Add.1 (2005), стр. 3-4.

³⁹⁶ См., например, выступление Председателя Парламентской ассамблеи Совета Европы Сергия Головатого 7 апреля 2005 года на двадцать шестой Конференции министров юстиции европейских стран в Хельсинки, http://www.coe.int/T/E/Com/Files/Ministerial-Conferences/2005-Helsinki/disc_holovaty.asp (по данным за 31 марта 2006 года); доклад г-жи Рут-Габриеллы Вермот-Мангольд для обсуждения в Постоянном комитете в рамках чрезвычайной процедуры проекта конвенции Совета Европы о борьбе с торговлей людьми 15 марта 2005 года, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc05/EDOC10474.htm> (по данным за 31 марта 2006 года); Peter J. Kuijper: "The Conclusion and Implementation of the Uruguay Rounds results by the European Community", EJIL, vol. 6, (1995) pp. 223-224; Interim Health Protection Agency operational statement on the International Health Regulations, 12 May 2004, http://www.hpa.org.uk/hpa/international/IHR_statement.htm (по данным за 31 марта 2006 года).

следует учитывать два аспекта. Во-первых, положение о разграничении должно быть согласовано со всеми участниками договора. В этом плане практика, как представляется, не вызывает проблем. Действенность положения о разграничении обусловлена согласием участников. С другой стороны, не факт, что участники всегда хорошо информированы о содержании режима, о котором говорится в положении, и что этот режим может быть изменен независимо от воли или даже без информирования других участников. В таких случаях критерий соответствия объекту и цели станет необходимой планкой оценки практики участников договора. Как и при других обстоятельствах, следует, по всей видимости, определять, являются ли положения, на которые ссылается договор, тем, что Фитцморис называл "неотъемлемыми" или "взаимозависимыми" положениями, неотделимыми от договора.

4. Соглашения *inter se*

295. Как отмечалось выше, в ходе обсуждения в КМП вопроса о коллизии договоров неизменно проводилось различие между последующими соглашениями, заключенными некоторыми участниками договора для изменения действия этого договора в их отношениях *inter se*, и последующими договорами, в которых, помимо участников предшествующего договора, принимают участие и другие государства. Первый случай (соглашения *inter se*) сейчас охватывается статьей 41 Венской конвенции.

296. Специальные докладчики Комиссии выделяли важное практическое значение изменений *inter se*, вносимых в многосторонние договоры. Лаутерпахт подчеркивал, что такие изменения получили широкое распространение, ибо они позволяют развивать договоры, с тем чтобы они более эффективно действовали в отношениях между некоторыми участниками, причем единственный возникающий вопрос заключается в том, может ли подобное соглашение затронуть права других участников договора в такой степени, что договор утратит свою силу³⁹⁷. Фитцморис рассматривал договор *inter se* в качестве "одного из основных способов, который все шире используется в настоящее время для изменения необходимым и, возможно, желаемым образом каких-либо аспектов договорного режима"³⁹⁸. Уолдок соглашался с тем, что практика подтверждает

³⁹⁷ H. Lauterpacht, Second Report, *Yearbook...* 1954, vol. II, p. 136.

³⁹⁸ Fitzmaurice, Third Report, *ibid*, 1958, vol. II, p. 43, para. 89 (commentary on Draft article 18 (8)).

соглашения *inter se* как "приемлемый метод пересмотра общих многосторонних договоров"³⁹⁹.

"Так, в 1906 году Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях 1864 года была заменена новой Конвенцией, в которой было предусмотрено, что, в случае ее ратификации должным образом, она заменит Конвенцию 1864 года в отношениях между Договаривающимися государствами, но что Конвенция 1864 года будет по-прежнему действовать в отношениях участников этой Конвенции, не ратифицировавших новую Конвенцию. Аналогичное положение было включено в Гаагские конвенции о законах и обычаях сухопутной войны 1907 года, которые заменили собой предшествующую Конвенцию 1899 года"⁴⁰⁰.

297. Действительно, заключение соглашений между ограниченным числом участников какого-либо многостороннего договора является старой практикой, которая зачастую предусмотрена в заключительных положениях самого договора⁴⁰¹. Такие соглашения *inter se* необязательно отступают от положений договора. Напротив, они направлены на осуществление, обновление и укрепление договора в отношениях между участниками измененного договора. В подобных случаях нет никаких оснований не допускать их всестороннее применение.

298. Так, например, Венская конвенция о дипломатических сношениях 1961 года, а также Венская конвенция о консульских сношениях 1963 года разрешают заключать те соглашения по рассматриваемым в них вопросам, которые обеспечивают более благоприятный режим или подтверждают, дополняют, распространяют или расширяют ее соответствующие положения⁴⁰². В качестве примера последнего положения можно привести соглашение, заключенное между Чехословакией и Австрией 14 марта 1979 года, в котором оба государства желают "подтвердить, дополнить и расширить положения этой Конвенции [Венской конвенции о консульских сношениях] в соответствии с пунктом 2 ее статьи 73 и тем самым способствовать также дальнейшему развитию дружеских отношений между двумя государствами согласно положениям Заключительного акта

³⁹⁹ Waldock, Third Report, *ibid.*, 1964, vol. II, p. 49.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ Обсуждение типичных случаев, когда многосторонние договоры обновляются и улучшаются последующими "специальными" (*inter se*) соглашениями, см. в Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, сноска 21 выше, pp. 114-119.

⁴⁰² Статья 47 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года, *United Nations Treaty series*, vol. 500, p. 95, и статья 72 и пункт 2 статьи 73 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года, *United Nations Treaty series*, vol. 596, p. 261.

совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе"⁴⁰³. Другим примером является Европейская конвенция о консульских функциях от 11 декабря 1967 года: государства - члены Совета Европы, участники Венской конвенции о консульских сношениях, распространили соответствующие привилегии за рамки, определенные в Венской конвенции, отметив, что эти особые нормы вводятся в интересах тесного сотрудничества между ними⁴⁰⁴.

299. Примером договора, ясно призывающего участников заключать соглашения, которые осуществляют или расширяют его положения, является Договор о нераспространении ядерного оружия от 1 июля 1968 года, статья 7 которого предусматривает, что "никакое положение настоящего Договора не затрагивает права какой-либо группы государств заключать региональные договоры с целью обеспечения полного отсутствия ядерного оружия на их соответствующих территориях". После этого было действительно заключено несколько региональных соглашений, которые усилили запрещение ядерного оружия на региональном уровне⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Это Соглашение добавляет, в частности, "члена семьи" к категории лиц, определяемых в статье 1 Конвенции 1963 года, и расширяет консульские функции, определенные в различных пунктах статьи 5 Конвенции. См. *United Nations Treaty series*, vol. 1224, p.21.

⁴⁰⁴ Preamble, *European Treaty Series* (Council of Europe: Strasbourg, 1993) vol. II, No. 61, p 274. Государства - члены Европейского союза заключили много соглашений *inter se*, вводящие в их отношения более благоприятный режим, чем общий режим многосторонних договоров, основанных на цели Совета Европы, которая заключается в "достижении более тесного единства между его членами... [для] содействия их экономическому и социальному прогрессу... посредством соглашений и совместных действий в экономической, социальной, культурной, научной, правовой и административной сферах". См., например, Европейскую конвенцию относительно формальностей, необходимых для оформления заявок на патенты, от 11 декабря 1953 года и Конвенцию относительно унификации некоторых элементов патентного права на изобретения от 27 ноября 1963 года, заключенные на основе статьи 15 пересмотренной в 1934 году Парижской конвенции о защите промышленной собственности от 20 марта 1883 года. Тексты см. *United Nations Treaty series*, vol. 218, p. 27; *United Nations Treaty series*, vol. 1249, p. 369.

⁴⁰⁵ См., например, Договор о зоне, свободной от ядерного оружия, в Юго-Восточной Азии от 15 декабря 1995 года (Бангкокский договор); Договор о безъядерной зоне южной части Тихого океана от 6 августа 1985 года (Договор Раротонга) между государствами южной части Тихого океана (Австралией, Новой Зеландией и островными государствами региона) и Договор о зоне, свободной от ядерного оружия, в Африке от 11 апреля 1996 года (Пелиндабский договор) относительно создания зон, свободных от ядерного оружия, соответственно в Юго-Восточной Азии, в регионе Тихого океана (где один из протоколов ясно запрещает ядерные испытания) и Африке. Тексты договоров см.

300. Хотя все специальные докладчики согласились с тем, что способность заключать соглашения *inter se* не может быть неограниченной, первоначально акцент ставился на необходимости действовать добросовестно и в консультации с другими участниками⁴⁰⁶. Комиссия придавала особое значение процессу уведомления других участников о планируемом *inter se* соглашении⁴⁰⁷. В 1964 году по итогам дискуссий в Комиссии был подготовлен специальный проект (проект статьи 69) по этому вопросу⁴⁰⁸. Большое внимание в ходе обсуждений по-прежнему уделялось уведомлению, хотя Бартош выделил случай, когда соглашения *inter se* "могут также косвенно затронуть" интересы участников первоначального договора⁴⁰⁹. В своем шестом докладе Уолдок представил проект статьи 67, в которой речь шла о "соглашениях об изменении многосторонних договоров только во взаимоотношениях между определенными участниками"⁴¹⁰. Правительства в целом согласились с этой статьей, и при обсуждении в Комиссии в 1966 году Рейтер заметил, что она является разумным компромиссом между необходимостью признавать права участников договора в его первоначальном виде и необходимостью разрешать изменять договор при условии выполнения определенных международных требований⁴¹¹. Именно исходя из этого текста, Венская конференция приняла то, что впоследствии стало статьей 41.

United Nations *Treaty series*, vol. 729 p. 169; ILM, vol. 36, p. 635; ILM, vol. 24, p. 1440; ILM, vol. 35, p. 698.

⁴⁰⁶ Waldock, Third Report, *Yearbook ... 1964*, vol. II, p. 47.

⁴⁰⁷ The ILC 745th Meeting on the 15 June 1964, *Yearbook ... 1964*, vol. I, p. 141.

⁴⁰⁸ The ILC 745th Meeting on the 15 June 1964, *ibid.*, p. 143, см. также pp. 141-152.

⁴⁰⁹ The ILC 764th Meeting on the 13 July 1964, *ibid.*, p. 272.

⁴¹⁰ Sir Humphrey Waldock, Sixth Report, *Yearbook... 1966*, vol. II, p. 47. Статья 67 (Соглашения об изменении многосторонних договоров только во взаимоотношениях между определенными участниками) гласит: "Два или несколько участников многостороннего договора могут заключить соглашение об изменении договора только во взаимоотношениях между собой, если: а) возможность такого изменения предусматривается самим договором; или б) такое изменение: i) не влияет на пользование другими участниками своими правами по договору или на выполнение ими своих обязательств; ii) не затрагивает положения, отступление от которого является несовместным с эффективным осуществлением объектов и целей договора в целом; и iii) не запрещается договором".

⁴¹¹ The 876th ILC Meeting of 23 June 1966, *Yearbook... 1966*, vol. I, Part 2, p. 219.

Статья 41 ВКПМД

Соглашения об изменении многосторонних договоров только во взаимоотношениях между определенными участниками

1. Два или несколько участников многостороннего договора могут заключить соглашение об изменении договора только во взаимоотношениях между собой, если:

- a) возможность такого изменения предусматривается самим договором; или
- b) изменение не запрещается договором и:
 - i) не влияет на пользование другими участниками своими правами по договору или на выполнение ими своих обязательств; и
 - ii) не затрагивает положения, отступление от которого является несовместимым с эффективным осуществлением объекта и цели договора в целом.

2. Если в случае, подпадающем под действие пункта 1 а), договором не предусматривается иное, то указанные участники уведомляют других участников о своем намерении заключить соглашение и о том изменении договора, которое этим соглашением предусматривается"⁴¹².

301. Соглашения *inter se* порождают два вида правоотношений: "общие" отношения между всеми участниками первоначального договора и "особые" отношения между государствами - участниками соглашения *inter se*. Однако подобные ситуации возникают не только в связи с соглашениями *inter se*. Так, например, право возражать против оговорок или соглашаться с ними может привести к тому, что многосторонний договор будет иметь всеобъемлющее действие среди участников в целом и ограниченное действие между этими участниками и сделавшими оговорку государствами⁴¹³.

⁴¹² Аналогичное положение было также включено в статью 41 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, A/CONF.129/15. См. также ILM, vol. 25 (1986), p. 543. Они охватывают случай соглашения, заключенного между двумя или несколькими участниками многостороннего договора для изменения договора только во взаимоотношениях между ними. Такие соглашения *inter se* можно отнести как к *lex posterior*, так и к *lex specialis*. Однако, куда бы эти положения ни относились, они действуют аналогичным образом.

⁴¹³ См. Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, revised by Philippe Cahier, (Paris: PUF, 1995), 3rd ed p. 76.

302. Аналогичная ситуация может также возникнуть в процессе внесения в договор поправок, когда некоторые участники хотят пересмотреть договор, но не все участники согласны с предлагаемым ими пересмотром. В таком случае договор продолжает действовать в своем первоначальном виде в отношении тех участников, которые не участвуют в поправке⁴¹⁴. Так же обстоит дело в отношении участников, которые не ратифицировали поправку: первоначальный договор продолжает действовать в отношениях между ними, а измененный договор вступает в силу в отношении других⁴¹⁵. Различие между "поправками" и соглашениями *inter se* по статье 41 заключается в том, что последние направлены не на пересмотр первоначального договора, а лишь на изменение его действия в отношениях между определенным кругом участников⁴¹⁶. Цель статьи 41 - охватить лишь последний случай⁴¹⁷.

303. Статья 41 направлена на достижение компромисса между двумя требованиями - удовлетворением потребностей ограниченного числа участников, желающих регулировать свои отношения с помощью норм *inter se*, и предоставлением другим участникам возможности продолжать применять договорный режим в его первоначальном виде. В этой статье признается право участников многостороннего договора устанавливать

⁴¹⁴ См. выступление г-на Яссена на 746-м заседании Комиссии, *Yearbook ... 1964*, vol. I, p. 151, para. 51.

⁴¹⁵ См. выступление г-на Кастрена на 752-м заседании Комиссии, *ibid.*, p. 190, para. 67.

⁴¹⁶ Комиссия отказалась от использования термина "revision" ("ревизия", "пересмотр") вследствие его политической коннотации, предпочитая использовать термин "поправка" для обозначения трансформации многостороннего договора всеми участниками и термин "modification" ("модификация", "изменение") для обозначения трансформации многостороннего договора посредством соглашения *inter se*, о чем говорится в отдельной статье. См. обсуждение на 747-м заседании Комиссии, *ibid.*, pp. 152-157.

⁴¹⁷ Комиссия, тем не менее, сочла необходимым провести в своем докладе Генеральной Ассамблее различие, отметив, что "...существует коренное различие между изменяющими договор соглашениями, направленными на изменение договора во взаимоотношениях между участниками в целом, и соглашениями, направленными *ab initio* на изменение действия договора лишь во взаимоотношениях между определенным кругом участников, т.е. соглашениями *inter se*. Хотя и может оказаться так, что изменяющий договор документ будет действовать лишь во взаимоотношениях между определенным кругом участников, Комиссия сочла, что необходимо проводить четкое различие между внесением поправки *stricto sensu* и соглашениями *inter se*, изменяющими действие договора во взаимоотношениях между ограниченным кругом участников. *Yearbook... 1964*, vol. II, pp. 195-196, para. 9.

посредством соглашений *inter se* особый режим. Но при этом, определяя строгие условия для осуществления такого права, статья направлена на защиту общего режима договора.

а) Условия, применимые в отношении заключения соглашений *inter se*

304. Разумеется, договор может либо прямо разрешать, либо прямо запрещать заключение соглашений *inter se* как полностью, так и частично. Если в договоре ничего на это не сказано или в той степени, в которой он допускает вариативность, возникает вопрос о допустимости таких соглашений. Могут быть случаи, когда какое-либо изменение затрагивает интересы или права других участников договора либо осуществление объекта и цели договора. По этим причинам статья 41 Венской конвенции устанавливает строгие условия в отношении заключения соглашений *inter se*⁴¹⁸.
Соглашение *inter se* допускается, если оно:

- "i) не влияет на пользование другими участниками своими правами по договору или на выполнение ими своих обязательств;
- ii) не затрагивает положение, отступление от которого является несовместимым с эффективным осуществлением объекта и целей договора в целом".

i) Защита прав и интересов участников первоначального договора

305. В подпункте b) i) пункта 1 статьи 41 определяется первое из условий, которому должно удовлетворять соглашение *inter se*, а именно: такое соглашение не должно влиять на пользование другими участниками своими правами по договору или на выполнение ими своих обязательств. Это представляется нормальным⁴¹⁹. Правовые последствия

⁴¹⁸ См. заявление сэра Хэмфри Уолдока на 860-м заседании Комиссии: "Однако Комиссия придала важное значение статье 67 и, определив объективно строгие условия в пункте 1, признала, что соглашения *inter se* могут представлять собой потенциальную угрозу интересам других участников первоначального соглашения". *Yearbook...1966*, vol. I, Part two, p. 128, para. 88. В пункте b) статьи 22 проекта Конвенции о праве международных договоров установлены аналогичные условия для сношений *inter se*, см. *Harvard Research in International Law, AJIL*, vol. 29, Supplement (1935), pp. 1016-1024. См. также Francesco Capotorti, "L'extinction et la suspension des traits", *Recueil des cours...*, vol. 134 (1971), p. 509; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, сноска 21 выше, pp. 57-59.

⁴¹⁹ Положение о том, что соглашения *inter se* не должны дополнять ("влиять на") выполнение обязательств другими участниками, было включено в статью 41 в ответ на заявление г-на Паредеса, который отметил, что крайне важно, чтобы соглашения *inter se* не возлагали на них более весомые обязательства или обязанности. Он привел в качестве

соглашения *inter se* касаются лишь его участников, которые остаются связанными первоначальным договором и должны продолжать выполнять его в своих взаимоотношениях с другими участниками, как будто соглашения *inter se* не существует. Однако в некоторых случаях составители первоначального договора могли ясно предусмотреть и допустить конкретные виды отступлений *inter se*. Так например, статья XXIV Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) предусматривает образование и сохранение "таможенных союзов" и "зон свободной торговли" при условии, что пошлины и другие меры регулирования торговли в соответствии с ними "не являются более высокими или более ограничительными, чем общее значение" пошлин или мер регулирования торговли, применявшихся до образования такого союза⁴²⁰. Исходная посылка здесь заключается, несомненно, в том, что региональные торговые соглашения (РТС), как правило, не подрывают систему многосторонней свободной торговли. Тем не менее они могут также породить закрепленные законом имущественные права и препятствовать более широкому упорядочению торговли. В любом случае на такие соглашения часто ссылаются в рамках системы урегулирования споров ВТО, и никто, конечно же, не утверждает, что они были бы *a priori* заключены в нарушение ГАТТ⁴²¹.

306. В то же время договор ГАТТ не содержит никаких норм, которые будут применяться, если два или более членов пожелают заключить соглашение *inter se* для ограничения торговли между ними. В отсутствие таких норм ничто, как представляется,

примера соглашение *inter se*, которое может содержать положение о навигации судов с большей осадкой или о навигации в другие периоды года, чем те, которые определены в первоначальном договоре, и, таким образом, налагать более весомые обязательства или обязанности на других участников первоначального договора, которые не являются участниками соглашения *inter se*. 764-е заседание, *Yearbook... 1964*, vol. I, p. 272, para. 79. См. также комментарий к пункту b) статьи 22 проекта Конвенции о праве международных договоров, *Harvard Research in International Law, AJIL*, vol. 29, Supplement (1935) pp. 1016-1024.

⁴²⁰ Статья XXIV, Генеральное соглашение по тарифам и торговле, United Nations, *Treaty series*, vol. 55, p. 187.

⁴²¹ См., например, *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, 31 May 1999, WTO/DS34/R, para. 9.97 ("общеизвестно, что региональных торговых соглашений становится все больше, с момента создания ГАТТ в 1947 году значение их возрастает, и сегодня они охватывают значительную часть международной торговли"). По состоянию на январь 2005 года ВТО получила уведомление от 312 РТС, 170 из которых продолжали действовать. См. Isabelle van Damme, "What Role is There for Regional International Law in the Interpretation of WTO Agreements", в Lorans Bartels & Frederico Ortino (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System* (Oxford: Oxford University Press, 2006, forthcoming).

не мешает членам заключать соглашения *inter se* о том, что в отношениях между ними они не будут ссылаться, скажем, на статьи III и XI ГАТТ⁴²² применительно к тому, что они считают неоправданными торговыми ограничениями. Такие соглашения повлияли бы на права и обязанности других членов ВТО, но в положительном плане и условие, определенное в статье 41, было бы выполнено⁴²³.

307. Иногда соглашения *inter se* могут не ущемлять напрямую права других участников, но при этом потенциально угрожать их интересам⁴²⁴. Однако повсеместно считается, что участие в каком-либо многостороннем договоре порождает общность интересов и солидарность, предполагая право участников выражать свои мнения относительно совместимости особых соглашений, заключенных между некоторыми из них, с общим режимом договора. Так, в частности, обстоит дело с договорами, направленными на унификацию правовых норм в определенных областях. Эта идея нашла отражение в пункте 3 статьи 311 Конвенции ООН по морскому праву, где предусматривается, что соглашения *inter se*, распространяющиеся на отношения между участниками Конвенции, не должны затрагивать "*применение основных принципов, закрепленных в ней [Конвенции]*", и что положения таких соглашений не затрагивают осуществления другими государствами-участниками своих прав и выполнение ими своих обязательств по настоящей Конвенции"⁴²⁵.

308. В чем состоит "обязательство солидарности", сказать *in abstracto*, конечно же, сложно. В большинстве случаев оно, по всей видимости, охватывается вторым условием, установленным в статье 41: соглашение *inter se* "не затрагивает положение, отступление от которого является несовместимым с эффективным осуществлением объекта и цели договора в целом".

⁴²² В этих статьях запрещаются, соответственно, дискриминация импортируемых товаров в пользу местных товаров и установление количественных ограничений на границе.

⁴²³ См. Joost Pauwelyn, "The Role of Public International Law in the WTO...", сноска 42 выше, pp. 548-549.

⁴²⁴ См. выступления г-на Вердросса и г-на Кастрена на 860-м заседании Комиссии, *Yearbook... 1966*, vol. I, Part two, p. 139, paras. 58 and 59.

⁴²⁵ Выделено автором.

ii) Сохранение объекта и цели многостороннего договора

309. Концепция несовместимости с объектом и целью договора была впервые изложена Международным Судом при рассмотрении дела *об оговорках* (1951 года), и она все шире признается и применяется, в частности, в отношении оговорок. Эта же концепция занимает видное место в статьях Венской конвенции, а именно в статьях 18 (обязанность не лишать договор его объекта и цели), 19 (формулирование оговорок), 31 (толкование), 41 (соглашения *inter se*), 58 (прекращение и приостановление действия соглашения *inter se*) и 60 (прекращение или приостановление действия договора вследствие его нарушения). Концепция объекта и цели практически не анализировалась в специальной литературе до тех пор, пока эта тематика не была подробно рассмотрена в докладах КМП об оговорках⁴²⁶. Высказанные в ходе обсуждений озабоченности по сути не отличаются от озабоченностей, которые также касаются определения допустимости соглашений *inter se* по статье 41, а также по подпункту b) ii) пункта 1 статьи 58, где речь идет о приостановлении действия многостороннего договора⁴²⁷.

310. В ходе разработки Венской конвенции основное внимание в своих обсуждениях КМП уделяла различию между договорами, содержащими (лишь) взаимные обязательства, и договорами, где закреплялись невзаимные обязательства, т.е. договорами "более универсального типа". В первом случае в связи с соглашениями *inter se* серьезных проблем не возникает. Их приемлемость вытекает из того факта, что обычно они затрагивают лишь двусторонние отношения или, если их действие шире, являются позитивными с точки зрения других участников⁴²⁸. Соглашение *inter se* можно рассматривать как развитие договора в полном соответствии с его этосом, объектом и целью.

311. Вместе с тем в случае обязательств, которые не могут быть спроектированы на двусторонние отношения, соглашение *inter se* проще толковать как нечто противоречащее

⁴²⁶ Последнее изложение и обсуждение см. десятый доклад Алена Пелле, документ A/CN.4/558/Add.1 (2005). См. также Isabelle Buffard and Karl Zemanek, «"Object and Purpose" of a treaty: an enigma?» *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3(1998), pp. 311-343, и Jan Klabbers, "Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties", *The Finnish Yearbook of International Law*, vol. VIII (1997), pp. 138-160.

⁴²⁷ См. article 57 (article 58 of the VCLT) of the VCLT, *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Yearbook ... 1966*, vol. II, Part two, pp. 253-255.

⁴²⁸ См., например, Fitzmaurice, *Third Report, Yearbook... 1958*, vol. II, pp. 43-44, paras. 88-89.

объекту и цели договора. В ходе обсуждений в КМП невзаимные договоры рассматривались с точки зрения "абсолютного", "неотъемлемого" или "взаимозависимого" характера их обязательств⁴²⁹. Хотя в статье 41 ни одного из этих терминов ("абсолютный", "неотъемлемый", "взаимозависимый") нет, широко распространено мнение о том, что в этом плане не все договоры носят один и тот же характер. Так, пункт 2 с) статьи 60 Венской конвенции устанавливает особую норму относительно ссылок на нарушение, если "договор носит такой характер, что существенное нарушение его положений одним участником коренным образом меняет положение каждого участника в отношении дальнейшего выполнения им своих обязательств, вытекающих из договора". Кроме того, в пункте b) ii) статьи 42 разработанных КМП проектов статей об ответственности государств (2001 года) упоминается то, что в комментарии называется "взаимозависимыми обязательствами", а именно обязательства, нарушение которых носит такой характер, что "коренным образом меняет положение каждого участника в отношении дальнейшего выполнения им своих обязательств"⁴³⁰.

312. Нет никаких сомнений в важности различия между двумя видами договоров. Венская конвенция о праве международных договоров 1961 года и Венская конвенция о консульских сношениях 1963 года являются примерами договоров, содержащих по сути взаимные обязательства. Участники могут по желанию отходить от этих обязательств в своих взаимоотношениях *inter se*. Иначе обстоит дело, например, с договорами о разоружении, когда выполнение одним из участников его обязательств является предварительным условием для выполнения другими участниками их обязательств. Нарушение одним из участников является по сути нарушением по отношению ко всем другим участникам⁴³¹. Конвенция о правах человека, со своей стороны, является "абсолютным" или "неотъемлемым" договором. Обязательства, которые она налагает, не

⁴²⁹ См., в частности, Fitzmaurice, *ibid*, pp. 41-45, paras. 77-94; *Yearbook...1964*, vol. II, p. 55, para. 10, Third Report, p. 39, para. 17. См. также пункты 109 и 262 выше.

⁴³⁰ См. проекты статей об ответственности государств, комментариев к статье 42, пункт 13 в *Официальных отчетах Генеральной Ассамблеи пятьдесят шестой сессии, Дополнение № 10 (A/56/10)*. В качестве примеров упоминаются "договор о разоружении, договор о безъядерной зоне или любой другой договор, выполнение обязательств по которому всеми участниками в значительной степени зависит от их выполнения и требует их выполнения каждым участником".

⁴³¹ Пример см. также *Yearbook... 1966*, vol. II, p. 255, para. 8. См. также комментарий к пункту b) ii) статьи 42 подготовленных Комиссией проектов статей об ответственности государств (в частности пункт 13), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи пятьдесят шестой сессии, Дополнение № 10 (A/56/10)*.

зависят от ожидания какой-либо взаимности или выполнения другими участниками их обязательств.

313. Прежде всего именно соглашения *inter se*, которые изменяют договоры, закрепляющие такие невзаимные (т.е. "неотъемлемые", "взаимозависимые" или "абсолютные") обязательства, могут влиять на осуществление объекта и цели договоров, и они, соответственно, запрещаются подпунктом б) пункта 1 статьи 41 Венской конвенции. Тем не менее вопрос о процедуре, с помощью которой определяется "несовместимость" сохранится. В соответствии с основным правилом, сформулированным Судом в его заключении по делу об *оговорках*, каждое государство будет самостоятельно оценивать, является ли оговорка, сделанная каким-либо государством, совместимой с объектом и целью договора, и решать, как ему следует действовать в отношении этой оговорки⁴³². Данный вопрос оставлен на усмотрение участников, хотя при этом они обязаны, разумеется, проявлять добросовестность⁴³³. Нет никаких доказательств того, что с соглашениями *inter se* дело обстоит иначе: любой участник многостороннего договора вправе возражать против заключения соглашения *inter se* на том основании, что это соглашение может помешать осуществлению объекта и цели договора⁴³⁴.

iii) Другие ситуации

314. Могут, конечно же, возникнуть ситуации, когда составители какого-либо многостороннего договора, преисполненные стремлением поддержать и укрепить его положения, пожелают включить клаузулы, которые запрещают участникам заключать соглашения в отступлении от договора, либо клаузулы, которые гарантируют примат нормы, изложенной в многостороннем договоре, над нормой, изложенной в специальном соглашении, устанавливая тем самым иерархию договорных норм. Примером такого подхода является Конвенция ООН по морскому праву 1982 года. В пункте 6 ее статьи 311 говорится о том, что "государства-участники соглашаются с тем, что не должно быть никаких поправок, относящихся к основному принципу общего наследия человечества,

⁴³² *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide case, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 26.

⁴³³ См. Paul Reuter, *Introduction au droit des traits*, сноска 74 выше, pp. 74-75.

⁴³⁴ См. D.N. Hutchinson, "Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties", *BYBIL*, vol. 59 (1989), p. 190.

изложенному в статье 136, и что они не будут являться стороной какого-либо соглашения в нарушение вышеуказанного положения"⁴³⁵.

315. Есть и другие клаузулы о коллизиях, которые разрешают участникам заключать соглашения *inter se* при условии, что они не будут противоречить нормам, закрепленным в первоначальном договоре. Речь идет, например, о статье 19 Парижской конвенции об охране промышленной собственности 1979 года⁴³⁶. В большинстве случаев, однако, договоры не содержат положений, которые позволяют или запрещают заключать соглашения *inter se*. В таком случае способность участников заключать соглашения *inter se* необходимо будет определять на основе изложенных в статье 41 критериев, согласно которым изменение допускается в той мере и в том случае, когда оно не подрывает целостность или эффективность договорного режима.

b) Уведомление других участников и их реакция

316. В соответствии с пунктом 2 статьи 41 Венской конвенции о соглашении *inter se* должны быть уведомлены другие участники в надлежащее время, с тем чтобы они могли на него отреагировать⁴³⁷. В 1964 году Комиссия полагала, что уведомлять следует о каждом предложении заключить соглашение *inter se*, но затем, после получения замечаний правительства Нидерландов, она решила, что уведомлять других участников необходимо о каждом намерении заключить соглашение *inter se* за исключением тех случаев, когда в самом договоре содержится положение о заключении таких

⁴³⁵ Текст см. UNCLOS, 21 *ILM* (1982) p. 1261; см. комментарий к пункту 6 статьи 311 в М. Nordquist (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), vol. V, pp. 241 ff.

⁴³⁶ Парижская конвенция об охране промышленной собственности, United Nations, *Treaty series*, p. 305.

⁴³⁷ В момент его принятия это положение было примером прогрессивного развития, а не кодификации международного права. См. выступление сэра Хэмфри Уолдока на 764-м заседании Комиссии, *Yearbook... 1964*, vol. I, p. 274, para. 102. Такое мнение появилось после того, как при обсуждении Комиссией вопроса об уведомлении некоторые члены склонялись к тому, что уведомление необходимо лишь в случае соглашений *inter se*, не предусмотренных в многосторонних договорах, а другие считали его необходимым лишь в случае многостороннего договора, заключенного между небольшим числом государств. См. выступление г-на Аго на 745-м заседании Комиссии, *Yearbook... 1964*, vol. I, p. 203, para. 85, и г-на Тункина на 764-м заседании Комиссии, *Yearbook... 1964*, vol. I, p. 273, para. 97.

соглашений⁴³⁸. В последнем случае договор может потребовать уведомления как о заключении соглашения *inter se*, так и о прекращении действия такого соглашения. Так, например, в пункте 2 статьи 20 Европейской конвенции о признании и исполнении решений относительно опеки над детьми и восстановления опеки над детьми от 20 мая 1980 года предусматривается, что, если два или более договаривающихся государств создали каким-либо образом, в том числе посредством соглашения между ними, особую систему признания или выполнения решений, они могут применять эту систему вместо Конвенции или какой-либо ее части. Участникам Конвенции, которые желают поступить таким образом, следует "уведомить о своем решении Генерального секретаря Совета Европы", а "также уведомить о любом изменении или отмене [их] решения"⁴³⁹.

317. Пункт 2 статьи 41 гласит, что участники, желающие заключить соглашение *inter se* ("указанные участники"), уведомляют других участников о своем намерении. Хотя уведомления могут направить лишь "указанные участники", в договоре может быть предусмотрено, что такое уведомление следует направлять через посредство депозитария договора⁴⁴⁰. Хотя уведомление обычно направляют государства или депозитарии договоров, на практике имеют место случаи, когда можно считать, что такое уведомление было сделано, поскольку намерение изменить договор явно вытекает из объекта соглашения *inter se*.

318. Если уведомление направлено на защиту интересов других участников, то они должны получить его своевременно. Некоторые члены Комиссии полагали, что другие участники должны быть проинформированы о намерении заключить соглашение *inter se* незамедлительно⁴⁴¹. Другие считали, что ввиду сложности информирования о намерении уведомление следует направлять сразу же после заключения и опубликования соглашения⁴⁴². Комиссия постановила, что участникам следует предоставить время для

⁴³⁸ *Yearbook...1966*, vol. II, p. 87, para. 3.

⁴³⁹ Европейская конвенция о признании и исполнении решений относительно опеки над детьми и восстановления опеки над детьми, *European Treaty Series* (Council of Europe: Strasbourg, 1983), vol. IV, No. 105, p. 211.

⁴⁴⁰ См. комментарий к пункту 4 статьи 311 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 года в Nordquist (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982...*, сноска 435 выше, p. 240.

⁴⁴¹ См. вариант проекта статьи 41, предложенный сэром Хэмфри Уолдоком на 860-м заседании Комиссии, *Yearbook ... 1966*, vol. I, Part two, p. 123.

⁴⁴² См. выступление г-на Рейтера на 754-м заседании Комиссии, *Yearbook ... 1964*, vol. I, p. 201, para. 51.

ответа и что это возможно лишь в том случае, если они будут проинформированы о конкретных предложениях, на чем и основана формулировка пункта 2 о том, что другие участники уведомляются о том "изменении договора, которое этим соглашением предусматривается". Другими словами, уведомление следует направлять на относительно продвинутой стадии переговоров по соглашению *inter se*, но в достаточной степени заблаговременно до его заключения, с тем чтобы на это можно было адекватным образом отреагировать.

с) Последствия нарушения многостороннего договора участниками соглашения *inter se*

319. Текст статьи 41 оставляет открытыми два вопроса. Первый касается правовых последствий заключения соглашения *inter se* в нарушение пункта 1 статьи 41 Венской конвенции, которое представляет собой существенное нарушение договора; второй касается правовых последствий возражения, сделанного после того, как в соответствии с пунктом 2 статьи 41 было направлено уведомление⁴⁴³. Вместе с тем представляется очевидным, что соглашение *inter se*, заключенное в отступление от первоначального договора, не утрачивает вследствие этого свою силу. Такой вывод, как представляется, следует из соображений, изложенных выше относительно коллизии договоров с разным составом участников: какими будут последствия - зависит от толкования первоначального договора. Кроме того, последствия нарушения договора рассматриваются в статье 60 Венской конвенции и в рамках режима ответственности государств. Здесь рассматривать эти вопросы неуместно. Тем не менее, весьма кстати могут быть два замечания. Во-первых, коллективное прекращение или приостановление действия первоначального договора происходит посредством единогласного решения тех участников первоначального договора, которые не являются участниками изменения в том случае, когда изменение представляет собой существенное нарушение, т.е. затрагивает положение, которое является важным для осуществления первоначального договора. Во-вторых, отдельные решения о приостановлении действия договора в целом или частично допустимы в двух случаях. Участник, интересы которого особенно затрагиваются (противоправным) изменением, может приостановить действие договора в отношениях между ним самим и участниками противоправного соглашения *inter se*. И если какое-либо существенное нарушение, связанное с таким изменением, коренным образом меняет положение каждого участника в отношении дальнейшего выполнения им

⁴⁴³ См. выступление г-на Бриггса на 860-м заседании Комиссии, *Yearbook ... 1966*, vol. I, Part two, p. 126, paras. 71 ff.

своих обязательств, вытекающих из договора, то любой из затронутых участников может также приостановить действие договора в отношении самого себя⁴⁴⁴.

d) Выводы относительно последовательно заключенных соглашений

320. Правовые нормы о коллизиях между последовательно заключенными соглашениями основаны главным образом на презумпциях, касающихся намерения участников, а также объекта и цели договоров. В этом случае урегулирование коллизий неотъемлемо от толкования договора. Ни предшествующие, ни последующие договоры не получают автоматически преимущество. Сейчас широко признается, что в случаях коллизии речь идет не о недействительности, а об относительной приоритетности договоров. Такой подход также нашел свое отражение в статье 30 Венской конвенции, которая, кодифицируя практику, оставляющую место для различных вариантов, сохраняет открытыми ряд наиболее сложных вопросов. Например, нельзя считать удовлетворительной ситуацию, когда участник, заключивший несовместимые соглашения, имеет право выбора, какое соглашение он будет выполнять и кто из участников соглашения должен будет удовлетвориться задействованием ответственности государств.

321. Венская конвенция также оставила открытым вопрос об особых видах договоров, которые могут обладать приоритетом вследствие их характера. Хотя и Лаутерпахт, и Фитцморис считали, что нет никаких оснований предполагать существование таких категорий - Фитцморис называл их "неотъемлемыми" или "взаимозависимыми" договорами, - в статье 30 они не упоминаются, возможно, потому, что Уолдок (необоснованно) исходил из того, что эта проблема будет решена с помощью положения о *jus cogens*. В любом случае такой подход не соответствует некоторым формам практики в отношении договоров о правах человека. Однако что-то из этой дискуссии нашло отражение в тех пределах, которые статья 41 установила для изменения *inter se*, - пределах, которые в соответствии с пунктом 5 статьи 30 применяются также в отношении других последующих договоров и могут иметь определенное значение (как отмечалось выше) при обсуждении положений о разграничении.

322. Способность заключать соглашения *inter se* является важным и широко признанным инструментом, с помощью которого ограниченное число участников какого-либо договора могут постараться обеспечить наиболее адекватное и эффективное осуществление первоначального договора во взаимоотношениях между ними. Тем не менее статья 41 Венской конвенции также ограничивает способность заключать

⁴⁴⁴ Пункт 2 статьи 60 Венской конвенции. См. также, например, Reuter, *Introduction au droit des traités*, сноска 74 выше, pp. 161-162.

соглашения *inter se*, в частности когда оно явно противоречит объекту и цели первоначального договора.

323. Многие нормы права можно урегулировать *ad hoc* посредством принятия специальных клаузул о коллизиях. На практике, однако, государства зачастую не стремятся устанавливать подобным образом четкую иерархию. Обращение к "координации" при осуществлении некоторых договоров может показаться эффективным способом действий, особенно в тех случаях, когда договоры являются частью того, что называют "режимом", т.е. институционально взаимосвязаны и направлены на достижение параллельных целей. Однако такая координация проблематична в случае разных режимов, т.е. когда "законодательный" подход к коллизии договоров представляется наименее уместным. Возникают также ситуации, когда норма *lex posterior* наименее применима. В таких ситуациях акцент следует сделать на обеспечении прав, закрепленных в соответствующих конвенциях. Если какое-либо право отменяется вследствие его несовместимости с другим договором, то должна возникать ответственность государства. Нет уверенности в том, что такое предположение реально в рамках "управления" договорами, относящимися к конкретному режиму. Для урегулирования коллизий между разными режимами и даже *внутри* одних и тех же режимов, когда в договорах ясно закреплены конкретные (субъективные) права, наилучшей альтернативой представляется обращение в общие органы по урегулированию споров.

**Е. ОТНОШЕНИЯ ПО СТЕПЕНИ ВАЖНОСТИ: СТАТЬЯ 103 УСТАВА
ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ *JUS COGENS* И
ОБЯЗАТЕЛЬСТВА *ERGA OMNES* КАК КОЛЛИЗИОННЫЕ НОРМЫ**

324. Во многом обеспокоенность по поводу фрагментации международного права проистекает из понимания "горизонтального" характера системы международного права. Нормы и принципы международного права не находятся в иерархических взаимоотношениях. Его различные источники (договор, обычай, общие принципы права) также не выстроены в общем порядке какой-либо приоритетности. В этом состоит ключевая разница между системами международного и внутреннего права. Если внутреннее право организовано сугубо иерархически, когда действие системы на самом высоком уровне регламентируется конституцией, в международном праве формальная конституция такого рода отсутствует и, как следствие, отсутствует какой-либо *общий* порядок верховенства одних международно-правовых норм над другими.

325. Тем не менее это никогда не мешало определению в конкретных случаях приоритетности вступивших в коллизию норм. В предыдущих разделах мы видели, как

отношения "специальная/общая" или отношения временной последовательности иногда используются в качестве критериев, на основе которых можно отдавать предпочтение одной норме перед другой. Тем не менее мы также убедились в невозможности абстрактного определения того, каким образом действуют эти связи. Применимость *lex specialis* или *lex posterior* зависит от предварительной оценки релевантности того или иного критерия. В этом отражается прагматическое видение того, что некоторые критерии в конкретных контекстах важнее других - например, в силу того, что они лучше обеспечивают важные интересы или защиту важных ценностей.

326. Еще ни у кого не возникало сомнений в том, что в международном мире некоторые соображения важнее других и должны законно признаваться как таковые, но вопрос о том, как можно было бы описать такие отношения важности, является предметом давней академической полемики. Мы не хотели бы брать ни одну из сторон в этой полемике - например, относительно роли естественного права или политической справедливости в международном праве, или же относительно того, может ли международное право подвергнуться процессу "конституционализации" и до какой степени. Невзирая на трудность изыскания общеприменимой терминологии, которая выражала бы роль ощущения важности тех или иных норм, в практике международного права всегда признавалось наличие некоторых норм, имеющих преимущественную силу над другими нормами и в силу этого подлежащих применению. Не случайно Международный Суд в деле о *канале Корфу* (1949 год) ограничил суверенитет государства, по его определению, "элементарными соображениями гуманности", а в деле о *законности угрозы ядерным оружием или его применения* (1996 год) постулировал существование "незыблемых принципов международного обычного права", что не вызвало никаких принципиальных возражений⁴⁴⁵.

327. Такое неформальное ощущение, что некоторые нормы важнее других норм и что в случае их коллизии именно важные нормы подлежат осуществлению, находит свое отражение в ряде важных практических примеров. В отсутствие общетеоретического осмысления источников этого ощущения важности на практике была разработана терминология, дающая представление о своего рода неформальной иерархии в международном праве. В настоящем разделе речь идет о трех аспектах этой терминологии, а именно о статье 103 Устава ООН, концепциях императивных норм (*jus cogens*) и обязательствах *erga omnes*.

⁴⁴⁵ *Corfu Channel case (the United Kingdom v. Albania) I.C.J. Reports 1949*, p. 22; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 257, para. 79.

1. Статья 103 Устава Организации Объединенных Наций

328. Еще в Статуте Лиги Наций содержалось положение, предполагавшее, что сам Статут был "более высоким сводом правовых норм" по отношению к другим международным обязательствам⁴⁴⁶. Статья 20 Статута была изложена в следующей редакции:

"Члены Лиги, каждый в части, его касающейся, признают, что настоящий договор отменяет все обязательства и соглашения, не совместимые с его постановлениями, и торжественно обязуются не заключать подобных соглашений в будущем.

Если до своего вступления в Лигу один из ее членов принял на себя обязательства, несовместимые с постановлениями договора, он должен немедленно принять меры к освобождению себя от этих обязательств".

329. Это положение стало отправной точкой для разработки статьи 103 Устава ООН. В Сан-Франциско уже существовало общее понимание того, что обязательства по Уставу должны преобладать над другими договорными обязательствами членов⁴⁴⁷. После незначительных разногласий в отношении формулировки этого принципа был единодушно принят нынешний текст, который гласит следующее:

"В том случае, когда обязательства Членов Организации Объединенных Наций по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу".

330. В отличие от Статута статья 103 распространяет приоритетность положений Устава и на будущие соглашения членов, а также на их соглашения с государствами, не являющимися членами ООН.

а) Какие обязательства имеют преимущественную силу?

331. В статье 103 не говорится, что *Устав* имеет преимущественную силу, но упоминаются *обязательства по Уставу*. Помимо прав и обязательств, содержащихся в самом Уставе, это также охватывает обязанности, вытекающие из имеющих обязательную силу решений органов ООН. Самое важное значение в этой связи имеет статья 25,

⁴⁴⁶ См., в особенности, Hersch Lauterpacht, "The Covenant as the Higher Law", BYBIL, vol. 17 (1936), pp. 54-65.

⁴⁴⁷ Rudolf Bernhardt, "Article 103" in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (New York: Oxford University Press, 2002), p. 1293.

обязывающая государств-членов соглашаться с резолюциями Совета Безопасности, принятыми в соответствии с главой VII Устава, и выполнять их. Хотя в Уставе прямо не оговаривается преимущественная сила решений Совета Безопасности в соответствии со статьей 103, она широко признается как на практике, так и в доктрине⁴⁴⁸. Иногда ставится вопрос о том, являются ли также преобладающими в силу статьи 103 резолюции Совета, принимаемые *ultra vires*⁴⁴⁹. Поскольку обязательства для государств - членов ООН могут вытекать только из тех резолюций, которые принимаются в пределах ее полномочий, решения *ultra vires* не обуславливают возникновения каких-либо обязательств. Поэтому коллизии не существует. Аналогичным образом обстоит дело с не имеющими обязательной силы резолюциями, которые принимаются органами ООН, включая Совет Безопасности. Они не охватываются действием статьи 103⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Говоря словами Бернхардта, «поскольку члены ООН по статье 25 обязаны "соглаша[ться] в соответствии с настоящим Уставом, подчиняться решениям Совета Безопасности и выполнять их", они также обязаны, в соответствии со статьей 103, придавать этим обязательствам приоритетность над любыми другими обязательствами". Bernhardt, "Article 103", in *ibid.*, p. 1295. См. также, например, Pierre-Marie Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international", сноска 14 выше, p. 240; Karl Zemanek, "The Legal Foundations of the International System...", сноска 31 выше, p. 230. Альтернативное мнение см. в публикации Derek Bowett, "The Impact of Security Council Decisions to Dispute Settlement Procedures", *EJIL*, vol. 5 (1994), p. 92: "а) решение Совета *не* является договорным обязательством. Им может быть обязательство по соблюдению решения, но не решение *per se*" (курсив в оригинале).

⁴⁴⁹ Susan Lamb, "Legal Limits to United Nations Security Council Powers" in Guy S. Goodwin-Gill et al. (eds.), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie* (Oxford: Clarendon Press, 1999), p. 361; Erika De Wet, *The Chapter VII powers of the United Nations Security Council* (Oxford: Hart, 2005); Niels Blokker, "Is the authorization authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by 'Coalitions of the Able and Willing'", *EJIL*, vol. 11 (2000) p. 541; Georg Nolte, "The limits of the Security Council's Powers and its Functions in the International Legal System: Some Reflections" in Michael Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics. Essays in international relations and international law* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 315.

⁴⁵⁰ Рассмотрение этого вопроса см. в Robert Kolb, "Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council?", *ZaöRV*, vol. 64 (2004), p. 21.

332. Наконец, Совет Безопасности часто претендует на то, что его резолюции имеют преимущественную силу не только над международными обязательствами, но и над частноправовыми контрактами, лицензиями, разрешениями и тому подобное⁴⁵¹. В принципе для настоящих целей ничто не мешает рассматривать соглашения между государствами, подлежащие муниципальному праву, в качестве международных соглашений. Однако в том что касается воздействия резолюций Совета Безопасности на исключительно частноправовые инструменты, необходимо исходить из допущения не о том, что они автоматически становятся недействительными, а о том, что на государства возлагается обязательство не осуществлять такие контракты. При этом могут возникать трудные вопросы ответственности и компенсации за неисполнение, однако в настоящем исследовании нет необходимости вдаваться в проблемы этого рода.

b) Что означает верховенство одного обязательства над другим?

333. Что происходит с обязательством, которое оказывается нижестоящим согласно статье 103? Большинство теоретиков сходятся в том, что в данном случае вопрос состоит не в действительности, а в приоритетности. Действие нижестоящей нормы попросту откладывается в той степени, в которой она вступает в противоречие с обязательством по статье 103⁴⁵². На прениях КМП по статье 30 Венской конвенции Уолдок рассматривал этот вопрос именно таким образом: "...сама формулировка статьи 103 объясняет, что она подразумевает *приоритетность* Устава, а не *недействительность* коллидирующих с ней договоров"⁴⁵³.

⁴⁵¹ См., например, рез. 1160 (1998) СБ, рез. 1127 (1997) СБ, рез. 1173 (1998) СБ, рез. 1267 (1999) СБ, рез. 1298 (2000) СБ.

⁴⁵² См., например, Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international ...", сноска 14 выше, р. 243; Zemanek, "The Legal Foundations of the International System...", сноска 31 выше, р. 230.

⁴⁵³ Sir Humphrey Waldock, Third Report, *Yearbook ... 1964*, vol. II, p. 36.

334. Небольшое число авторов придерживалось более широкой трактовки последствий статьи 103 - а именно, недействительности вступающего в коллизию обязательства - исходя из рассмотрения Устава в качестве "конституции"⁴⁵⁴. Из текста статьи 103 невозможно получить четкий ответ на этот вопрос (приоритетность или недействительность?). И все же слова "преимущественная сила" грамматически не подразумевают, что нижестоящее положение автоматически становилось бы не имеющим никакой юридической силы или даже что его действие приостанавливалось бы. Государству всего лишь воспрещается выполнять обязательство, вытекающее из этой другой нормы. Статья 103 буквально гласит, что в случае коллизии данное государство должно выполнять свое обязательство по Уставу и осуществлять свои обязанности по другим договоренностям в той мере, в какой они совместимы с обязательствами по Уставу⁴⁵⁵. Это согласуется также с подготовительными материалами для разработки Устава, в которых отмечается, что

"было бы достаточно возникновения коллизии при осуществлении обязательства по Уставу. Не имеет значения, возникла ли коллизия вследствие внутреннего несоответствия между этими двумя категориями обязательств или же в результате применения положений Устава при данных обстоятельствах"⁴⁵⁶.

335. Коллизия между обязательством по Уставу и каким-либо другим обязательством может возникнуть исключительно на основе *ad hoc*. Так, например, обстояло дело с

⁴⁵⁴ См. Bernhardt, "Article 103", сноска 447 выше, р. 1297. Еще один автор доказывает, что коллизии обязательств по договорам с обязательствами по Уставу приводят к такому же результату, как коллизии с *jus cogens* - к недействительности. См. Bardo Fassbender, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36 (1998), p. 590. См. также A. D. McNair, *The Law of Treaties*, сноска 57 выше, р. 217.

⁴⁵⁵ См. далее Elena Sciso, "On Article 103 of the Charter of the United Nations in the Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 38 (1987), pp. 169-170; Pierre-Marie Dupuy, "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1 (1997), pp. 13-15. Гудрич и Хамбро заключают, что "...следует отметить, что эта статья [103] не предусматривает автоматической отмены обязательств, не согласующихся с положениями Устава. Данная норма обретает действие такого рода только в случае наличия фактической коллизии". См. Leland M. Goodrich and Edvard Hambro, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents* (London: Stevens & Sons Limited, 1949), 2nd and revised edition, p. 519.

⁴⁵⁶ The United Nations Conference on International Organizations, Report of the Rapporteur of Committee IV/2, Doc. 933, IV/2/42 (2) (Documents, XIII, p. 703), цитируется по Goodrich & Hambro, *ibid.*, p. 519.

Монреальской конвенцией в деле *Локерби*⁴⁵⁷. Трудно предположить, чтобы составители могли намереваться в случае подобной коллизии полностью упразднить коллидирующий договор, что в деле *Локерби* означало бы признание недействительной всей Монреальской конвенции⁴⁵⁸. Это было бы бессмысленным. Кроме того, с телеологической точки зрения лучше рассматривать статью 103 в качестве средства обеспечения возможностей для эффективного осуществления обязательств по Уставу, а не для упразднения других договорных режимов, какова бы ни была инцидентность коллизии.

336. В другом недавно рассматривавшемся деле Высокий суд правосудия в Британии вынес решение, подтвердив примат резолюций Совета Безопасности над обязательствами Британии в области прав человека⁴⁵⁹. Истец, имеющий двойное гражданство Ирака и Великобритании, удерживался под стражей британскими силами в Ираке в течение десяти месяцев без предъявления обвинений. Он утверждал, что это содержание под стражей представляло собой нарушение его прав в соответствии с Законом о правах человека 1998 года. С точки зрения нормативных коллизий это решение особенно значимо в двух отношениях. Во-первых, Суд проверил законность содержания заявителя под стражей с помощью критерия, определенного им как "контекст международного права прав человека"⁴⁶⁰. Вместе с тем Суд истолковал само содержание под стражей в качестве правозащитной меры таким образом, что это позволило ему обойти вопрос о коллизии:

"Совет Безопасности, на который возложена главная ответственность за поддержание международного мира и безопасности, сам определил необходимость в многонациональных силах. Их задачей является восстановление такой безопасности, которая обеспечит эффективную защиту прав человека всех лиц на территории Ирака. Те, кто решил оказать в этом содействие Совету Безопасности, уполномочены предпринимать шаги, необходимые для достижения этой цели, включая содержание под стражей"⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ См. раздел E.1 (d) ниже, особенно дело *Локерби*.

⁴⁵⁸ Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, United Nations *Treaty series*, vol. 974, p. 177.

⁴⁵⁹ *The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, Judgment of 12 August 2005, Case No. CO/3673/2005, [2005] EWHC 1809 (Admin).

⁴⁶⁰ *Ibid.*, see paras. 94 et seq. of the judgment.

⁴⁶¹ *Ibid.*, para. 104.

337. Тем не менее Суд также указал на наличие определенной иерархии:

"...в целях восстановления и поддержания мира и безопасности, без которых никакие права человека на территории Ирака невозможны, Совет Безопасности санкционировал такие задержания, которые необходимы по императивным соображениям безопасности в соответствии со статьей 78 четвертой Женевской конвенции"⁴⁶².

Примечательно и то, что в процессе "проверки законности содержания под стражей" Суд так и не затронул вопроса о возможном *jus cogens*⁴⁶³.

338. Во-вторых, Суд, рассмотрев взаимосвязь между Уставом ООН и всеми другими договорными обязательствами, пришел к выводу о том, что статья 103 Устава ООН охватывает также резолюции Совета Безопасности и что действия, предпринятые во исполнение этих резолюций, преобладают над другими договорными обязательствами - даже правозащитного характера, - и в частности обязательствами, вытекающими из Европейской конвенции о правах человека⁴⁶⁴. Таким образом, Суд не установил, что имело место нарушение прав заявителя.

339. Наконец, примат статьи 103 четко оговаривается по статье 30 (1) Венской конвенции:

"С соблюдением статьи 103 Устава Организации Объединенных Наций права и обязанности государств-участников последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу, определяются в соответствии с нижеследующими пунктами".

340. Контекст этого положения имеет информативный характер. Как отмечалось в разделе D выше, статья 30 - которая касается "применения последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу", - предполагает не признание недействительным договора, действие которого откладывается, а всего лишь откладывание его применения с целью применения вышестоящего договора и только в той мере, в которой это необходимо. Фактически эта констатация просто указывает на

⁴⁶² Ibid., para. 108.

⁴⁶³ Тем не менее г-ну Эд-Джедде было предоставлено разрешение на апелляцию, и в январе 2006 года дело слушалось Апелляционным судом.

⁴⁶⁴ Para. 112 of the judgment in *The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, сноска 459 выше.

отличие иерархии обязательств по Уставу от *jus cogens*, коллизия с которым делает другие нормы недействительными или прекращает их действие⁴⁶⁵.

с) **Особые случаи**

і) **Коллизии с договорами между государствами - членами и государствами - нечленами ООН**

341. Коллизии между обязательствами по Уставу и договорам, заключенным между государствами - членами и государствами - нечленами ООН, порождают трудные правовые вопросы⁴⁶⁶. Говоря словами самой КМП, "точное действие этого положения в отношениях между членами Организации Объединенных Наций и государствами-нечленами может быть не вполне ясным"⁴⁶⁷. В самом деле, в тексте статьи 103 не проводится дифференциация между обязательствами, принятыми между государствами - членами ООН, и обязательствами государств-нечленов и по отношению к ним. В той мере, в какой Устав толкуется в качестве "конституционного" документа, безусловно, никаких проблем не возникает. Например, Бернхардт решает этот вопрос просто:

"имеются веские основания допускать, что договоры с третьими государствами, прямо или, по меньшей мере, на первый взгляд противоречащие Уставу, не только не могут приводиться в исполнение, но и не имеют законной силы в отношении таких государств. Устав стал "конституцией" международного сообщества, и третьи государства в своих договорных и других отношениях обязаны уважать обязательства, возникающие по Уставу для членов ООН"⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Кроме того, высказывалось мнение о том, что "четкое решение проблемы коллизионных обязательств представляется возможным, если положение Устава отражает норму *jus cogens*. ...В этом случае вступающие в коллизию обязательства являются недействительными и остаются таковыми". Bernhardt, "Article 103", сноска 447 выше, р. 1298. Тем не менее источником недействительности в такой ситуации является не Устав ООН, а норма, предусматривающая недействительность всех соглашений, несовместимых с *jus cogens*.

⁴⁶⁶ По общему признанию, в силу того факта, что за пределами круга членов ООН остаются весьма немногие государства, эти вопросы имеют скорее теоретическое значение.

⁴⁶⁷ Draft Articles on the Law of Treaties, *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 214.

⁴⁶⁸ Bernhardt, "Article 103", сноска 447 выше, р. 1298. См. также, например, Fassbender, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", сноска 454 выше, р. 532; вместе с тем в отношении альтернативного мнения см. также Jean-Marc Thouvenin, "Article 103" in Jean-Pierre Cot et al. (eds.), *La Charte des Nations*

342. В том же ключе Гудрич и Хамбро отметили в своем раннем комментарии к Уставу следующее:

"Устав... обретает характер основного закона международного сообщества. Что касается нечленов, то, хотя они формально не приняли его, от них тем не менее ожидают признания этого закона в качестве одной из реалий международной жизни и согласования своего поведения с ним"⁴⁶⁹.

343. И все же нечлены формально не несут обязательств по Уставу, который для них по-прежнему является *res inter alios acta*⁴⁷⁰. При нормальном ходе событий государства-члены не могут освобождаться от обязанности выполнять свои договорные обязательства по отношению к государствам-нечленам на основании статьи 103⁴⁷¹. Тем не менее в доктрине, по всей видимости, укрепилось мнение в пользу подтверждения, по крайней мере для членов ООН, абсолютного примата обязательств по Уставу над противоречащими им обязательствами перед нечленами ООН⁴⁷². Вероятно, в обоснование этой точки зрения можно найти в статье 30 (1) Венской конвенции, которую можно толковать как согласие сторон Венской конвенции с преимущественной силой Устава⁴⁷³. Как бы то ни было вопрос о любой ответственности, которая может наступать по отношению к государству-нечлену в результате применения статьи 103, остается открытым.

Unies: Commentaire article par article (Paris: Economica, 2005), 3rd edn, pp. 2136-2139, и особенно p. 2146: "...таким образом, это само по себе не может считаться ключевым элементом, позволяющим признавать за Уставом Организации Объединенных Наций свойства некой конституции международного сообщества".

⁴⁶⁹ Goodrich & Hambro, *Charter of the United Nations...*, сноска 455 выше, p. 519.

⁴⁷⁰ См. статью 34 Венской конвенции. Лорд Макнейр также подтверждает, что даже Устав ООН не обладает такой силой, чтобы содержащиеся в нем нормы становились обязательными для нечленов. См. McNair, *The Law of Treaties*, сноска 57 выше, p. 218.

⁴⁷¹ Более подробно см. Sciso, "On Article 103 of the Charter of the United Nations...", сноска 455 выше, pp. 167 et seq.

⁴⁷² См., например, Patric Daillier & Alain Pellet, *Droit international public*, сноска 73 выше, Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international...", сноска 14 выше, p. 241; Andreas Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung* (Munich: Beck, 2001) p. 113.

⁴⁷³ Настоящим целям соответствует также уровень кодификации в Венской конвенции обычного международного права.

ii) **Коллизии с нормами обычного международного права
неимперативного характера**

344. Формулировка статьи 103, в которой упомянуты "обязательства по какому-либо другому международному соглашению", предполагает, что в этом положении подразумеваются только конвенционные обязательства. Вместе с тем в отношении охвата ей также обычного права мнения разделились. При разработке Устава из окончательного варианта его текста была в конечном счете исключена формула, согласно которой Устав должен был иметь преимущественную силу над *всеми* другими обязательствами, в том числе возникающими по обычному праву⁴⁷⁴. Из этого можно сделать вывод о том, что, по крайней мере для составителей, статья 103 касалась только других договоров. Однако это не исключает возможности последующих изменений в праве. В самом деле, как минимум, сторонники "конституционной" концепции утверждают, что действие статьи 103 распространяется также на коллизирующие нормы обычного права.

"Было бы неправильно допускать, что обязательства по Уставу не имеют также преимущественной силы по отношению к этим другим обязательствам [в том числе основанным на обычном праве]. Статью 103 необходимо рассматривать во взаимосвязи со статьей 25 и с характером Устава как основного документа и "конституции" международного сообщества. Поэтому идеи, которые легли в основу статьи 103, применимы также в случае коллизии между обязательствами по Уставу и другими обязательствами, помимо тех, которые содержатся в договорах⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ Jean Combacau, *Le pouvoir de sanction de l'ONU: étude théorique de la coercition non militaire* (Paris: Pedone, 1974), p. 282. В одном из ранних комментариев к Уставу также подтверждается, что возможность преобладания обязательств по Уставу над обязательствами по обычному праву даже не рассматривалась в числе вопросов, на которые надлежало дать ответ. См. Goodrich & Hambro, *Charter of the United Nations ...*, сноска 455 выше, pp. 517-518.

⁴⁷⁵ Bernhardt, "Article 103", сноска 447 выше, pp. 1298-1299.

345. Некоторые авторы поддержали это мнение⁴⁷⁶, тогда как другие выразили сомнение в отношении того, действительно ли статья 103 возвышает Устав над обычным правом⁴⁷⁷. Вероятно, здесь могли бы быть уместными два соображения. Во-первых, буквальное толкование приводит к четкому результату. Каким бы широким ни было толкование "международных соглашений", оно не охватывает международный обычай. Во-вторых, вместе с тем, как отмечалось в разделе С выше, как *lex generalis*, обычное право обычно уступает первенство договорам в качестве *leges speciali* - включая, как можно предположить, договоры о создании международных организаций, таких, как ООН. В любом случае практика Совета Безопасности неизменно основывалась на понимании того, что резолюции Совета Безопасности превалируют над коллизионным обычным правом. Поскольку Совет Безопасности создан на основании Устава, было бы странно, если бы превалирующее действие резолюций Совета Безопасности не распространялось на сам Устав. Поэтому, как представляется, разумно согласиться с преобладающим мнением о том, что статью 103 следует толковать широко в смысле подтверждения того, что обязательства по Уставу преобладают также над обязательствами государств - членов ООН по обычному праву⁴⁷⁸.

iii) Коллизии с нормами *jus cogens*

346. Если государства - члены ООН не могут разрабатывать законные соглашения, вступающие в противоречие с *jus cogens*, они по необходимости не могут также облечь международную организацию полномочиями, предусматривающими нарушение императивных норм. И действительно, как теория, так и практика недвусмысленно подтверждают, что результатом коллизий между Уставом ООН и нормами *jus cogens*

⁴⁷⁶ См., например, работу Alina Kaczorowska, *Public International Law* (London: Old Bailey Press 2002), p. 21, в которой автор отмечает, что "ряд комментаторов предположили, что это положение в равной степени применялось бы к несовместимым нормам обычного права". К сожалению, какие-либо ссылки не приводятся.

⁴⁷⁷ См., например, работу Nigel D. White & Ademola Abass, "Countermeasures and Sanctions" in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 518, в которой утверждается, что "статья 103 придает обязательствам, вытекающим из Устава ООН, преимущественную силу над обязательствами, возникающими по любому другому международному договору, хотя и неясно, затрагиваются ли в этой связи права государств-членов по обычному праву".

⁴⁷⁸ См., например, *Дело о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказания за него (Босния и Герцеговина против Югославии (Сербия и Черногория))*, постановление от 13 сентября 1993 года, *I.C.J. Reports 1993* (отдельное мнение судьи Лаутерпахта), p. 440, para. 110.

является не преимущественная сила обязательств по Уставу, а их недействительность⁴⁷⁹. В этом смысле Устав ООН является таким же международным соглашением, как любой другой договор. Это имеет особую значимость по отношению к резолюциям Совета Безопасности, который неоднократно обвинялся в действиях, противоречащих императивным нормам⁴⁸⁰.

347. В сентябре 2005 года этот вопрос затрагивался в Суде первой инстанции ЕС⁴⁸¹. Дела касались замораживания Советом ЕС активов физических и юридических лиц, подозревавшихся в связях с террористами, на основании резолюций, принятых Советом Безопасности. Суд постановил, что ЕС компетентно предписывать такие меры. Они также в большинстве случаев не подлежат судебному контролю. Это судебное решение примечательно в двух аспектах.

348. Во-первых, Суд установил, что, согласно международному праву, обязательства государств - членов ООН в соответствии с Уставом преобладают над любыми другими обязательствами, включая взятые в рамках Европейской конвенции о правах человека и Договора ЕС. Такое преобладание распространяется также на решения Совета Безопасности:

"Рассматриваемые резолюции Совета Безопасности в принципе не подпадают под сферу судебного контроля со стороны Суда, и ... Суд не полномочен даже косвенно ставить под вопрос их законность в свете законодательства Сообщества. Напротив, Суд обязан, насколько это возможно, толковать и применять это законодательство таким образом, чтобы оно было совместимо с обязательствами государств-членов по Уставу Организации Объединенных Наций⁴⁸².

⁴⁷⁹ См., например, Fassbender, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", сноска 454 выше, pp. 590 et seq.

⁴⁸⁰ См., например, Zemanek, "The Legal Foundations of the International System...", сноска 31 выше, p. 231, и главу, посвященную *jus cogens*.

⁴⁸¹ Решения по двум делам: Judgments of the Court of First Instance of 21 September 2005 in Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities* and Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, to be published.

⁴⁸² Ibid., Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation*, para. 276. Суд также отметил, что, хотя Сообщество не является членом Организации Объединенных Наций, его необходимо также рассматривать как связанное обязательствами, вытекающими из Устава Организации Объединенных Наций, таким же

349. Во-вторых, это преобладание вместе с тем не является абсолютным. По формулировке Суда:

"Международное право [...] допускает вывод о том, что в действии принципа обязательной юридической силы резолюций Совета Безопасности существует одно ограничение: а именно, необходимо, чтобы они соответствовали основополагающим императивным положениям *jus cogens*. Если этого не происходит, то, каким бы невероятным это ни представлялось, они не будут иметь обязательной юридической силы ни для государств - членов Организации Объединенных Наций, ни, следовательно, для Сообщества"⁴⁸³.

350. В своем последующем анализе вопроса о том, составляло ли приостановление осуществления прав заявителей нарушение *jus cogens*, Суд установил отсутствие нарушения.

d) Применение

351. Неудивительно, что статья 103 чаще всего упоминается в практике органов ООН, особенно в связи с имеющими обязательную юридическую силу решениями Совета Безопасности, принимаемыми в соответствии с главой VII. Хотя прямые ссылки на статью 103 делаются не очень часто, как представляется, чаще упоминается ее содержание.

352. В начале 1990-х годов во многих резолюциях Совета Безопасности, принятых в соответствии с главой VII (т.е. в резолюциях, возлагающих новые обязательства), подчеркивалась их преимущественная сила над любыми другими обязательствами. Известная ссылка на статью 103 содержится в резолюции 670 (1990), в которой Совет принял решение в отношении мер против Ирака. Эта резолюция гласит следующее:

"ссылаясь на положения статьи 103 Устава Организации Объединенных Наций, действуя согласно главе VII Устава Организации Объединенных Наций, ...призывает все государства выполнять свои обязательства по обеспечению строгого и полного соблюдения резолюции 661 (1990)..."⁴⁸⁴.

образом, как его государства-члены в силу Договора о его учреждении. См. пункт 210 решения.

⁴⁸³ Ibid., Case T-306/01, para. 281.

⁴⁸⁴ Резолюция 670 (1990) СБ.

353. Всего лишь годом позднее кризис на территории бывшей Югославии вызвал к жизни многочисленные резолюции Совета Безопасности о введении эмбарго, во многих из которых прямо или косвенно подчеркивалась приоритетность этих и предыдущих резолюций по отношению к любым другим обязательствам⁴⁸⁵. Пункт 7 резолюции 748 (1992), касающейся Ливии - на которую ссылается МС в своем постановлении от 14 апреля 1992 года (см. ниже), - гласит следующее:

"призывает все государства, включая государства, не являющиеся членами Организации Объединенных Наций, и все международные организации действовать в строгом соответствии с положениями настоящей резолюции, невзирая на существование каких бы то ни было прав или обязанностей, которые предусматриваются или налагаются любыми международными соглашениями..."⁴⁸⁶.

354. В своей последующей практике Совет Безопасности начал использовать стандартную клаузулу, которую можно обнаружить, с незначительными изменениями, в ряде резолюций, принятых в соответствии с главой 7. Например, резолюция 1267 (1999) гласит следующее:

"[СБ] призывает все государства действовать в строгом соответствии с положениями настоящей резолюции, несмотря на существование любых прав или обязательств, предусмотренных или налагаемых любым международным соглашением, любым контрактом, любой лицензией или любым разрешением, которые были заключены или выданы до даты вступления в силу мер, введенных [Советом]..."⁴⁸⁷.

355. Хотя в этой клаузуле нет прямой ссылки на статью 103, она черпает свою правовую силу из этого положения. Поэтому в ней содержится обращение не только к государствам - членам ООН, но и ко всем государствам и международным и региональным организациям. Она охватывает права и обязательства, вытекающие не только из договоров, но и из частных контрактов, лицензий и разрешений. И это вполне естественно, поскольку сама суть режимов санкций состоит в воздействии на частные сделки между субъектами в государстве-адресате и внешнем мире. Однако, как

⁴⁸⁵ См. рез. 713 (1991) СБ, рез. 724 (1991) СБ, рез. 727 (1992) СБ, рез. 743 (1992) СБ, рез. 757 (1992) СБ, рез. 787 (1992) СБ, рез. 820 (1993) СБ.

⁴⁸⁶ Рез. 748 (1992) СБ. См. также аналогичные решения в отношении Сомали (рез. 733 (1992) СБ) и Либерии (рез. 788 (1992) СБ).

⁴⁸⁷ Рез. 1267 (1999) СБ. См., например, рез. 1127 (1997) СБ, рез. 1173 (1998) СБ, рез. 1132 (1997) СБ и рез. 1298 (2000) СБ.

отмечалось выше, при этом остаются без ответа вопросы об ответственности по частному праву.

356. В своих особых мнениях члены МС неоднократно упоминали статью 103⁴⁸⁸. Однако до 1992 года сам Суд отметил ее только в одном решении. Но уже тогда, в деле *Никарагуа* 1984 года, Суд подчеркнул приоритетность обязательств по Уставу над другими договорными обязательствами⁴⁸⁹. Всецелое внимание было уделено статье 103 в деле о *Локерби* (1992)⁴⁹⁰. Правительства Соединенного Королевства и Соединенных Штатов просили Ливию выдать ряд лиц в связи с расследованием уничтожения самолета над деревней Локерби в Шотландии. Совет, действуя в соответствии с главой VII Устава, поддержал решение о принятии мер против Ливии, которая, в свою очередь, сочла требования двух вышеупомянутых правительств несовместимыми с Монреальской конвенцией 1971 года о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, и передала спор на рассмотрение МС.

357. Вначале Ливия просила Суд определить временные меры, тогда как ответчики утверждали, что такое определение не допускается по смыслу имеющего обязательную силу решения Совета Безопасности. В своем постановлении от 14 апреля 1992 года МС указал следующее:

"39. Принимая во внимание, что Ливия и Соединенные Штаты как члены Организации Объединенных Наций обязаны признавать и выполнять решения Совета Безопасности в соответствии со статьей 25 Устава; принимая во внимание, что Суд, рассматривающий дело на стадии слушаний по вопросу об определении

⁴⁸⁸ См., например, *Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (the Netherlands v. Sweden)* I.C.J. Reports 1958 (separate opinion of Judge Moreno Quintana), p. 107; *South West Africa cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) (Preliminary Objections)* I.C.J. Reports 1962 (separate opinion of Judge Jessup), p. 407; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) CB, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971* (separate opinion of Judge Ammoun), p. 99; *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)* I.C.J. Reports 1985 (separate opinion of Judge Ruda), pp. 232-233.

⁴⁸⁹ См. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) CB, (Jurisdiction and Admissibility)* I.C.J. Reports 1984, p. 440, para. 107.

⁴⁹⁰ *Вопросы толкования и применения Монреальской конвенции 1971 года, возникшие в связи с воздушным инцидентом в Локерби (Ливийская Арабская Джамахирия против Соединенных Штатов Америки) (предварительные возражения)*, I.C.J. Reports 1998, p. 8.

временных мер, считает, что такое обязательство *prima facie* распространяется на решение, содержащееся в резолюции 748 (1992); и принимая во внимание, что в соответствии со статьей 103 Устава обязательства сторон в этом отношении имеют преимущественную силу перед их обязательствами по любому другому международному соглашению, включая Монреальскую конвенцию;

40. Принимая во внимание, что Суд, хотя на данной стадии производства по делу не требует принятия окончательного решения относительно правовых последствий резолюции 748 (1992) Совета Безопасности, считает, что, какой бы ни была ситуация до принятия этой резолюции, права, на которые претендует Ливия по Монреальской конвенции, не могут сейчас рассматриваться как подлежащие защите путем определения временных мер;⁴⁹¹.

358. Эта же линия аргументации нашла подтверждение в особых и несогласных мнениях ряда судей⁴⁹². Примечательно, что как Суд, так и отдельные судьи ссылаются только на возможность осуществления, а не на недействительность или приостановление действия коллизионных договорных обязательств.

359. Судья Лаутерпахт в своем особом мнении относительно постановления МС по делу о *Применении Конвенции против геноцида* описал взаимосвязь между статьей 103 и *jus cogens*:

"Концепция *jus cogens* действует в качестве концепции, обеспечивающей его преимущественную силу как над обычным международным правом, так и над договорным правом. Преимущество, которое статья 103 Устава может предоставлять Совету Безопасности в случае коллизии между одним из его решений и действующим договорным обязательством, не может распространяться на коллизию между резолюцией Совета Безопасности и *jus cogens* в порядке простой иерархии норм. По сути, неприемлемость этого становится особенно очевидной,

⁴⁹¹ *Case concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. the United Kingdom) (Provisional Measures) I.C.J. Reports 1992 p. 15, paras. 39-40.*

⁴⁹² Например, судья Шахабуддин в своем особом мнении указал, что "статья 25 Устава Организации Объединенных Наций обязывает Ливию выполнить решение, содержащееся в резолюции [748 (1992)] ... В силу статьи 103 Устава это обязательство имеет преимущественную силу перед любым коллизионным договорным обязательством, которое может нести Ливия... Договорные обязательства могут отменяться решением Совета Безопасности, предусматривающим введение санкций... Поэтому, допуская, что Ливия обладает правами, на которые она претендует, они *prima facie* не могут быть осуществлены, пока действует эта резолюция". *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America) (Provisional Measures) (separate opinion of Judge Shahabuddeen) I.C.J. Reports 1992, p. 28.*

если рассуждать от обратного - что какая-либо резолюция Совета Безопасности могла бы даже потребовать участия в геноциде"⁴⁹³.

360. Это представляется естественным. Если (как отмечалось выше) Устав ООН не выше *jus cogens*, тогда он также не может наделять органы, черпающие свою юрисдикцию из Устава, полномочиями, идущими вразрез с *jus cogens*.

2. *Jus cogens*

361. Мнение о том, что некоторые нормы стоят в правовом отношении рангом выше других, тем или иным образом находит свое выражение во всех правовых системах⁴⁹⁴. Кроме того, в международном праве последовательно предполагается существование категории норм, которые носят столь фундаментальный характер, что отступление от них никогда не может допускаться. Несомненно, идея императивных норм (*jus cogens*) древнее современного международного права. Комментаторы часто указывают на существовавшее в римском праве разграничение между *jus strictum* и *jus dispositivum*⁴⁹⁵, а также максимой *jus publicum privatorum pactis non potest*⁴⁹⁶. Специалисты по естественному праву семнадцатого и восемнадцатого веков вообще не сомневались в том, что некоторые нормы существуют вне времени и не подвластны воле государств, ограничивая то, что в законодательном порядке могло согласовываться секулярными правителями или их сообществами⁴⁹⁷. К тому же развитие международно-правового

⁴⁹³ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) Order of 13 September 1993 (separate opinion of Judge Lauterpacht) I.C.J. Reports 1993, p. 440, para. 110.*

⁴⁹⁴ "Трудно вообразить себе какое-либо сообщество, будь то людей или государств, чье законодательство не устанавливает какого бы то ни было ограничения на свободу контракта". McNair, *The Law of Treaties*, сноска 57 выше, pp. 213-214.

⁴⁹⁵ Jochen Frowein, "Jus Cogens", in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopaedia of Public International Law* (Amsterdam: Elsevier, 1997), vol. 3, p. 65.

⁴⁹⁶ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, сноска 62 выше, p. 110. См. также Dinah Shelton, "International Law and Relative Normativity" in Evans, *International Law*, сноска 477 выше, p. 151. Тем не менее сам термин *jus cogens*, как утверждается, в древнем праве не использовался. См. Manfred Lachs, "The Development and General Trends of International Law in Our Time", *Recueil des Cours...*, vol. 169, (1980/IV), p. 202.

⁴⁹⁷ Эмер де Ваттель дал следующую ставшую классической формулировку: "Поскольку (...) необходимое право народов - это применение естественного права к государствам - права, являющегося непреложным, как основанного на природе вещей, и особенно

понятия *jus cogens*, несомненно, происходило под влиянием внутренних законов, предусматривающих юридическую ничтожность соглашений, коллизирующих с *ordre public* или с целями публичного порядка⁴⁹⁸. Основа, природа и последствия *jus cogens* были резюмированы Международным уголовным трибуналом по бывшей Югославии (МТБЮ):

"Вследствие важности ценностей, которые он защищает [запрещение пыток], этот принцип развился в императивную норму, или *jus cogens*, а именно норму, занимающую более высокую ступень в иерархии, чем договорное право и даже "обыкновенные" нормы обычного права".

Самым заметным последствием наличия этой более высокой ступени является то, что государства не могут отступать от рассматриваемого принципа в рамках международных договоров или местных или специальных обычаев, или же даже общих норм обычного права, не наделенных такой же нормативной силой⁴⁹⁹.

362. Принцип *jus cogens* закрепился в позитивном международном праве во время подготовки текста Венской конвенции о праве международных договоров. В 1966 году КМП представила его в статьях 50 и 61 заключительного проекта по праву международных договоров⁵⁰⁰. В Вене эта концепция окончательно сформировалась в статьях 53 и 64 в следующей форме:

природе человека, - из этого вытекает, что *необходимое право* народов является *непреложным*. Таким образом, раз это право непреложно, а возникающие из него обязательства необходимы и незаменимы, народы не могут ни вносить какие-либо изменения в него своими конвенциями или пренебрегать им в своем поведении, ни взаимно освобождать друг друга от его соблюдения. В этом состоит принцип, при помощи которого мы можем отличать законные положения договоров от тех, что не являются законными, а беспорочные и рациональные обычаи от тех, которые несправедливы или порицаемы". См. его работу *The Law of Nations, or, Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, переведенную с французского языка на английский Джозефом Читти, оригинал 1855 года (New York AMS Press, 1982), p. 55 (курсив в оригинале).

⁴⁹⁸ Статья 6 Кодекса Наполеона дает следующий хороший пример: "On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs".

⁴⁹⁹ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber II, см. also ILR vol. 121 (2002) p. 260, para. 153.

⁵⁰⁰ Статья 50: Договор является ничтожным, если он противоречит императивной норме общего международного права, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер. Статья 61: Если устанавливается новая императивная норма общего международного права такого рода, как указано в статье 50, то любой

Статья 53

Договор является ничтожным, если в момент заключения он противоречит императивной норме общего международного права. Поскольку это касается настоящей Конвенции, императивная норма общего международного права является нормой, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер.

Статья 64

Если возникает новая императивная норма общего международного права, то любой существующий договор, который оказывается в противоречии с этой нормой, становится недействительным и прекращается⁵⁰¹.

363. В академической литературе этой концепции было уделено довольно большое внимание, и особенно после ее закрепления в Венской конвенции⁵⁰². С годами отмечалось исчезновение большей части первоначального скептицизма в отношении самого этого понятия. Недавно КМП сделала следующее замечание: "Концепция императивных норм общего международного права признается в международной практике, в юриспруденции международных и национальных судов и трибуналов и в правовой доктрине"⁵⁰³. Однако, как и прежде, сохраняются упорные разногласия относительно ее теоретических основ,

существующий договор, который оказывается в противоречии с этой нормой, становится недействительным и прекращается. См. Draft Articles on the Law of Treaties, Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 247.

⁵⁰¹ Венская конвенция, статьи 53 и 64.

⁵⁰² Тем не менее еще до ее вступления в силу Комиссия международного права, хотя и не широко, но использовала термин *jus cogens*. См. в основном Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (Vienna: Springer-Verlag, 1974). Кассес в особенности рассматривает ее в качестве результата изменений, происшедших в 1960-х годах. См. Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 2nd ed., p. 199-200.

⁵⁰³ ILC, Commentaries to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook... 2001*, vol. II, Part Two, p. 282.

сферы применения и содержания. Согласно замечанию Энтони Ауста, "эта концепция была спорной. Сейчас же неясными скорее остаются ее сфера охвата и применимость"⁵⁰⁴.

364. Нуждаются в рассмотрении два следующих аспекта: последствия *jus cogens* и его содержание.

а) Последствия *jus cogens*: недействительность коллизионной нормы

365. Статья 53 Венской конвенции предусматривает недействительность договоров, которые в момент их заключения противоречат императивной норме общего международного права. Таким образом, в отличие от простой "приоритетности", предусмотренной по статье 31 Венской конвенции, концепция *jus cogens* включает в себе правило иерархии *sensu strictu*, а не просто правило преимущественной силы⁵⁰⁵. Таким образом, результатом коллизии между договорами и *jus cogens* является то, что первые становятся не только неприменимыми, но и полностью ничтожными и не влекут за собой каких бы то ни было правовых последствий⁵⁰⁶. Это влечет за собой еще одно последствие, сформулированное в статье 71 (1) Венской конвенции:

"Когда договор является недействительным в соответствии со статьей 53, участники а) устраняют, насколько это возможно, последствия любого действия, совершенного на основании положения, противоречащего императивной норме общего международного права; и б) приводят свои взаимоотношения в соответствие с императивной нормой общего международного права".

⁵⁰⁴ Anthony Aust, *Handbook of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 11 (выделено нами). Аналогичным образом см. дело *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, US District Court of Appeals (3 June 2003), ILR, vol. 127 (2005), p. 705. Например, Майкл Байерс писал, что "сегодня концепция *jus cogens* широко принимается специалистами по международному праву". См. Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, сноска 288 выше, p. 184. В отношении известной скептической оценки см. работу Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", AJIL vol. 77 (1983), p. 413, автор которой считает, что любая тенденция к признанию различия между императивными нормами и "просто имеющими обязательную силу нормами" способствует "размытию" самой нормативности и укрепляет развитие патологии в международной системе.

⁵⁰⁵ В отношении этого мнения существует широкое согласие. См., например, Jean Combacau & Serge Sur, *Droit international public* (Paris: Montchrestien 2004), p. 157.

⁵⁰⁶ Однако это не обязательно приводило бы к недействительности всего договора. Могут продолжать действовать положения, не вступающие в противоречие с *jus cogens* и отделяемые от коллизионных. Cassese, *International Law*, сноска 503 выше, p. 206.

366. Это необходимо понимать в контексте статьи 64 Венской конвенции, из которой явствует, что более высокий иерархический статус нормы *jus cogens* не имеет обратной силы⁵⁰⁷. Если возникновение императивной нормы общего международного права следует за заключением договора, сам договор прекращается, но вытекающие из него права и обязанности становятся недействительными только в той мере, в какой они сами противоречат (новой) норме *jus cogens*. Эта структура сформулирована в статье 71 (2) Венской конвенции, которая гласит следующее:

"Когда договор становится недействительным и прекращается в соответствии со статьей 64, прекращение договора: а) освобождает участников от всякого обязательства выполнять договор в дальнейшем [и] b) не влияет на права, обязательства или юридическое положение участников, возникшие в результате выполнения договора до его прекращения, при условии, что такие права и обязательства или такое положение могут в дальнейшем сохраняться в той мере, в какой их сохранение само по себе не противоречит новой императивной норме общего международного права".

367. Можно предусмотреть три типа коллизионной ситуации. Норма *jus cogens* могла бы противоречить обычному договору, норме (общего) обычного международного права, а также другой норме *jus cogens*. Самой простой является первая ситуация. Коллизия договора с *jus cogens* делает этот договор - или его отдельное положение - недействительным. В этом отношении нет никакой разницы между двусторонним и многосторонним договором. Как отмечалось выше, Устав Организации Объединенных Наций не представляет собой исключения⁵⁰⁸. Это же относится к резолюциям международных организаций. Такая же логика применяется к коллизии между *jus cogens* и нормами (общего) обычного права. Коллизия между ними делает их недействительными. Вопрос об отношениях между вступающими в коллизию нормами *jus cogens* - например, вопрос о праве применять силу с целью осуществления права на самоопределение - является гораздо более сложным. На данном этапе нельзя допускать, что такие коллизии могли бы урегулироваться при помощи самой доктрины *jus cogens*: между нормами *jus cogens* не существует иерархии *inter se*.

⁵⁰⁷ По замечанию самой Комиссии международного права, вопрос о том, какой должна была стать статья 53 Венской конвенции, имея она обратную силу, не ставился. См. Draft Articles on the Law of Treaties, *Yearbook ... 1966* vol. II, p. 248.

⁵⁰⁸ Поскольку Устав был принят за много лет до вступления в силу Венской конвенции, отношение между Уставом и *jus cogens* не может рассматриваться на ее основе, а должно рассматриваться в рамках обычного международного права.

368. Еще на обсуждениях в Комиссии международного права, а также в Вене ряд делегатов выразили свое беспокойство в связи с тем, что внедрение концепции *jus cogens* в позитивное право может приводить к дестабилизации договорных отношений. Выражались опасения в связи с тем, что государства могут прибегать к ссылкам на *jus cogens* в оправдание невыполнения договорных обязательств⁵⁰⁹. Для предупреждения или минимизации таких случаев в Венской конвенции был предусмотрен механизм, согласно которому сторонам спора относительно действительности договора предписывается изыскивать решение мирными средствами, перечисленными в Уставе Организации Объединенных Наций, а если им достичь его не удастся, тогда:

"любая из сторон в споре о применении или толковании статей 53 или 64 может передать его, путем письменного заявления, на решение Международного Суда, если только стороны не договорятся с общего согласия передать этот спор на арбитраж"⁵¹⁰.

369. До сих пор по этой статье в МС не было подано ни одного дела.

370. Наиболее заметным примером использования *jus cogens* в качестве коллизийной нормы стало его использование британской Палатой лордов в деле *Пиночета*⁵¹¹. Как известно, в нем возник вопрос о том, можно ли на бывшего главу государства распространять иммунитет от предъявления обвинения в совершении пыток в период нахождения в должности. Сославшись на соответствующие выдержки из дела *Фурунджии*⁵¹², лорды постановили, что "обусловленная *jus cogens* природа международного преступления пыток оправдывает для государств осуществление универсальной юрисдикции в отношении актов пыток, где бы они ни совершались"⁵¹³. Поскольку было выполнено условие в отношении "двойной преступности", Пиночет не

⁵⁰⁹ В отношении известной скептической оценки см. работу "Towards Relative Normativity...", сноска 504 выше, р. 413, в которой утверждается, что любое различие между императивными нормами и "обыкновенными" нормами способствует "размытию" самой нормативности и ускоряет эрозию международной системы.

⁵¹⁰ См. статьи 65 (3) и 66 а) Венской конвенции.

⁵¹¹ *Regina v. Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, 24 March 1999, House of Lords, 119 ILR, p. 136.

⁵¹² *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber II, 121 ILR (2002) p. 260, para. 153.

⁵¹³ *Regina v. Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, supra note 511.

мог претендовать на иммунитет от запроса о выдаче в Испанию. По формулировке лорда Миллетта,

"невозможно представить себе, чтобы в международном праве было определено преступление, имеющее характер *jus cogens*, и в то же время параллельно существовал бы иммунитет от предписываемого им обязательства"⁵¹⁴.

371. Оказалось, что дело Пиночета имело исторические последствия, и не столько для лично сенатора Пиночета, а сколько в смысле того, что впервые местный внутренний суд отказал бывшему главе государства в иммунитете на тех основаниях, что иммунитета от преследования за нарушение *jus cogens* быть не может.

372. Однако особенность *jus cogens* делать недействительной нижестоящую норму не означает, что *jus cogens* обеспечивало бы автоматический доступ к правосудию, независимо от процедурных препятствий, путем наказания отдельных лиц или, например, в связи с компенсацией в гражданских делах. В деле *Аль-Адсани* Европейскому суду по правам человека надлежало решить, нарушила ли Великобритания Европейскую конвенцию о правах человека, когда британские суды сохранили иммунитет за Государством Кувейт в гражданском деле, касавшемся его предполагаемой ответственности перед частным лицом (*Аль-Адсани*), которое подверглось пыткам со стороны кувейтских должностных лиц⁵¹⁵. Суд поддержал запрещение пыток в качестве составной части *jus cogens*, но не установил нарушения статей 1 и 3 ЕКПЧ в том, как суды Соединенного Королевства применили Закон о государственном иммунитете 1978 года. Суд заявил, что, хотя он признает,

"что запрещение пыток получило статус императивной нормы в международном праве, он отмечает, что настоящее дело в отличие от дел *Фурунджии* и *Пиночета* касается не уголовной ответственности лица за предполагаемые акты пыток, а иммунитета государства при рассмотрении гражданского иска о компенсации ущерба в связи с актами пыток на территории этого государства. Невзирая на особый характер запрещения пыток в международном праве, Суд не может выявить в международных договорах, актах судебных властей или других материалах, имеющихся в его распоряжении, какого-либо твердого основания для

⁵¹⁴ Ibid., p. 232.

⁵¹⁵ *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, p. 79.

вывода о том, что в порядке применения международного права государство уже не пользуется в судах другого государства иммунитетом от гражданского иска в связи с предполагаемыми актами пыток"⁵¹⁶.

373. Таким образом, Суд, отметив растущее признание запрещения пыток в качестве составной части *jus cogens*, не счел доказанным факт признания в международном праве того, что государства не имеют права на иммунитет в связи с гражданскими исками о возмещении ущерба за предполагаемые акты пыток, совершенные за пределами государства форума. Вынося такое постановление, Суд не облек норму *jus cogens* такой силой, которая позволяла бы отменять права государств, существующие в соответствии с обычным международным правом⁵¹⁷.

b) Содержание *jus cogens*

374. В свой заключительный проект по праву международных договоров Комиссия международного права намеренно не стала включать перечисление конкретных примеров норм *jus cogens*⁵¹⁸. Это было сделано, поскольку, как она разъяснила, "не существует никакого простого критерия, позволяющего идентифицировать какую-либо общую норму

⁵¹⁶ Ibid., pp. 101-102, para. 61.

⁵¹⁷ В своем несогласном мнении по делу *Аль-Адсани* судья Феррари Браво, начав словами "какая жалость!", выразил глубокое разочарование в связи с исходом дела: "Суд... имел прекрасную возможность выступить с четким и решительным осуждением всех актов пыток. Для этого ему необходимо было только выдержать линию решения Палаты лордов по делу *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)* ... в том смысле, что запрещение пыток является в настоящее время нормой *jus cogens*, и поэтому пытки представляют собой преступление по международному праву. Из этого следует, что каждое государство обязано *содействовать* наказанию за пытки и не может отгораживаться от принятия судебного решения при помощи формалистических аргументов. А ведь именно один из таких старых формалистических аргументов взял на вооружение Суд, когда он заявил, ... что не может выявить какие-либо нормы международного права, требующие от него не применять правило иммунитета от гражданского иска в случае предполагаемых актов пыток... Такие дела будут возникать и в будущем, но Суд, к сожалению, упустил весьма хорошую возможность вынести смелое решение". (Ibid., Dissenting opinion of Judge Ferrari Bravo) p. 14.

⁵¹⁸ См. Draft Articles on the Law of Treaties, Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *Yearbook...* 1966 vol. II, p. 248.

международного права как имеющую характер *jus cogens*⁵¹⁹. Тогда за принятием Венской конвенции предсказуемо последовали обширные прения, касавшиеся именно этого вопроса. К настоящему времени различные судебные или дипломатические органы сделали ряд заявлений, дающих представление о том, что может считаться нормами *jus cogens*. В 2001 году КМП в своем Комментарии к проектам статей об ответственности государств привела в качестве примеров норм *jus cogens* запрещение агрессии, рабства и работорговли, геноцида, расовой дискриминации и апартеида, пыток (как они определены в Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, принятой 10 декабря 1984 года), основные нормы международного гуманитарного права, применимые в вооруженном конфликте, и право на самоопределение⁵²⁰. В деле *Фурунджии* Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии определил запрещение пыток одновременно как императивную норму и обязательство *erga omnes*⁵²¹. В целом наиболее часто упоминаемые нормы, претендующие на статус *jus cogens*, включают: а) запрещение применения силы с целью агрессии; б) право на самооборону; в) запрещение геноцида; г) запрещение пыток; д) запрещение преступлений против человечности; е) запрещение рабства и работорговли; ж) запрещение пиратства; з) запрещение расовой дискриминации и апартеида, и и) запрещение военных действий против гражданского населения ("основные нормы международного гуманитарного права")⁵²².

⁵¹⁹ Ibid., pp. 247-248. Лорд Макнейр элегантно выразил эту же мысль, написав, что "проще проиллюстрировать эти нормы [*jus cogens*], чем определить их". См. A.D. McNair, *The Law of Treaties*, сноска 57 выше, р. 215. Аналогичное мнение см., например, в *Handbook of International Law*, сноска 504 выше, р. 11; Shelton, "International Law and Relative Normativity", сноска 496 выше, р. 151.

⁵²⁰ Проекты статей об ответственности государств, комментарий к статье 40, пункты 4-6, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия* (A/56/10), стр. 291-292.

⁵²¹ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber II, 121 *ILR* (2002) pp. 260-262, paras. 151-157.

⁵²² Броунли к числу наименее спорных примеров этой категории относит запрещение применения силы, нормы против геноцида, принцип запрещения расовой дискриминации, запрещение преступлений против человечности и нормы, запрещающие работорговлю и пиратство. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, сноска 164 выше, р. 515; Ауст рассматривает в качестве, вероятно, единственных общепринятых примеров запрещение применения силы (как гласит Устав ООН), а также геноцида, рабства и пыток. Aust, *Handbook of International Law*, сноска 504 выше, р. 11; Розалин Хиггинс в качестве примеров упоминает запрещение геноцида, пыток и уничтожения военнопленных. См. Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford: Oxford University Press, 1994), pp. 21-22. Кроме того, часто упоминают в качестве

375. Проблему способа выявления *jus cogens* непросто решить *in abstracto*. Как отмечают большинство комментаторов, это объясняется не только отсутствием единого авторитетного перечня норм *jus cogens*, но и отсутствием согласия в отношении критериев включения в этот перечень. Необходимо исходить из формулировки самой статьи 53, в которой *jus cogens* идентифицируется ссылкой на норму, которая "принимается и признается международным сообществом государств в целом". Хотя эта формулировка сама по себе не является бесспорной (особенно в отношении ссылок на сообщество "*государств*" и смысла требования "*в целом*")⁵²³, ей также присуща тревожная тавтологичность. Если особенностью *jus cogens* является ограничение того, что может быть юридически согласовано государствами, можно ли его содержание одновременно ставить в зависимость от того, что согласовано между государствами?⁵²⁴ Исторически

образцов *jus cogens* примеры обязательств, сформулированные МС в деле *Барселона трэкин*, а именно: запрещение агрессии, геноцида, нарушений норм, охраняющих основные права человека, включая защиту от рабства и расовой дискриминации. См. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970* p. 32. В отношении норм, которые считаются "основополагающими" в практике МС, см. Vera Gowlland-Debbas, "Judicial Insights into Fundamental Values and Interests of the International Community", in A.S. Muller et al (eds.), *The International Court of Justice. Its Future Role after Fifty Years* (The Hague Kluwer, 1997) pp. 335-342. См. также соответствующие перечни в работах Jarna Petman, "Panglossian Views to the New World Order. Review of Cassese, *International Law* (2001)", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 13 (2002) pp. 337-8; Daillier & Pellet, *Droit international public*, сноска 73 выше, pp. 206-207. Некоторые авторы предположили, что *jus cogens* охватывает также свободу открытого моря (см. Jochen Frowein, "Jus Cogens", сноска 495 выше, p. 67), однако мнение Комиссии международного права, по-видимому, всегда было другим. Комиссия неизменно утверждает, что возвышение нормы до статуса *jus cogens* происходит не в силу ее универсального признания, а в силу ее содержания. Согласно формулировке Комиссии, "по мнению Комиссии, характер *jus cogens* может придавать ей не форма общей нормы международного права, а особая природа вопроса, который она регламентирует". Следуя той же линии, Комиссия лишь недавно дополнительно отметила, что обязательства по императивным нормам международного права "вытекают из основных норм поведения, запрещающих такое поведение, которое считается недопустимым в силу той угрозы, которую оно представляет для выживания государств и населяющих их народов и сохранения наиболее важных человеческих ценностей". См. проекты статей об ответственности государств, комментариев к статье 40, пункт 3, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия (A/56/10)*, стр. 290.

⁵²³ См., например, Cassese, *International Law*, сноска 502 выше, p. 201 ("самые важные и представительные государства") и рассмотрение этого вопроса в Jean Combacau & Serge Sur, *Droit international public*, сноска 505 выше, pp. 158-160.

⁵²⁴ См. Martti Koskenniemi, *From Apology to utopia*, сноска 78 выше, pp. 323-325.

источник *jus cogens* коренится в антиволюнтаристском, зачастую религиозно ориентированном естественном праве, презумпции существования "абсолютных" норм человеческого поведения. Хотя многие люди (и государства) до сих пор считают важным - по сути, чрезвычайно важным, - что такие нормы существуют, по-видимому, терминология современной дипломатии и права не может дать им убедительное обоснование. Как представляется, любой "критерий", на который могло бы возникнуть желание сослаться в поддержку определения той или иной нормы в качестве *jus cogens*, придал бы этой гипотетической норме все черты неопределенности и уязвимости, связанные с этим критерием.

376. Вместо того, чтобы пытаться определить содержание *jus cogens* при помощи абстрактных дефиниций, лучше последовать путем, который избрала КМП в 1966 году, когда она "сочла правильным предусмотреть в целом, что договор становится ничтожным, если он вступает в коллизию с нормой *jus cogens*, и оставить уточнение полного содержания этой нормы было для практики государств и международных судебных органов"⁵²⁵. По-видимому, такой образ действий остается правильным и поныне.

с) Прецедентное право

377. Прецедентное право о *jus cogens* обширно. Многие как международные, так и внутренние суды и трибуналы применяют основанные на *jus cogens* аргументы для обоснования своих решений и постановлений⁵²⁶. Однако число случаев, в которых нормы *jus cogens* рассматривались в контексте коллизии норм, значительно более ограничено. Как отмечал Антонио Кассис,

⁵²⁵ Draft Articles on the Law of Treaties, *Yearbook ... 1966* vol. II, p. 248.

⁵²⁶ Обзор ссылок на основополагающие нормы в судебных решениях МС и предшествовавшего ему органа см. в Vera Gowlland-Debbas, "Judicial Insights into Fundamental Values and Interests ...", сноска 522 выше, pp. 332-342. В отношении других органов см., например, решение по делу *Prosecutor v. Kupreskic*, Judgment of 14 January 2000, Case No. IT-95-16, ICTY Trial Chamber II, p. 203, para. 520, <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf> (последнее посещение 31 марта 2006 года), которое гласит, что "большинство норм международного гуманитарного права, в частности нормы, запрещающие военные преступления, преступления против человечности и геноцид, являются также императивными нормами международного права, или *jus cogens*, т.е. имеют непреложный и превалирующий характер". В отношении дополнительных примеров поддержки этой концепции со стороны различных судебных органов см. раздел, посвященный прецедентному праву.

"... между государствами никогда не возникало спора относительно наличия у той или иной нормы природы *jus cogens*. Не было также случая, чтобы одно или несколько государств настаивали на императивном характере нормы в споре с другими государствами либо при молчаливом согласии, либо при возражениях со стороны других государств. И ни один международный трибунал, не говоря уже о МС, не занимался рассмотрением каких-либо споров вокруг вопроса о том, необходимо ли ту или иную норму рассматривать в качестве принадлежащей к обсуждаемой совокупности норм"⁵²⁷.

378. В своих решениях МС неохотно ссылается на *jus cogens*. Прямое упоминание этого термина можно обнаружить лишь в весьма немногих делах. Одним из примеров такого рода может служить наиболее часто упоминаемое в связи с *jus cogens* решение МС по делу *Никарагуа*, принятое в 1986 году⁵²⁸. Тем не менее ссылки на это решение, вероятно, не всегда оправданны: Суд упоминает слова *jus cogens*, лишь цитируя (хотя, очевидно, с соответствующего одобрения) КМП и представителей обеих сторон спора, - он никогда не использовал этот термин в своих собственных формулировках⁵²⁹.

⁵²⁷ Cassese, *International Law*, сноска 502 выше, p. 202.

⁵²⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits) I.C.J. Reports 1986 pp. 100-101, para. 190.*

⁵²⁹ Единственным форматом, в котором термин *jus cogens* действительно использовался в МС, являются особые и несогласные мнения отдельных судей Суда. Фактически, еще в 1934 году член Постоянной палаты международного правосудия судья Шуккинг в своем особом мнении упомянул возможность создания *jus cogens* в виде соглашений между государствами. См. *Oscar Chinn case, P.C.I.J. Series A/B, No. 63 (1934)* (особое мнение судьи Шуккинга), p. 149. В последующие годы императивные нормы упоминались в этом формате множество раз. См., например, *Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (the Netherlands v. Sweden) I.C.J. Reports 1958* (особое мнение судьи Морено Кинтаны), pp. 106 et seq.; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) I.C.J. Reports 1969* (особое мнение судей Падильи Нерво и Соренсена), pp. 97 and 248; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) I.C.J. Reports 1969* (несовпадающее мнение судьи Танаки), p. 182; *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970* (особое мнение судьи Аммуна), p. 304; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) I.C.J. Reports 1986* (особое мнение Председателя Нагендры Сингха), p. 153; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) I.C.J. Reports 1986* (особое мнение судьи Сетте-Камары), pp. 199 et seq; *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) Order of 13 September 1993 I.C.J. Reports 1993* (особое мнение судьи Лаутерпахта), p. 440; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America) Request for the Indication of Provisional Measures*,

379. И все же тот факт, что Суд неоднократно ссылался на общие и основополагающие принципы, существующие вне сферы договорных отношений, позволяет допустить, что Суд в сущности подтвердил эту концепцию. Уже в своем первом деле он отметил, что обязательства государств необязательно должны иметь конвенционный характер, а напротив могут основываться на некоторых общих и широко признаваемых принципах, к числу которых относятся "элементарные соображения гуманности"⁵³⁰. Всего лишь годом позднее Суд издал одно из своих наиболее известных консультативных заключений, в котором он объявил, что "принципы, которые лежат в основе Конвенции, признаны цивилизованными нациями как имеющие обязательную силу для государств даже без каких-либо конвенционных обязательств"⁵³¹. В том же ключе консультативное заключение от 1996 года содержит ссылку на "незыблемые принципы международного обычного права"⁵³². Эти строки, а также аргументация в деле *Барселона тракин* демонстрируют, что Суд с самого начала считал необходимым подчеркнуть существование особенно важных норм в международном праве, хотя в вопросе о их статусе или действии отнюдь не было ясности⁵³³.

3. Обязательства *erga omnes*

380. Обязательства *erga omnes* отличаются от статьи 103 Устава ООН и *jus cogens*. Если последние выделяются своей нормативной силой - их способностью превалировать над противоречащей им нормой, - то обязательства *erga omnes* определяют *сферу применения*

Order of 2 June 1999, *I.C.J. Reports 1999* (несовпадающее мнение судьи *ad hoc* Креки), pp. 53-61, paras. 10-17; *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) I.C.J. Reports 2002* (несовпадающее мнение судьи Эль-Хасавны), p. 95, para. 3; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) I.C.J. Reports 2003* (особое мнение судьи Бургенталя) *I.C.J. Reports 2003*, para. 23.

⁵³⁰ *Corfu Channel case (the United Kingdom v. Albania) (Merits) I.C.J. Reports 1949* p. 22.

⁵³¹ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 24.

⁵³² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, para. 79. Это же было подтверждено Судом в его самом последнем Консультативном заключении относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории, *Advisory Opinion*, воспроизведенном в документе A/ES-10/273 и Corr.1. См. также ILM, vol. 43 (2004), p. 1009.

⁵³³ См. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970* p. 32.

соответствующего права и вытекающие из этого процедурные последствия. Нормы, порождающие обязательства *erga omnes*, действуют по отношению к "международному сообществу в целом", и все государства, независимо от их конкретной заинтересованности в вопросе, вправе в случае их нарушения государством призвать его к ответственности. Однако наличие у обязательства характера *erga omnes* не указывает на явную преимущественную силу этого обязательства над другими обязательствами. Хотя на практике нормы, признаваемые как имеющие действие *erga omnes*, безусловно, порождают важные обязательства, их важность не воплощается в иерархическом превосходстве подобно статье 103 и *jus cogens*.

381. Вероятно, верно, что "вопрос относительно правовой значимости категории обязательств *erga omnes* государств вызывает жаркие споры среди ученых и правоведов и по-прежнему упорно не урегулируется в международно-правовой литературе и практике"⁵³⁴. И хотя это может относиться к конкретным толкованиям (и перечням) обязательств *erga omnes*, сама концепция - идея применимости *erga omnes* некоторых норм международного права - глубоко укоренилась в международной практике.

а) От двусторонних обязательств к обязательствам по отношению к "международному сообществу в целом"

382. Большая часть международного права возникает из договорных отношений между отдельными государствами и в этом смысле остается двусторонним, или "билатералистским" ("bilateralist")⁵³⁵. Государства несут обязательства друг перед другом, и каждое из них только по отдельности вправе ссылаться на нарушение как на основание для ответственности государств. Особый характер международного права хорошо уловил профессор Аллот, который описал его как "минимальное право, необходимое для того, чтобы позволить государствам-обществам действовать как закрытые системы на

⁵³⁴ Ian D. Seiderman, *Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension* (Antwerpen: Intersentia, 2001) p. 123.

⁵³⁵ См. особенно Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des Cours ...* vol. 250 (1994) pp. 230 et seq. Впервые этот термин был использован Специальным докладчиком Виллемом Рифагеном (Special Rapporteur Willem Riphagen, Third Report, *Yearbook ...* 1982 vol. II, Part one, p. 36). Как отмечал Симма, термин "билатералистский" более точно охватывает суть международного права и менее способен породить недоразумения, чем прилагательные "relative" или "relational". Simma, "From Bilateralism to Community Interest ...", pp. 230 et seq.

внутреннем уровне и действовать как владельцы территории по отношению друг к другу".⁵³⁶ Или же, говоря словами Симмы,

"традиционное международное право оставалось всецело во власти суверенных государств как основанное на их двусторонних правоотношениях, на органично двустороннем характере правовой ответственности... Что касается его существа, построенного на таком билатералистском фундаменте, то международное право с течением столетий развилось в систему, делимитирующую сферы суверенитета государств в пространстве и во времени, а также в отношении, соответственно, лиц и некоторых юрисдикционных вопросов. По сути эти нормы обязывали государства не вмешиваться в области, подвергшиеся такой демаркации. Кроме того, международное право обеспечило основанные на взаимности рамки для правовых трансакций в виде договоров..."⁵³⁷.

383. Двусторонность международного права означает, что международное право возлагает на государства взаимные обязательства в их отношениях *inter se*, а не по отношению друг к другу как участникам более или менее общей идеи международного публичного пространства. Билатералистский образ действия особенно важен в праве ответственности государств, которое может характеризоваться терминами "частное правосудие" или «доктрина "каждый за себя"»:

"Для государства пользоваться правом предполагает обладание им правомочием претендовать на выполнение соответствующего обязательства и в случае его невыполнения призывать к ответу лицо или лиц, несущих это обязательство. ... Одним словом, традиционно обязательств *erga omnes* не существует: защита собственных прав является делом каждого государства; отстаивание чужих прав ничьим делом не является"⁵³⁸.

384. Такое же мнение было выражено МС в его консультативном заключении в отношении *Возмещения за увечья*, когда он постановил, что "только сторона, по

⁵³⁶ Philip Allott, *Eunomia. New Order for a New World* (Oxford: Oxford University Press, 1990) p. 324.

⁵³⁷ Simma, "From Bilateralism to Community Interest ...", сноска 535 выше, p. 229.

⁵³⁸ Weil, "Towards Relative Normativity ...", сноска 504 выше, p. 431. См. также Denys Alland, *Justice privée et ordre juridique...*, сноска 244 выше. В отношении еще одного аргумента, предполагающего нежизнеспособность концепции обязательств *erga omnes* как вопроса права, см. Jan Klabbers, "The Scope of International Law: *Erga Omnes* Obligations and the Turn to Morality" in Matti Tupamäki (ed.), *Liber Amicorum Bengt Broms: Celebrating His 70th Birthday* (Finnish Branch of the International Law Association: Helsinki, 1999) p. 177.

отношению к которой существует международное обязательство, может представлять претензию в связи с его нарушением"⁵³⁹.

385. Однако современное международное право вышло далеко за пределы двусторонности. Еще в ходе прений КМП по Венской конвенции специальные докладчики проводили разграничение между договорами, создающими обязательства государств по отношению друг к другу в структуре их взаимоотношений, и договорами, порождающими, по определению Фицмориса, "более абсолютный тип обязательства", а именно обязательство "неотъемлемого" или "взаимозависимого" характера. В качестве примеров этой категории он привел конвенции по разоружению и гуманитарному праву. Обязательства, содержащиеся в таких конвенциях, было бы бессмысленно сводить к взаимным межгосударственным отношениям⁵⁴⁰. В этом контексте интерес различия состоял в том, как надлежало рассматривать коллизии между договорами - отступление от обязательства "более абсолютного" типа не так просто достигается посредством "внесения изменений" или *lex posterior*.

386. В первых прениях на этот счет чаще всего упоминалось дело, касавшееся запрещения геноцида. Согласно аргументации МС в деле *Об оговорках к Конвенции против геноцида* классические договоры касались отдельных преимуществ или недостатков для государств или поддержания договорного равновесия⁵⁴¹. Однако в рамках таких конвенций, как Конвенция против геноцида, государства не преследовали свои национальные отдельные интересы. Вместо этого у них был "общий интерес", заключавшийся в достижении тех высоких целей, которые являются смыслом существования Конвенции", и "из этого вытекает, что в отношении конвенции такого типа нельзя говорить об отдельных преимуществах или недостатках для государств или о поддержании четкого договорного равновесия между правами и обязанностями"⁵⁴². После этого дела для исследователей, а также международных и внутренних судебных инстанций стало обычным ссылаться на "определенные превалирующие универсальные

⁵³⁹ *Reparations for Injuries suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949* pp. 181-182.

⁵⁴⁰ Fitzmaurice, Third Report, *Yearbook* ...1958 vol. II, p. 44, para. 91.

⁵⁴¹ *Reservations to the Convention on the Prevention of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951* p. 23.

⁵⁴² *Ibid.*

ценности"⁵⁴³ и общие интересы или предпочтения, на основании которых проводится различие между нормами договорного типа и нормами, в большей степени имеющими характер публичного права.

387. В этой связи *locus classicus*, бесспорно, является заявление суда в деле *Барселона трэкин*, вероятно, сделанное в духе полемики, последовавшей после принятия Венской конвенции и касавшейся природы и роли "основополагающих норм", которые не могли сводиться к регулированию двусторонних межгосударственных отношений⁵⁴⁴. Именно здесь к термину "erga omnes" (который по латыни означает "по отношению к каждому/всем") было впервые привлечено пристальное публичное внимание⁵⁴⁵. Как хорошо известно, Суд установил, что Бельгия не обладает правомочием предъявлять Испании иск от имени бельгийских акционеров канадской компании. В своем известном *obiter dictum* Суд заявил следующее:

"...следует проводить существенно важное различие между обязательствами государства по отношению к международному сообществу в целом и обязательствами по отношению к другому государству в области дипломатической защиты. По самой своей природе первое касается всех государств. Ввиду важности задействованных прав все государства могут рассматриваться в качестве имеющих правовой интерес в их защите; речь идет об обязательствах erga omnes.

⁵⁴³ Gowlland-Debbas, "Judicial Insights into Fundamental Values and Interests ...", сноска 522 выше, p. 328. См. далее Christian J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) pp. 2-3 and passim.

⁵⁴⁴ Jochen Frowein, "Obligations *Erga Omnes*", in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopaedia of International Law* (Amsterdam: Elsevier, 1997) vol. III, p. 757.

⁵⁴⁵ *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970* p. 32, para. 33. В отношении поддержки концепции обязательств erga omnes см. Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Dordrecht: Nijhoff, 1991) pp. 343-344; Claudia Annacker, "The Legal Régime of Erga Omnes Obligations in International Law", *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 46 (1994) p. 131. В отношении критики см. Weil, "Towards Relative Normativity ...", сноска 504 выше, p. 413.

В современном международном праве такие обязательства вытекают, например, из объявления вне закона актов агрессии и геноцида, а также из принципов и норм, касающихся основных прав человека, включая защиту от рабства и расовой дискриминации. Некоторые из соответствующих прав защиты закреплены в общем своде норм международного права... другие провозглашены в международных договорах универсального или почти универсального характера⁵⁴⁶.

388. Значение этих выдержек состоит прежде всего в том, что они подчеркивают существование в международном праве, по сути, различных типов обязательств. С одной стороны, есть обязательства традиционного типа, существующие по отношению к другому конкретному государству или государствам на двусторонней основе, а с другой - обязательства, которые касаются всех государств и в защите которых юридически заинтересованы все государства.

389. Хотя в примерах, приведенных МС, обязательства *orga omnes* могут иметь также характер *jus cogens*, Суд не стремился подчеркнуть недопустимость отступления от них. Вместо этого он намеревался указать на тот факт, что существуют некоторые нормы, порождающие общее понятие правомочия предъявлять претензии в случае их нарушения⁵⁴⁷. Нормы *orga omnes* необязательно различаются по важности их содержания. Они являются нормами с определенными процедурными характеристиками, а именно обладают такой особенностью, что за их нарушение может призвать к ответу любое государство, а не только индивидуальные бенефициары. Это - обязательства, касающиеся не первичных, а вторичных норм⁵⁴⁸. Доктрина обязательств *erga omnes* была подтверждена самой КМП. Хотя идея относительно некоторых нарушений, представляющих собой такие серьезные посягательства на международный публичный порядок в целом, что их можно квалифицировать в качестве "преступлений", в конечном счете не вошла в подготовленные Комиссией проекты статей об ответственности

⁵⁴⁶ *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970 p. 32.*

⁵⁴⁷ См. Michael Byers, "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", *Nordic Journal of International Law*, vol. 66 (1997) 211, p. 230.

⁵⁴⁸ См. также четвертый доклад Гаэтано Аранжио-Руиса (Gaetano Arangio-Ruiz, Fourth Report, *Yearbook ... 1992* vol. II, Part 1, p. 34, para. 92): "Концепция обязательств *erga omnes* характеризуется не важностью защищаемого нормами интереса - этот аспект типичен для *jus cogens*, - а скорее "юридической неделимостью" содержания обязательства, а именно тем фактом, что данная норма предусматривает обязательства, одновременно имеющие обязательную силу для всякого и каждого адресата по отношению ко всем другим. Эта правовая структура типична не только для императивных норм, но и для других норм общего международного права и ряда норм многосторонних договоров (обязательства *erga omnes partes*)".

государств (2001 год), статья 48 окончательного текста была в рамках достигнутого компромисса разработана таким образом, чтобы признать возможность призвания к ответственности государством, иным, чем потерпевшее государство:

"1. Любое государство, иное чем потерпевшее государство, вправе призвать к ответственности другое..., если:

а) нарушенное обязательство является обязательством в отношении группы государств, включая это государство, и установлено в целях защиты коллективного интереса этой группы; или

б) нарушенное обязательство является обязательством в отношении международного сообщества в целом"⁵⁴⁹.

390. В своем Комментарии Комиссия разъясняет, что цель этого положения состоит в охвате обязательств такого рода, которые фигурировали в деле *Барселона трэкин*. И хотя формулировка является иной, это положение затрагивает также случаи, рассмотренные Фитцморисом по терминологии договоров, устанавливающих "неотъемлемые" и "взаимозависимые обязательства". В частности, первый подпункт касается обязательств, определенных в комментарии как "обязательства *erga omnes partes*", т.е. обязательств, вытекающих из договора и направленных на защиту "коллективных интересов" сторон договора⁵⁵⁰. Во втором подпункте речь идет собственно об обязательствах *erga omnes*, т.е. обязательствах по общему праву, чье осуществление касается "международного сообщества в целом".

б) По отношению к кому существуют обязательства *erga omnes*?

391. Большинство обязательств *erga omnes* (хотя и не все) возникли в области прав человека и гуманитарного права. В этих сферах право не создает взаимных обязательств между государствами на двусторонней основе. Например, обязательство соблюдать право на свободу слова на территории государства не адресовано какому-либо конкретному государству или гражданам конкретных государств. В соответствии с такой нормой государство берет на себя ответственность в отношении всех лиц на территории под его

⁵⁴⁹ Статья 48, проекты статей об ответственности государств, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия (A/56/10)*, стр. 42.

⁵⁵⁰ Там же, Комментарий к проекту статьи 48. Примеры, приведенные Комиссией, касаются договоров, имеющих отношение к окружающей среде или безопасности того или иного региона или региональной системы защиты прав человека.

юрисдикцией. В таких отношениях отсутствует *quid pro quo*. Государство обязано соблюдать это право, независимо от того, как могли себя вести другие государства⁵⁵¹.

392. В связи с этим возникает вопрос о том, кто является бенефициарами обязательств *erga omnes* и оказывает ли чей-либо статус непосредственного бенефициара какое бы то ни было воздействие на способность реагировать на нарушения. Возможно, с академической точки зрения было бы совершенно правильно утверждать, что обязательства *erga omnes* "основаны не на обмене правами и обязанностями, а на присоединении к нормативной системе"⁵⁵². И все же далеко не ясно, что это означает с точки зрения процедурных прав, приводимых в действие любым фактическим нарушением.

393. Если государство несет ответственность за применение пыток к своим собственным гражданам, никакое отдельное государство напрямую от этого не страдает. Кроме непосредственно затрагиваемого лица или лиц, любой вред, относимый на счет кого-либо еще, имеет чисто умозрительный характер, т.е. выводится на основе допущения о том, что такое деяние составляет посягательство на определенные ценности или интересы "всех", или же, по терминологии, использованной в деле *Барселона трэкин*, "международного сообщества в целом". Хотя государство, совершающее акты пыток, нарушает свои обязательства, в системе двусторонности не будет пострадавшего государства и тем самым государства, обладающего искомным правом⁵⁵³. Вместе с тем в настоящее время

⁵⁵¹ Как отмечал Симма, договоры о правах человека относятся к числу тех соглашений, по которым обязательства существуют отнюдь не между договаривающимися государствами, а возлагают на них обязанность определенного "параллельного" поведения на территории под их юрисдикцией, не проявляющегося в качестве какого-либо материального обмена или взаимодействия между сторонами. См. Bruno Simma, "Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility" in Yoram Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Dordrecht: Nijhoff, 1988) p. 823 (выделено в оригинале).

⁵⁵² См. René Provost, "Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law", *BYBIL* vol. 65 (1994) p. 386.

⁵⁵³ Зайдерман даже утверждает, что "нецелесообразно разделять нормы о правах человека на те, которые влекут за собой обязательства *erga omnes*, и те, которые за собой таких обязательств не влекут. См. Seiderman, *Hierarchy in International Law ...*, сноска 534 выше, p. 124. Альтернативное мнение см. в Byers, "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", сноска 547 выше, p. 232. Байерс рассматривает обязательства *erga omnes* все еще в рамках билатералистской парадигмы, полагая, что "норма *erga omnes* могла бы считаться связанной с рядом идентичных двусторонних отношений между каждой возможной парой государств" плюс свойство наделять каждое государство правом представлять претензию, кто бы ни нес прямой ущерб от нарушения

Комиссия международного права, конечно же, допускает, что могут быть ситуации, при которых предъявлять претензии в связи с нарушениями могут быть вправе также не пострадавшие государства, и именно такого рода ситуации возникают, когда нарушения касаются "международного сообщества в целом" и когда все государства имеют юридический интерес⁵⁵⁴. Случай *erga omnes partes*, рассмотренный в подпункте а) пункта 1 статьи 48, касается ситуации, при которой был ущемлен коллективный интерес сторон договора и, как следствие, целесообразно наделить все стороны правом призвать к ответственности за нарушение. Подпункт б) пункта 1 статьи 48 охватывает общие обязательства *erga omnes*, устанавливающие такое право для всех государств - иными словами, для государств в их качестве членов "международного сообщества"⁵⁵⁵.

394. И в этом случае удачную формулировку можно обнаружить в решении МТБЮ по делу *Фурунджи*. Отметив, что запрещение пыток является нормой *jus cogens*, суд также определил, что она устанавливает обязательство *erga omnes* следующим образом:

"Помимо этого, запрещение пыток налагает на государства обязательства *erga omnes*, а именно обязательства по отношению ко всем другим членам международного сообщества, каждый из которых имеет в этом случае коррелятивное право. Кроме того, нарушение такого обязательства одновременно составляет нарушение коррелятивного права всех членов международного сообщества и наделяет правом требовать соблюдения каждого из его членов, которые в этом случае имеют право настаивать на выполнении обязательства или, во всяком случае, потребовать прекращения нарушения"⁵⁵⁶.

таких обязательств. Вероятно, к такой трактовке доктрины побуждает заявление МС, сделанное в 1973 году в деле *О ядерных испытаниях*. В своем решении Суд заявил, что "односторонние заявления властей Франции были сделаны вне Суда, публично и *erga omnes* ... Задачи этих заявлений ясны, и они были адресованы международному сообществу в целом, в связи с чем Суд считает, что они представляют собой обязательства, обладающие правовой силой". *Nuclear Tests Case (Australia v. France) I.C.J. Reports 1974*, p. 269, paras. 50-51. Согласно аргументации этого раннего консультативного заключения, обязательства *erga omnes* являются не более чем обязательствами, взятыми государством перед всеми государствами международного сообщества.

⁵⁵⁴ Статья 42 б), проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия (A/56/10)*, стр. 40.

⁵⁵⁵ Там же, Комментарий к проекту статьи 48.

⁵⁵⁶ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber II, 121 *ILR* (2002) p. 260, para. 151.

395. По-видимому, различие между "двусторонними" обязательствами и обязательствами *erga omnes* аналогично внутривидовому различию между обязательствами, вытекающими из контрактов и из публичного права. В последнем случае речь идет о правоотношении между юридическим лицом и публичной властью. Даже если нарушение последних обязательств может ущемлять интерес индивида, способность реагировать (как в большей части уголовного права) остается у публичной власти.

396. Однако это не означает, что государства могли бы реагировать только при помощи коллективного процесса. По сути, если бы это было так, то отсутствие общих процедур коллективного реагирования - помимо предписанных главой VII Устава ООН - делало бы положение об *erga omnes* практически бессмысленным. Как отмечал Гая в своем докладе Институту международного права, коллективное реагирование с участием всех государств "практически невозможно". Поэтому необходимо заключить, что обязательство перед "международным сообществом в целом" является также обязательством перед каждым государством в отдельности, причем без какого-либо конкретного интереса со стороны этого государства, и что каждое из них вправе реагировать в случае нарушения. Решение вопроса о том, могут ли иметь право на реагирование также другие субъекты - лица, группы лиц или организации, - зависит от содержания соответствующей нормы и от наличия подходящих процедур такого реагирования⁵⁵⁷.

397. Было также высказано предположение о том, что наличие у обязательства характера *erga omnes* имеет значение для определения последствий его нарушения. В частности, это может быть связано с обязательством в отношении непризнания. Рассматривая законность строительства Израилем стены безопасности, сооружаемой частично на оккупированной палестинской территории, МС заявил следующее:

"Нарушенные Израилем обязательства *erga omnes* представляют собой обязательство уважать право палестинского народа на самоопределение и некоторые его обязательства по международному гуманитарному праву... Учитывая характер и важность затрагиваемых прав и обязательств, Суд считает, что все государства обязаны не признавать незаконного положения, возникшего в результате строительства стены..."⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ Giorgio Gaja, "Obligations and Rights Erga Omnes in International Law", *Annuaire ...* vol. 71. Part one, p. 126.

⁵⁵⁸ *Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории, Консультативное заключение*, воспроизведенное в документе A/ES-10/273 и Corr.1, пункты 155 и 159. См. также ILM vol. 43 (2004) p. 1009, paras. 155 and 159.

398. В порядке уточнения Суд постановил следующее:

"Они обязаны также не оказывать помощь или содействие в сохранении положения, порожденного таким строительством. Соблюдая Устав Организации Объединенных Наций и международное право, все государства обязаны обеспечивать, чтобы любые возникшие в результате строительства стены препятствия для осуществления палестинским народом своего права на самоопределение были устранены. Кроме того, все государства - участники Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 года обязаны, соблюдая Устав Организации Объединенных Наций и нормы международного права, обеспечивать соблюдение Израилем норм международного гуманитарного права, закрепленных в этой Конвенции"⁵⁵⁹.

с) Обязательства *erga omnes partes*

399. Постановление МС по делу *О стене* содержит заявление о том, что "договоры, закрепляющие права человека, не облачают государство правоспособностью защищать жертв ущемления таких прав, независимо от их гражданства". Эти строки могут толковаться в том смысле, что обязательств *erga omnes* не могут быть основаны на договорном праве. Однако Суд не мог иметь это в виду. Как представляется, более правильно считать, что Суд хотел заявить, что специальные соглашения могут вводить правоспособность в русло соответствующих процедур. Иными словами, это заявление касалось бы не источников обязательств *erga omnes*, а технических особенностей договоров о правах человека. По утверждению Яна Зайдермана, "для того чтобы возбудить *actio popularis*, государству или другому субъекту международного права

⁵⁵⁹ Там же, стр. 63, пункт 159. Однако это решение было принято не без возражений со стороны других судей. Так, судья Хиггинс в своем особом мнении заявила, что, "в отличие от Суда," [она не считает], что конкретные последствия установленных нарушений международного права имеют что-то общее с концепцией *erga omnes*... Известное высказывание Суда в деле *Барселона трэкин*... часто используется в более широком смысле, чем оно того заслуживает. К сожалению, это также сделано и в нынешнем заключении... Это высказывание было направлено на весьма конкретный вопрос о юрисдикционном *locus standi*. ... Это не имеет ничего общего с установлением субстантивных обязательств в отношении третьих сторон в том или ином деле". Она, кроме того, заявила следующее: "То, что незаконная ситуация не должна признаваться и что третьи стороны не должны содействовать ей, является самоочевидным и не требует никакого обращения к неопределенной концепции *erga omnes*... Обязательство членом Организации Объединенных Наций в отношении непризнания и неоказания помощи не опирается на концепцию *erga omnes*". Там же, стр. 79 и 80 (особое мнение судьи Хиггинс, пункты 37 и 38).

потребовались бы как правомочие, так и форум. Erga omnes соответствует только первому требованию"⁵⁶⁰.

400. И все же из этого различия (правомочие и юрисдикция) не следует делать далеко идущих выводов. В случае ответственности государств - основной сферы обязательств *erga omnes* - отсутствие юрисдикции не устраняет правопритязания. Например, в области прав человека общее право ответственности государств становится вполне доступным для субъектов, представляющих "международное сообщество в целом", даже если "*actio popularis*" может оставаться за пределами возможностей того или иного форума"⁵⁶¹.

401. Этот постулат был высказан уже давно в отношении Европейской конвенции о правах человека. В деле *Пфундерса*, которое рассматривалось в 1961 году⁵⁶², австрийское правительство утверждало, что уголовное судопроизводство в итальянских судах противоречило статье 6 Европейской конвенции. Итальянское правительство возразило, что договорные органы *ratione temporis* не обладают компетенцией в отношении рассмотрения этого дела, поскольку Австрия на время событий, ставших предметом спора, еще не ратифицировала Конвенцию и в силу этого не была правомочна предъявлять претензию. Однако Европейская комиссия по правам человека отклонила этот аргумент, сделав известное заявление о том, что цель Высоких Договаривающихся Сторон при заключении Конвенции состояла не в признании взаимных прав и обязанностей друг друга для обеспечения своих отдельных национальных интересов, а в

⁵⁶⁰ См. Seiderman, *Hierarchy in International Law*..., сноска 534 выше, pp. 136-137. Аналогичным образом, МС в деле *О Восточном Тиморе* установил, что "наличие у нормы характера *erga omnes* и правило согласия на юрисдикцию являются двумя разными вещами. Какова бы ни была природа затрагиваемого обязательства, Суд не может выносить решение о законности поведения государства, когда его суждение предполагало бы оценку законности поведения другого государства, не являющегося стороной дела. В таком случае Суд не может принимать решения, даже если рассматриваемое право является правом *erga omnes*". См. *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia) I.C.J. Reports 1995* p. 102, para. 29. См. также *Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории, Консультативное заключение*, документ A/ES-10/273 (особое мнение судьи Хиггинс, пункт 37), в котором она заявила, что *dictum* в деле *Барселона трэкин* было направлено на весьма конкретный вопрос о юрисдикционном *locus standi*.

⁵⁶¹ В отношении предложения использовать концепцию *erga omnes*, с тем чтобы наделить правом негосударственные субъекты, см., например, Hilary Charlesworth & Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis* (Manchester: Manchester University Press, 2000), pp. 94-95.

⁵⁶² *Austria v. Italy*, 11 January 1961, YBECHR vol. 4, p.116.

реализации целей и идеалов Совета Европы, изложенных в его Уставе, и в создании общего публичного порядка свободных демократий Европы во имя сохранения своего общего наследия - политических традиций, идеалов, свободы и верховенства права.

"Обязательства, взятые на себя Высокими Договаривающимися Сторонами в Европейской конвенции, в сущности имеют объективный характер, будучи, скорее, направлены на защиту основополагающих прав отдельных людей от ущемления какой-либо из Высоких Договаривающихся Сторон, чем на создание субъективных и взаимных прав для самих Высоких Договаривающихся Сторон"⁵⁶³.

402. Из этого следует заключить, что нельзя утверждать, будто источник нормы имеет решающее значение в том, возникают ли из этой нормы обязательства *erga omnes*⁵⁶⁴. Скорее, природу вторичных норм определяет характер первичных норм.

403. То, что обязательства *erga omnes* действительно могут основываться на договорных нормах, было также подтверждено Институтом международного права. В резолюции, озаглавленной "Обязательства и права *erga omnes* в международном праве", которая была принята в 2005 году, обязательство *erga omnes* определяется как

"а) обязательство по общему международному праву, которое то или иное государство несет в каждом данном случае по отношению к международному сообществу, с учетом его общих ценностей и его заботы о соблюдении, таким образом, что нарушение этого обязательства позволяет всем государствам принимать меры; или

б) обязательство *по многостороннему договору*, которое государство - участник договора несет в каждом данном случае по отношению ко всем другим государствам - участникам этого же договора, с учетом их общих ценностей и заботы о соблюдении таким образом, что нарушение этого обязательства позволяет всем этим государствам принимать меры"⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Ibid., p. 138.

⁵⁶⁴ См. также работу Annacker, "The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations...", сноска 545 выше, p. 136, автор которой утверждает, что "сам по себе источник нормы не позволяет прийти к каким-либо выводам относительно структуры возлагаемых обязательств и соответствующих прав, предусматриваемых первичной нормой режима ответственности (вторичных норм)".

⁵⁶⁵ *Obligations and Rights Erga Omnes in International Law*, Institut de Droit International, the Krakow Session, *Annuaire de l'Institut de Droit International* (2005) Article 1, (выделено нами). См. доклад Gaetano Arangio-Ruiz, Fourth Report, *Yearbook ... 1992*, vol. II, Part one, p. 34, para. 92, в котором утверждается, что "такая правовая структура [обязательств *erga omnes*] типична не только для императивных норм, но и для других норм общего

d) Отношение между *jus cogens* и обязательствами *erga omnes*

404. Тесная связь между *jus cogens* и понятием обязательств *erga omnes* постоянно является источником путаницы. Нормы *jus cogens* являются особенно важными нормами, которые отличаются своей непреложностью. Как мы видели, норма, вступающая в коллизию с ними, ничтожна и лишена юридической силы. Обязательства *erga omnes* являются обязательствами, в выполнении которых каждое государство ("международное сообщество в целом") юридически заинтересовано. Вероятно, все государства юридически заинтересованы в соблюдении норм, от которых не допускается отступлений. В этом смысле логично допустить, что все нормы *jus cogens* представляют собой обязательства *erga omnes*. Однако это уравнение не работает в обратную сторону. Из того факта, что все государства заинтересованы в выполнении обязательства, необязательно следует, что эти нормы являются императивными - иными словами, они необязательно лишают коллизионные обязательства какой бы то ни было юридической силы.

405. В своем комментарии к проектам статей КМП подробно осветила соотношение между *jus cogens* и обязательствами *erga omnes* следующим образом:

"Если цель императивных норм общего международного права - определить сферу охвату и приоритет небольшого числа основополагающих обязательств, то основная направленность обязательств перед международным сообществом в целом по существу представляет собой юридический интерес для государств в соблюдении - т.е. по смыслу настоящих статей - в обретении права призвать к ответственности любое государство, нарушившее свое обязательство. В соответствии с таким расхождением в целях представляется уместным отразить последствия этих двух концепций двумя различными способами.

Во-первых, серьезные нарушения обязательств, вытекающих из императивных норм общего международного права, могут влечь за собой дополнительные последствия, причем не только для ответственного за них государства, но и для всех других государств. Во-вторых, все государства вправе призвать к ответственности за нарушение обязательств перед международным сообществом в целом"⁵⁶⁶.

международного права и ряда норм многосторонних договоров (обязательства *erga omnes partes*)".

⁵⁶⁶ Комментарии к проектам статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Yearbook ... 2001* vol. II, Part Two, pp. 281-282. Майкл Байерс описал это же отношение в следующих выражениях: "Нормы *jus cogens*, иначе известные как "императивные нормы", являются не допускающими отступления нормами международного "публичного порядка". Они делают ничтожными другие, неимперативные нормы, вступающие с ними в коллизию. С другой стороны, нормы

406. В деле *Фуранджии* МТБЮ следующим образом разъяснил связь между процедурными последствиями обязательств *erga omnes* и привязкой *jus cogens* к нормативной иерархии:

"Хотя только что упомянутый характер *erga omnes* относится к сфере международного правоприменения (*lato sensu*), другая важная особенность принципа запрещения пыток связана с иерархией норм в международном нормативном порядке"⁵⁶⁷.

е) **Вывод**

407. Рассмотрение иерархии подтверждает вывод, уже полученный в конце предшествующих разделов. Несмотря на отсутствие единого фиксированного ряда иерархических связей между нормами, принципами и обязательствами международного права, это не означает отсутствия отношений верховенства и подчиненности, а означает только то, что их нельзя определить абстрактно, вне зависимости от контекстов, в которых некоторые нормы (правила, принципы) сопоставляются с противоположными им аргументами. Хотя обычно иерархия в международном праве толкуется с точки зрения норм *jus cogens* и обязательств *erga omnes*, не очевидно, что они являются единственными - или действительно практически наиболее релевантными - категориями. Как мы убедились в разделах С и D, существуют и другие важные нормы - например, договорные нормы "неотъемлемого" и "взаимозависимого" характера, "незыблемые принципы", "элементарные соображения гуманности" и договорные положения, которые нельзя нарушить без одновременного подрыва объекта и цели договора, - которые играют более важную роль в практике правовой аргументации. Возможно, сосредоточенность на известных латинских максимах отвлекла внимание от более насущных типов отношений по степени важности.

408. Однако в настоящем разделе подчеркивается четкое различие между нормами *jus cogens* и обязательствами *erga omnes*. Первые имеют отношение к нормативному "весу" нормы, а вторые - к ее процедурной "сфере охвата". Если норма *jus cogens* по

erga omnes являются нормами, которые при их нарушении порождают - среди всех государств, на которые распространяется их действие, - общие правомочия предъявлять претензии". См. Byers, "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", сноска 547 выше, р. 211.

⁵⁶⁷ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber II, 121 *ILR* (2002) p. 260, para. 153.

необходимости имеет сферу охвата *erga omnes*, то не все обязательства *erga omnes* имеют такой же вес, как *jus cogens*. И хотя действительно, каждый раз приходится отдельно доказывать, какие нормы принадлежат к этим классам, в 1990-х годах среди специалистов был достигнут прочный консенсус относительно того, что, по крайней мере, некоторые запреты обладают характером *jus cogens* и что реагировать на нарушение некоторых обязательств могут не только потерпевшие государства. Если данные категории тем не менее остаются зыбкими, это не означает их бессмысленности. Напротив, их относительная открытость позволяет разумно использовать их в конкретных ситуациях нормативной коллизии (*jus cogens*) или при необходимости определить правомочность призвания к ответственности в случае нарушения некоторых обязательств (обязательств *erga omnes*).

409. Однако право является искусством систематизации, и обсуждение вопросов о том, какие нормы относятся к вышестоящим, а какие - к нижестоящим, дает благодатную почву для полемики по вопросам "конституционализации" и фрагментации. Статья 103 Устава ООН, безусловно, предполагает более высокий иерархический статус Устава по сравнению с другими разделами международного права, тогда как сама идея *jus cogens* подразумевает, что даже политика ООН может наталкиваться на "конституциональные" ограничения. Разумеется, понятие *jus cogens* уже никем не ставится под сомнение. Любые реальные споры касаются определения его содержания, в частности в отношении квалификации какого-либо действия или события. Здесь все зависит от формирования политических предпочтений⁵⁶⁸. Тем не менее важность этого понятия - как и важность обязательств *erga omnes* - может состоять не столько в том, как фактически

⁵⁶⁸ В этой связи особую важность имеют рассуждения Суда первой инстанции ЕС в деле E-306/01 (Ахмед Али Юсуф и Международный фонд "Баракаат" против Совета Европейского союза и Комиссии европейских сообществ). Как отмечалось выше, Суд заявил, что он компетентен рассматривать соответствие решений Совета Безопасности ООН нормам *jus cogens*. В одном месте он рассуждал об "основополагающих правах человека, входящих в сферу охвата *jus cogens*", указав, что не все "основополагающие права" могут одинаково считаться как относящиеся к *jus cogens* (para. 286). Однако далее Суд продолжил оценку того, "составляло ли замораживание фондов... ущемление основополагающих прав заявителей", тем самым фактически совместив обе категории - "основополагающие права" и "*jus cogens*". См. para. 288. Такое широкое толкование *jus cogens* обнаруживается также в мнении Суда о том, что "произвольное лишение" права на собственность "во всяком случае могло бы рассматриваться как противоречащее *jus cogens*" (para. 293). Кроме того, представляет интерес мнение Суда о том, что, хотя право на доступ к судам обладает статусом *jus cogens*, это не означает, что оно является неограниченным. Напротив, его ограничение путем принятия мер во исполнение статьи 103 Устава, по видимому, "органично присуще этому праву, как оно гарантируется *jus cogens*" (para. 343).

"применяются" эти концепции, сколько в том, что они служат указаниями на возможности в плане аргументации и границы институционального принятия решений. В меру этого данные понятия устраняют беспокойство по поводу масштаба тех проблем, к которым может привести фрагментация международного права.

Е. СИСТЕМНАЯ ИНТЕГРАЦИЯ И СТАТЬЯ 31 (3) с) ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ

1. Введение - "Принцип системной интеграции"

410. В предыдущих разделах рассматривались три типа отношений между нормами и принципами (правилами) международного права: отношения между специальными и общими нормами, между предыдущими и последующими нормами, а также между нормами и принципами с различной нормативной силой. В каждом разделе доказывалось, что с помощью юридического метода вполне можно урегулировать коллизии или дублирование норм, поставив нормы и принципы в определенное взаимоотношение друг с другом. В этих разделах подчеркивалось, что в этом процессе нет ничего автоматического или механического. Эффективность действия соответствующих методов (*lex specialis*; *lex posterior*; *lex superior*) зависит от того, что следует рассматривать в качестве значимых аспектов каждого случая. Должен ли иметь решающее значение специальный или общий характер нормы и следует ли отдавать приоритет предыдущей или последующей норме, зависит от таких аспектов, как воля сторон, характер договоров и их объект и цель, а также от того, как надлежит применять их с минимальными помехами для действия правовой системы.

411. Помимо контекстуальности, еще одной заметной чертой в предыдущих обзорах международной практики было стремление избежать объявления недействительной нормы, которая будет отставлена в сторону, - за единственным исключением абстрактной и поныне слабо разработанной по существу доктрины *jus cogens*. Иными словами, были предприняты усилия, с тем чтобы не давать оснований считать, что договор, принятый надлежащим образом, или обычай, которому следуют государства, в определенном отношении становятся полностью лишенными юридической силы. Это достигалось, в частности, посредством двух методов. Первый состоит во взаимном согласовании явно коллизионных норм за счет такого их толкования, которое делает их совместимыми. Вторым является метод, при котором вопрос о действительности заменяется вопросом приоритетности. Норма, которая будет отставлена в сторону, остается как бы "на втором плане", продолжая влиять на толкование и применение нормы, получившей преимущественную силу.

412. Из этого следует, что, вопреки некоторым предположениям, урегулирование коллизии и толкование нельзя отделять друг от друга. Существует ли коллизия и какие действия можно предпринять в отношении *prima facie* коллизии - все это зависит от того, как толкуются соответствующие нормы. Значение толкования невозможно переоценить. Оно применяется не только тогда, когда уже установлено наличие коллизии. Нормы выступают как совместимые или противоречащие друг другу *в результате толкования*. Иногда может быть полезно подчеркнуть коллизионный характер двух норм или сводов норм в порядке указания на необходимость вмешательства законодателя. Однако часто представляется более целесообразным не заострять внимание на коллизии, а толковать соответствующие материалы с точки зрения их вклада в достижение некой общеразделимой - "системной" - цели. Примером такого подхода является метод "взаимной поддержки". Однако, какой бы образ действий ни был избран, процесс аргументации продвигается по накатанным юридическим тропам: ссылки на обычное значение, намерение сторон, законные ожидания, добросовестность и последующую практику, а также "объект и цель" и принцип эффективности. И наконец, если необходимо установить четкую приоритетность, то это, как мы уже убедились, может достигаться за счет трех критериев: а) специфики (*lex specialis*); б) хронологии (*lex posterior*) и в) статуса (*jus cogens*, обязательства *erga omnes* и статья 103 Устава ООН).

413. Поэтому неудивительно, что Венская конвенция о праве международных договоров рассматривает проблему множественности норм и принципов в контексте толкования договоров. В частности, можно принимать статью 31 3) с) за отражение того, что можно определить, как принцип "системной интеграции"⁵⁶⁹, а именно процесса, наблюдаемого на протяжении всего настоящего доклада, при котором международные обязательства толкуются с учетом их нормативной среды ("системы"). Статья 31 3) с) Венской конвенции предусматривает следующее:

"Наряду с контекстом учитываются:

...с) любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками".

414. Смысл существования такого принципа понятен. Все договорные положения черпают свою силу и действительность из общего права и устанавливают существующие

⁵⁶⁹ Jean Combacau & Serge Sur, "Principe d'intégration" in *Droit international public*, сноска 505 выше, р. 175, и см. более подробно Campbell McLachlan, "The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention", ICLQ vol. 54 (2005) pp. 279-320.

права и обязательства в один ряд с правами и обязательствами, установленными другими договорными положениями и нормами обычного международного права. Ни одно из таких прав или обязательств не обладает каким-либо *внутренне присущим* приоритетом перед другими. Вопрос об их взаимосвязи может решаться только путем процесса аргументации, позволяющей считать их частями некоего связного и содержательного целого. Вот почему они, как отмечал Макнейр, они должны также "применяться и толковаться на фоне общих принципов международного права"⁵⁷⁰. Или же, как было отмечено Арбитражным трибуналом в деле *Жоржа Пенсона*, необходимо полагать, что любой договор "отсылает к таким принципам в отношении всех вопросов, которые он не решает сам прямо и иным образом"⁵⁷¹. Отсылка к общим нормам международного права в ходе толкования договора является повседневной и зачастую неосознанной частью процесса толкования. Мы наблюдали, как это происходит в связи с действием специальных (и не "автономных") режимов в разделе С выше. Деятельность специализированных договорных органов постоянно характеризуется презумпцией, при которой вся массивная юридическая база считается непротиворечивой. Ни одна судебная инстанция не будет запрашивать доказательства в отношении нормы "*audiatur et altera pars*" или подвергать сомнению природу члена ООН как "государства". Такие вещи воспринимаются как сами собой разумеющиеся, и если сторона оспаривает релевантность любого такого процедурного стандарта или статуса по публичному праву, то именно ей и надлежит обосновывать свой (неортодоксальный) подход.

415. Однако принцип системной интеграции предполагает нечто большее, чем простое подтверждение применимости общего международного права в действии конкретных договоров. Он указывает на необходимость принимать во внимание нормативную среду в более широком смысле. И в этом нет ничего нового. Так, например, Арбитражный трибунал во франко-бельгийском деле 1937 года мог, не давая дополнительных пояснений, заявить следующее:

⁵⁷⁰ A.D. McNair, *The Law of Treaties*, сноска 57 выше, p.466.

⁵⁷¹ *Georges Pinson case (France/United Mexican States)* Award of 13 April 1928, UNRIAA, vol. V, p. 422.

«Абстрагируясь от грамматического и логического толкования, необходимо принимать во внимание тот факт, что нужно понимать и толковать соглашение между Гардые и Жаспаром в рамках Гаагских договоренностей от января 1930 года, а именно в рамках "Плана Янга", который скрупулезно определяет метод осуществления "германских выплат" и "германских трансфертов"»⁵⁷².

416. В этом один договор толкуется со ссылкой на другой договор. Было очевидно, что франко-бельгийский вопрос имел отношение к общим усилиям по урегулированию проблемы германских репараций и что этот факт - увязка договора с общим урегулированием - нельзя было игнорировать при толковании соглашения. В более общем плане, если задачей международного права действительно является координация отношений между государствами, тогда из этого следует, что конкретные нормы должны толковаться в сопоставлении с другими нормами, касающимися тех же фактических обстоятельств, что и толкуемый договор. В данном случае речь идет о, по определению Фицмориса, "цепочках" договоров, охватывающих проблему такого же типа на разных уровнях или с конкретных (технических, географических) точек зрения⁵⁷³. В этой связи Арбитраж в деле *Об австралийском тунце* (2000 год) отметил следующее:

"...общей практике международного права и практике государств соответствует использование более чем одного международного договора при рассмотрении какого-либо конкретного спора... Весьма часто имеет место параллелизм международных договоров... Всеобщая совокупность международно-правовых обязательств извлекает пользу из процесса аккреции и накопления..."⁵⁷⁴.

417. Это представляется самоочевидным в эпоху рамочных договоров и имплементирующих их договоров. Доктрина "договорного параллелизма" как раз и учитывает необходимость координации толкования конкретных договоров или их рассмотрения в свете концепции "взаимной поддержки". В деле *Об австралийском тунце* рассматривалась взаимосвязь между Конвенцией по морскому праву 1982 года и договором о рыболовстве, заключенным для осуществления этой Конвенции. Трактовка этих договоров как независимых друг от друга, была бы странной и безусловно, не согласующейся с намерением сторон. Было бы нерациональным и, безусловно, не согласующимся с намерением сторон толковать эти договоры независимо друг от друга. Хотя вопрос о том, как следует воспринимать эту взаимосвязь, - т.е. были ли они

⁵⁷² Différend concernant l'accord Tardieu-Jaspar (Belgium/France) Award of 1 March 1937, UNRIAA, vol. III, p. 1713.

⁵⁷³ G.G. Fitzmaurice, Third Report, *Yearbook ... 1958* vol. II, p. 44, para. 89 (b).

⁵⁷⁴ *Southern Bluefin Tuna case*, ILM vol. 39 (2000) p. 1388, para. 52.

составными частями того, что в разделе D.2 а) определено в качестве "режима" - может оставаться предметом определенной дискуссии (особенно ввиду дублирования положений об урегулировании споров), сам Трибунал в полной мере осознавал, что он не может игнорировать факт возникновения проблемы в рамках обоих этих договоров⁵⁷⁵.

418. Однако проблема не ограничивается отношениями между рамочными договорами и имплементирующими договорами (к тому же эти определения не имеют четко установленного содержания). Разумеется, определение того, какой договор применим или как делимитируется юрисдикция судебной инстанции, не может зависеть от того, каким образом государство предпочитает характеризовать проблему. Делье и Пелле четко высказывают общее соображение в этой связи:

"Любой договор не может рассматриваться изолированно. Он не только вписан в социальные реалии, но еще и его положения должны рассматриваться в сопоставлении с другими юридическими нормами, с которыми они могут вступать в конкуренцию"⁵⁷⁶.

419. Ничто из вышеизложенного не предопределяет того, что означает "составлять" норму с другой нормой или как они могли бы вступать в "конкуренцию". Эти вопросы необходимо оставить на усмотрение толкователя, который должен решать их исходя из ситуации. Единственный - но имеющий ключевое значение - вывод состоит лишь в том, что нельзя игнорировать нормативную среду и что при толковании договоров следует помнить о принципе интеграции. Это указывает на необходимость осуществлять толкование таким образом, чтобы нормы рассматривались с учетом некой всеобъемлющей и согласованной цели для уделения приоритетного внимания более важным соображениям за счет менее важных целей. В этом и состоит все требование статьи 31 (3) с): интегрировать в процесс юридического обоснования - включая обоснование судами и трибуналами - согласованность и содержательность. Успех или неудача здесь измеряется тем, как мир права будет оценивать его результат.

⁵⁷⁵ О полемике, касавшейся проблем, возникающих в результате предпочтения Трибуналом положений об урегулировании споров регионального договора (Конвенции о сохранении австралийского тунца) по сравнению с (обязательными) положениями части XV Конвенции по морскому праву, см. Jacqueline Peel, "A Paper Umbrella Which Dissolves in the Rain? The Future for Resolving Fisheries Disputes under UNCLOS in the Aftermath of the Southern Bluefin Tuna Arbitration", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3 (2002) pp. 53-78 and Barbara Kwiatkowska, "The Ireland v. United Kingdom (Mox Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism", *International Journal of Marine & Coastal Law*, vol. 18 (2003) p. 52 and notes therein.

⁵⁷⁶ Daillier & Pellet, *Droit international public*, supra note 73, p. 266.

420. Содержание настоящего раздела можно понимать как прояснение роли и действия статьи 31 (3) с Венской конвенции, а также как резюме многого того, о чем шла речь в предыдущих разделах. Системный характер международного права получил в этой статье наиболее четкое формальное отражение. Согласно замечанию г-жи Сюе Ханьцинь в ходе обсуждений в КМП значения статьи 31 (3) с), это положение действует подобно "универсальному ключу" к зданию международного права. В случае существования какой-либо системной проблемы - непоследовательности, коллизии, дублирования между двумя или несколькими нормами - и отсутствия других толковательных средств, способных решить эту проблему, всегда имеется возможность обратиться к этой статье и поступить мотивированным образом.

421. Конечно же, часто могут возникать случаи, при которых в формальной ссылке на статью 31 (3) с) потребность отсутствует, поскольку необходимость учета нормативной среды в достаточной степени обеспечивается при помощи других методов. Как мы видели, обычное право, общие принципы права и общие положения договоров создают основу для толкования конкретных договорных положений, и зачастую для достижения системной интеграции достаточно сделать на них ссылку. Иногда статья 31 (3) с) воспринимается как простое подтверждение этого факта. Например, в недавнем деле *О взаиморасчетах (Нидерланды против Франции, 2004 год)* одна из сторон просила Суд применить статью 31 (3) с) в поддержку ее утверждения о том, что в этом деле мог бы применяться принцип "загрязнитель платит". Суд рассмотрел этот аргумент, отметив следующее:

"Этот принцип фигурирует в некоторых двусторонних и многосторонних международных договорах и находится на различных уровнях фактической реализации. Не отрицая его важности в договорном праве, Суд не считает этот принцип частью общего международного права"⁵⁷⁷.

422. Но если бы статья 31 (3) с) касалась только этого, необходимость в ней отсутствовала бы. Вместе с тем ее формулировка не ограничивается "общим международным правом", а расширяется до "любых соответствующих норм международного права, применяемых в отношениях между участниками". В Комиссии предлагалось добавить слово "общего", но оно в текст включено не было. В Комиссии

⁵⁷⁷ *Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976 (the Netherlands/France) Award of 12 March 2004, UNRIAA, vol. XXV, p. 312, para. 103.*

чаще всего, хотя и не исключительно, делались ссылки на другие договорные нормы. Применительно к многосторонним договорам вопрос о том, обуславливает ли это необходимость рассматривать всех участников договора в качестве также участников и тех договоров, которые "должны учитываться", будет рассмотрен ниже⁵⁷⁸.

423. Иногда высказывается мнение о том, что международные судебные инстанции или правоприменительные (договорные) органы не вправе применять нормы, которые не "вписываются" в рамки учредительного договора, или о том, что при вынесении арбитражными органами своих решений им не следует учитывать нормы или принципы, не фигурирующие в договоре, которого касается спор, или в соответствующей договоренности. Но если, как обсуждалось в разделе В.5 выше, все международное право существует в системном взаимоотношении с другим правом, такое применение не может иметь место без помещения соответствующего наделяющего юрисдикцией договора в его нормативную среду⁵⁷⁹. Это означает, что, хотя суд может обладать юрисдикцией только в отношении какого-либо конкретного договора, он должен также *толковать и применять* этот договор с учетом его взаимосвязи с его нормативной средой, т.е. с "другим" международным правом⁵⁸⁰. В этом состоит принцип системной интеграции, отраженной в статье 31 (3) с) Венской конвенции. Формулировку статьи 31 (3) с) действительно критиковали на том основании, что в ней отсутствует определенность как по ее существу и временному охвату, так и по ее нормативной силе. Насколько широко следует учитывать "другие нормы права"? Как насчет предыдущих или последующих норм? И что в действительности означает термин "учитываются"? По замечанию судьи Виранантри в деле *Габчиково-Надьмарош*, данное положение "едва ли охватывает этот аспект с той степенью ясности, которая необходима для столь важного вопроса"⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Предложение в отношении такого толкования (весьма ограничительного характера) было недавно сделано третейской группой ВТО в деле *ЕС - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* (7 February 2006) WT/DS291-293/INTERIM, pp. 300-301, paras. 7.70-7.72.

⁵⁷⁹ В этом отношении см. также Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms ...*, сноска 21 выше, pp. 460-463 and *passim*.

⁵⁸⁰ При этом нельзя сказать, что на практике было бы просто или же вообще возможно разграничить эти аспекты, отделив их один от другого. В действительности невозможность сделать это была основной причиной, по которой КМП воздержалась от принятия какого-либо правила по интертемпоральному праву (см. раздел 6.4.3 ниже). Этот вопрос носит концептуальный характер и касается двойственного образа действия любого права или обязательства - формулирования договора, который является "применимым" и существо которого определяется путем "толкования".

Терлуэй даже сомневается, "... окажется ли этот подпункт сколько-нибудь полезным в деле толкования договоров"⁵⁸². Но если в этой статье просто выражается более широкий принцип - принцип "системной интеграции" - и если этот принцип, в свою очередь, отражает целесообразный и, пожалуй, необходимый аспект практики правовой аргументации, тогда обсуждение его фактического и потенциального применения станет полезным вкладом в исследование предполагаемой фрагментации (или диверсификации) международного права.

2. Статья 31 (3) с) Венской конвенции

а) Толкование

424. Статья 31 (3) с) содержится в разделе 3 части III Венской конвенции, касающемся толкования договоров. Статья 31, озаглавленная "Общее правило толкования", формулирует его следующим образом:

"1. Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора.

2. Для целей толкования договора контекст охватывает, кроме текста, включая преамбулу, и приложения:

а) любое соглашение, относящееся к договору, которое было достигнуто между всеми участниками в связи с заключением договора;

б) любой документ, составленный одним или несколькими участниками в связи с заключением договора и принятый другими участниками в качестве документа, относящегося к договору.

3. Наряду с контекстом учитываются:

а) любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений;

б) последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования;

⁵⁸¹ *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) I.C.J. Reports 1997* (separate opinion of Judge Weeramantry) p. 114.

⁵⁸² Hugh Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989", Part III, *BYBIL* vol. 62 (1991) No. 1, p. 58.

с) любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками.

4. Специальное значение придается термину в том случае, если установлено, что участники имели такое намерение".

425. Согласно пункту 3, кроме контекста, при толковании договора следует учитывать три вещи, не размещенные в каком-либо конкретном порядке приоритетности. Третьей из них являются "любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками". Эти положения являются обязательной частью процесса толкования. В отличие от положения статьи 32, где речь идет о подготовительных материалах в качестве "дополнительных средств толкования", к ним надлежит обращаться в тех случаях, когда значение терминов договора является двойственным, неясным, абсурдным или неразумным⁵⁸³.

426. Текстуальный анализ статьи 31 (3) с) обнаруживает ряд аспектов этого правила, заслуживающих особого выделения:

а) она касается "норм международного права", тем самым подчеркивая, что для целей толкования необходимо сослаться на нормы права, а не на более широкие принципы или соображения, которые могут не получить прочного закрепления в качестве норм;

б) эта формулировка относится к нормам международного права в общем и целом. Она охватывает все источники международного права, включая обычай, общие принципы, когда это применимо, другие договоры;

с) эти нормы должны быть как соответствующими, так и "применяемыми в отношениях между участниками". В подпункте не уточняется, необходимо ли при определении соответствия и применимости учитывать все стороны данного договора, или только вступившие в спор между собой;

д) в подпункте не содержатся положения об ограничении по времени. В нем не говорится, следует ли определять применяемые нормы международного права по дате заключения договора или по дате возникновения спора.

⁵⁸³ Это было подтверждено также третьей группой ВТО в деле *EC - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* (7 February 2006) WT/DS291-293/INTERIM, p. 300, para. 7.69.

427. Существует широкое признание того, что статьи 31 и 32 Венской конвенции отражают обычное международное право⁵⁸⁴. Такое их призвание может объясняться тем фактом, что в них применяется ряд практических соображений, известных из национального контекста и в то же время достаточно общих и гибких, чтобы подсказать надлежащее решение большинства проблем толкования. Составители Конвенции не стали принимать ничью сторону в любых достаточно спорных теоретических вопросах толкования. В статьях используется подход с упором как на "обычное значение", так и на "объект и цели"; они предполагают согласие сторон, а также толкование добросовестным образом. Фактически трудно вообразить себе какой-либо подход к толкованию, который исключался бы статьями 31 и 32⁵⁸⁵. Вместе с тем Конвенция не претендует на исчерпывающее изложение методов толкования, вследствие чего в ней не упоминаются, например, *lex specialis* или *lex posterior*.

428. Безусловно, в практике государств и международных судебных инстанций уже сформировались конкретные подходы к толкованию. Так, в практику органов по правам человека вошло такое прочтение правозащитных конвенций, в котором упор делается на их *effet utile*, пожалуй, в более широком смысле, чем в отношении обычных договоров. Ряд договоров об учреждении международных институтов стали толковаться с точки зрения их "конституционности". Недавний опыт ВТО, в которой Апелляционный орган настаивает на серьезном отношении третейских групп к нормам Конвенции, показывает, какие большие требования может налагать надлежащее применение этих принципов⁵⁸⁶. Хотя в Конвенции не содержится требования применять методы толкования в порядке, указанном в статьях 31 и 32, фактически именно этот порядок интуитивно представляет

⁵⁸⁴ Резюме практики государств, юрисдикции и доктрины см. в Mark E. Villiger *Customary International Law ...* сноска 76 выше, pp. 334-343. В отношении более недавней практики см. *Territorial Dispute case (Libyan Arab Jamahiriya/Chad) I.C.J. Reports 1994*, p. 6; *Kasikili/Sedudu Island case (Botswana/Namibia) I.C.J. Reports 1999* p. 1059; *LaGrand case (Germany v. United States of America) I.C.J. Reports 2001* p. 501, para. 99. См. также *Golder v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1975, ECHR Series A (1975) No. 18, p. 14, para. 2+ 9; *Restrictions to the Death Penalty Cases*, Judgment of 8 September 1983, Advisory opinion, Int-Am CHR, OC-3/83, ILR, vol. 70 p. 449 и, например, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (29 April 1996) WT/DS2/AB/R, DSR 1996:I, p. 16.

⁵⁸⁵ Невозможность четкой приоритезации методов толкования обсуждается в работе Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, сноска 78 выше, pp. 333-345.

⁵⁸⁶ См. дела, рассмотренные ниже, и в более общем плане - исследование James Cameron & Kevin R. Gray, "Principles of International law in the WTO Dispute Settlement Body", сноска 171 выше, p. 248.

собой наиболее эффективную последовательность действий. Вместе с тем нет причины слишком резко разграничивать эти методы. Как будет показано ниже, иногда матрица внешних источников полезно проясняет обычное значение формулировок договоров или их объект и цель.

b) Прения в КМП

429. Нынешний текст статьи 31 (3) с) Венской конвенции возник в КМП из проектов, касавшихся толкования договоров. В проекте статьи 70 (1) b), предложенном Комиссии Уолдоком в 1964 году, допускалось, что:

"термины договора должны толковаться добросовестно в соответствии с естественным и обычным значением, которые следует придавать каждому термину - ... [и]

b) в контексте норм международного права, действующих во время заключения договора"⁵⁸⁷.

430. Положение состояло из двух частей. В одной из них отражен принцип системной интеграции, а именно, что договоры следует толковать "в контексте норм международного права". В рамках последовавшей дискуссии этот принцип был признан самоочевидным. Никто не оспорил идеи о том, что договоры следует толковать в контексте их нормативной среды. И все же некоторые члены Комиссии предположили возможность включения в этот текст ссылки на "принципы", а не "нормы" или рассуждали начет добавления слова "общие" ("общие нормы" или "общие принципы")⁵⁸⁸. Однако в итоге ни одно из этих предложенных изменений в текст не попало.

431. Центральное место в дискуссии и спорах в Комиссии заняла вторая часть этого положения, а именно предложение о том, чтобы нормативная среда понималась как право, действующее в момент заключения договора. Возникла проблема интертемпорального права. В этом отношении данное положение явилось синтезом постулата из резолюции Института международного права, которая призывала к толкованию "в свете принципов международного права"⁵⁸⁹, и формулировки Фицмориса, в которой делался упор на

⁵⁸⁷ Waldock, Third Report, *Yearbook ... 1964* vol. II, p. 55, para. 10.

⁵⁸⁸ См. особенно Mr. Tunkin, ILC 756th meeting (14 July 1964), *Yearbook ... 1964* vol. I, p. 78, para. 49.

⁵⁸⁹ *Annuaire...* 1956 pp. 364-5. Включение этой ссылки в резолюцию Института проходило далеко не гладким образом. Она не фигурирует в первоначальной схеме Лаутерпахта, опубликованной в 1950 году (*Annuaire* 1950-I, p. 433). Впоследствии, в

принцип одновременности⁵⁹⁰. В первоначальном предложении Уолдока имелось еще одно правило (проект статьи 56, в конечном счете исключенный из текста Конвенции), которое конкретно касалось интертемпорального права, в следующей формулировке⁵⁹¹:

"1) Договор должен толковаться в свете права, действующего во время разработки этого договора.

2) При условии соблюдения пункта 1, применение договора регулируется нормами международного права, действующими во время применения договора".

432. Хотя в 1964 году предложение о включении положения по интертемпоральному праву не снискало поддержки Комиссии, этот вопрос продолжал вызывать полемику в контексте положения о толковании договоров. В результате КМП в своих комментариях сузила обсуждение за счет исключения проблемы интертемпоральности, ограничившись рассмотрением значения и применения положений, в настоящее время составляющих статью 31 (3) с)⁵⁹². Тем не менее здесь полезно принять к сведению соображения, фигурирующие как в этом обсуждении, так и во всей доктрине интертемпоральности. Имеется в виду мнение о том, что толкование и применение договора всегда предполагает ссылки на другие нормы международного права, и единственный вопрос заключается в том, как следует понимать эти "другие нормы" - с точки зрения нормативной ситуации, существовавшей при заключении договора или существующей в момент его

1952 году, он внес в нее ссылку на толковательную роль общих принципов обычного международного права (*Annuaire ... 1952-I*, p. 223). Она вызвала значительные возражения по причинам неопределенности и несоответствия кодификационной роли Института (*Annuaire ... 1952-II*, pp. 384-6, замечания Гуггенхайма и Ролина, *Annuaire... 1954-I*, p. 228). После того как Фицморис был назначен докладчиком вместо Лаутерпахта, в его проекте ссылки такого рода не было (*Annuaire... 1956*, pp. 337-8). Она была добавлена только в ходе прений, последовавших за выступлением Баздевана (*Annuaire... 1958*, p. 344).

⁵⁹⁰ Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 1 (Grotius Publications Limited: Cambridge, 1986) p. 369.

⁵⁹¹ Waldock, Third report, *Yearbook ... 1964* vol. II, pp. 8-9.

⁵⁹² Статьи о праве международных договоров с комментариями, принятыми Комиссией международного права, *Конференция Организации Объединенных Наций по праву международных договоров, Официальные отчеты, документы Конференции*, первая и вторая сессии, Вена, 26 марта - 24 мая 1968 года и 9 апреля - 22 мая 1969 года (Организация Объединенных Наций: Нью-Йорк, 1971 год), стр. 42 и 43 английского текста.

применения⁵⁹³? Как отмечали некоторые члены Комиссии, этот вопрос вытекает из самой задачи уяснения намерений сторон, ибо это намерение, безусловно, формируется под влиянием норм, действующих во время переговоров по договору и его принятия, но по мере продолжения действия договора претерпевает изменения⁵⁹⁴.

3. Прецедентное право

433. До последнего времени ссылок на статью 31 (3) с) в судебной практике или практике государств было немного.

а) Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов

434. Этот Трибунал всегда заявлял о применимости обычного международного права. В одном из первых дел он четко подтвердил, что "...нормы обычного права могут быть полезными для заполнения возможных пробелов в Договоре, для установления значения не определенных в его тексте терминов или - в более общем плане - для содействия толкованию и осуществлению его положений"⁵⁹⁵. Что касается конкретной ссылки на статью 31 (3) с), то она была обусловлена рассмотрением требований в отношении гражданства, налагаемых Алжирскими соглашениями, с целью определения того, кто может обращаться в Трибунал. Так, в деле *Эсфганиан против банка "Теджарат"* возник вопрос о том, может ли заявитель, имеющий двойное гражданство Ирана и Соединенных Штатов, подавать претензию в Трибунал⁵⁹⁶. Трибунал прямо применил статью 31 (3) с) Венской конвенции для обоснования ссылки на существующие в международном праве обширные материалы по праву дипломатической защиты⁵⁹⁷. Эти материалы подтвердили

⁵⁹³ См. Waldock, Third report, *Yearbook ... 1964* vol. II, p. 8-10, и прения в КПМ в *Yearbook ... 1964* vol. I, pp. 33-40.

⁵⁹⁴ См., например, Mr. Paredes, ILC 728th meeting (21 May 1964), *Yearbook ... 1964* vol. I, p. 34, para. 12.

⁵⁹⁵ *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, Iran-US C.T.R., vol. 15, 1987-II, p. 222, para. 112.

⁵⁹⁶ *Esphahanian v. Bank Tejarat*, Iran-US C.T.R., vol. 2, 1983-I, p. 157.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 161.

вывод Трибунала о том, что применимой нормой международного права является норма преобладающего и эффективного гражданства⁵⁹⁸.

в) Европейский суд по правам человека

435. Как отмечалось в разделе С выше, ЕСПЧ широко применяет общее международное право. Однако он конкретно сослался на статью 31 (3) с) в толковании объема права на справедливое судебное разбирательство, охраняемого по статье 6 Европейской конвенции о правах человека. В деле *Голдер против Соединенного Королевства* Суд сделал ссылку на статью 31 (3) с), когда ему было необходимо определить, действительно ли статья 6 гарантирует право доступа к судам для каждого лица, желающего возбудить иск с целью определения его гражданских прав и обязанностей⁵⁹⁹. Пойдя по этому пути, Суд, в свою очередь, сослался на статью 38 (1) с) Статута Международного Суда, в которой признается, что нормы международного права включают "общие принципы права, признанные цивилизованными нациями"⁶⁰⁰. Таким образом, он установил, что право доступа к гражданским судам является одним из таких общих принципов права и что на этот принцип можно опираться при толковании значения статьи 6.

436. В деле *Лойзиду против Турции* Суду надлежало решить, признавать ли действительными некоторые акты Турецкой Республики Северный Кипр ("ТРСК")⁶⁰¹. Статья 31 (3) с) была упомянута им в качестве основы для ссылки на резолюции Совета Безопасности ООН и доказательства поддержки в практике государств непризнания ТРСК в качестве государства по международному праву⁶⁰². Единственным законным правительством Кипра является правительство Республики Кипр, и акты ТРСК не могут трактоваться как имеющие законную силу.

⁵⁹⁸ См. также аналогичное решение в A/18, Iran-US C.T.R., vol. 5 1984-I, p. 260. Это положение также послужило обоснованием в особом мнении в деле *Grimm v. Iran*, Iran-US C.T.R., vol. 2 1983-I (несовпадающее мнение Говарда М. Хольцманна, p. 82) в отношении вопроса о том, могло ли отсутствие защиты лица со стороны Ирана представлять собой меру, "затрагивающую имущественные права" его супруги.

⁵⁹⁹ *Golder v. the United Kingdom*, Judgment 21 February 1975, ECHR Series A (1975) No. 18, p. 13-14, paras. 27-31.

⁶⁰⁰ Ibid., p. 17-18, para. 35.

⁶⁰¹ *Loizidou v. Turkey (Merits)* Judgment of 18 December 1996, ECHR 1996-VI, p. 2231, para. 44.

⁶⁰² Ibid., p. 2231, para. 44.

437. В своих трех исторических решениях, принятых в 2001 году, ЕСПЧ использовал статью 31(3) с), с тем чтобы определить, могут ли нормы, касающиеся государственного иммунитета, вступать в коллизию с правом на доступ к суду по статье 6 (1) Конвенции⁶⁰³. В каждом из этих дел Суд большинством голосов принимал решение в пользу государственного иммунитета. Право на доступ к судам не являлось абсолютным. Оно могло подлежать ограничениям при том условии, что они являются соразмерными и преследуют законную цель. Суд следующим образом обосновал этот свой вывод:

"...Конвенцию необходимо толковать в свете норм, изложенных в Венской конвенции.., и ...статья 31 (3) с) гласит, что должны учитываться "любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками". Конвенцию, включая статью 6, нельзя толковать в вакууме. Суд должен учитывать особый характер Конвенции как международного договора о правах человека, а также принимать во внимание соответствующие нормы международного права... Насколько это возможно, Конвенцию следует толковать в соответствии с другими нормами международного права, часть которого она образует, в том числе нормами, касающимися предоставления государственного иммунитета.

Из этого следует, что меры, принятые Высокой Договаривающейся Стороной, которые отражают общепризнанные нормы публичного международного права, касающиеся государственного иммунитета, в принципе не могут рассматриваться как устанавливающие несоразмерное ограничение в отношении права обращения в суд, воплощенного в статье 6 (1)"⁶⁰⁴.

438. Полезно отметить, что в этой ситуации Суд мог бы просто не учитывать государственный иммунитет как не имеющий отношения к применению Конвенции. Однако он этого не сделал. Коллизия между статьей 6 и нормами обычного международного права, касающимися государственного иммунитета, возникла только потому, что Суд принял решение интегрировать статью 6 в ее нормативную среду

⁶⁰³ *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, p. 79; *Fogarty v. the United Kingdom*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, p. 157; и *McElhinney v. Ireland*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, p. 37. ЕСПЧ также сослался на статью 31 (3) с) в деле *Banković v. Belgium and others*, Decision of 12 December 2001, Admissibility, ECHR 2001-XII, p. 351, para. 57. В отношении критики подхода Суда см. Alexander Orakhelashvili, "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights", EJIL vol. 14 (2003) No. 3, p. 529.

⁶⁰⁴ *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, p. 100, paras. 55-6; см. также *Fogarty v. the United Kingdom*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, paras. 35-6; *McElhinney v. Ireland*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, paras. 36-7.

(несомненно, в соответствии с требованием ответчика). Право, предусмотренное по Европейской конвенции, было сопоставлено по важности с общим интересом в сохранении системы государственного иммунитета. В итоге Суд использовал статью 31 (3) с), с тем чтобы применительно к этому делу отменить действие норм Конвенции⁶⁰⁵.

с) Арбитражный трибунал ОСПАР (дело о заводе СОР)

439. Как отмечалось в разделе В выше, речь идет об одном из целого ряда дел, возбужденных Ирландией против Соединенного Королевства в связи с функционированием завода по переработке ядерных отходов в Селлафилде⁶⁰⁶. Арбитражное решение было принято в соответствии с Конвенцией по защите морской среды северо-восточной части Атлантического океана 1992 года ("Конвенцией ОСПАР") в ходе разбирательства, касавшегося доступа к информации о функционировании завода мокс-топлива. Ирландия заявила, что ссылка на другие нормы международного права затронет толкование обязательств сторон по Конвенции ОСПАР в двух отношениях.

440. Во-первых, Ирландия отметила, что положение статьи 9 (3) d) Конвенции ОСПАР, в котором упоминаются "применимые международные предписания", подразумевает ссылку на международное право и практику. По утверждению Ирландии, это включает Декларацию Конференции ООН по окружающей среде и развитию (Рио-де-Жанейрская декларация) 1992 года и Орхусскую конвенцию о доступе к информации, участию

⁶⁰⁵ Это решение было принято не без возражений. Несогласные судьи не утверждали, что государственный иммунитет не имеет отношения к делу или что его не следует учитывать при рассмотрении вопроса, являющегося "исключительно предметом статьи 6". Вместо этого они сочли, что речь идет об императивной норме международного права (*jus cogens*), касающейся запрещения пыток, которая по смыслу международного права должна иметь преимущественную силу над нормами о государственном иммунитете. *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, pp. 111-113, совместное несовпадающее мнение судей Розакиса и Кафлиша, к которому присоединились судьи Вильдхабер, Коста, Кабрал Барreto и Важич. Другие несогласные судьи пожелали принять возражение в отношении деликтов, совершенных на территории государства. *McElhinney v. Ireland*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, p. 51-54, совместное несовпадающее мнение судей Кафлиша, Кабрала Барreto и Важича.

⁶⁰⁶ *Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention, Final Award (Ireland v. the United Kingdom)* (2 July 2003) Permanent Court of Arbitration, ILM vol. 42 (2003) p. 1118. Другими делами являются: *the MOX Plant case, Request for Provisional Measures Order (Ireland v. the United Kingdom)* (3 December 2001) International Tribunal for the Law of the Sea, ILM vol. 41 (2002) p. 405; *the MOX Plant case, Order No. 3 (Ireland v. the United Kingdom)* (24 June 2003) Permanent Court of Arbitration, ILM vol. 42 (2003) p. 1187.

общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды 2001 года⁶⁰⁷. В ответ Соединенное Королевство заявило, что Рио-де-Жанейрская декларация не является договором и что Орхусская конвенция не была еще ратифицирована ни Ирландией, ни Соединенным Королевством.

441. Трибунал согласился с тем, что он вправе при толковании этого договорного обязательства опираться на нынешнее международное право и практику, и в процессе этого прямо сослался на статью 31 (3) с). Вместе с тем он признал, что ни один из документов, упомянутых Ирландией, в действительности не представлял собой "нормы права, применяемые в отношениях между участниками". Они являлись лишь "эволюционирующими элементами международного права", которые Трибунал не может применять без конкретной санкции⁶⁰⁸. Один из арбитражных судей, Гейвин Гриффит, выразил свое несогласие с этим соображением⁶⁰⁹. Он отметил, что Орхусская конвенция вступила в силу и что она была подписана как Ирландией, так и Соединенным Королевством. Соединенное Королевство публично заявило о своем намерении в ближайшее возможное время ратифицировать эту Конвенцию. Такое положение, как минимум, дает Трибуналу право трактовать Орхусскую конвенцию в качестве доказательства общности мнений обеих сторон в отношении определения понятия экологической информации.

442. Во-вторых, Соединенное Королевство утверждало, что его единственное обязательство по Конвенции ОСПАР было выполнено посредством осуществления Директивы 90/313 Европейского сообщества, имеющей отношение к этому же вопросу. Однако Трибунал не согласился с тем, что выполнение предписания Европейского сообщества представляло собой препятствие для процедуры в соответствии с ОСПАР.

⁶⁰⁷ Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию, *Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3-14 июня 1992 года* (United Nations publication, Sales No. E.93.I.8 and corrigenda), том I: *Резолюции, принятые Конференцией*, резолюция 1, приложение I. Конвенция о доступе к информации, участию общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды, Организация Объединенных Наций, *Treaty series*, vol. 2161, p. 450.

⁶⁰⁸ Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention, Final Award (*Ireland v. the United Kingdom*) (2 July 2003) Permanent Court of Arbitration, ILM vol. 42 (2003) pp. 1137-1138, paras. 99, 101-105.

⁶⁰⁹ Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention, Final Award (*Ireland v. the United Kingdom*) (2 July 2003) Permanent Court of Arbitration, ILM vol. 42 (2003) pp. 1161-5.

Оба режима могут сосуществовать даже в том случае, если они накладывают идентичные правовые обязательства⁶¹⁰. В этой связи он отметил следующее:

"Главная цель употребления схожих формулировок состоит в том, чтобы создать единообразные и согласующиеся правовые стандарты в области охраны морской среды, а не устанавливать превосходства одного набора средств правовой защиты над другим"⁶¹¹.

d) ВТО

443. В разделе С выше подробно разъяснялось, что в ряде решений Апелляционного органа ВТО рассматривалось применение принципов обычного и общего международного права при толковании охватываемых ВТО соглашений. Например, в деле *Об импорте креветок/черепах* Апелляционный орган многократно ссылался на тексты международно-правовых норм об охране окружающей среды⁶¹². Он постановил, что термины "природные ресурсы" и "исчерпаемые" в пункте g) статьи XX являются "по определению эволюционными", и в этой связи использовал статью 56 Конвенции по морскому праву для обоснования утверждения о том, что природные ресурсы могут включать как живые, так и неживые ресурсы⁶¹³. В поддержку этого толкования АО сослался также на

⁶¹⁰ The President of the Tribunal, Professor Michael Reisman, dissented on this issue: *Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention, Final Award (Ireland v. the United Kingdom)* (2 July 2003) Permanent Court of Arbitration, ILM vol. 42 (2003) pp. 1157-1160.

⁶¹¹ *Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention, Final Award (Ireland v. the United Kingdom)* (2 July 2003) Permanent Court of Arbitration, ILM vol. 42 (2003) p. 1144, para. 143.

⁶¹² *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (12 October 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, p. 2793-2798, paras. 126-134.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 2795-2796, para. 130 citing *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971* p. 31. Трибунал отметил, что, хотя государства-заявители ратифицировали Конвенцию по морскому праву, Соединенные Штаты не сделали этого, но на слушании дела признали, что положения Конвенции, касающиеся права рыболовства, по большей части отражают международное обычное право.

"Повестку дня на XXI век"⁶¹⁴ и на резолюцию об оказании помощи развивающимся странам, принятую в связи с Конвенцией об охране мигрирующих видов диких животных⁶¹⁵. При этом он подчеркнул, что вводная часть статьи XX является "еще одним выражением принципа добросовестности", который, по его мнению, является общим принципом международного права⁶¹⁶. Трибунал, прямо указав на статью 31 (3) с), заявил следующее: "Нашей задачей здесь является толкование формулировки вводной части, опираясь при этом на общие принципы международного права"⁶¹⁷. При решении вопроса о том, являются ли морские черепахи "исчерпаемым ресурсом", Апелляционный орган упомянул тот факт, что все семь известных видов морских черепах включены в перечень в Добавлении 1 к Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения (СИТЕС).

444. Сейчас появляется все больше научных трудов, посвященных отношениям между охватываемыми ВТО договорами и многосторонними природоохранными соглашениями (МПС), с одной стороны, и договорами о правах человека - с другой⁶¹⁸. Апелляционный орган всегда признавал, что требование статьи 3 (2) Соглашения об урегулировании споров (СУС), в соответствии с которым третейские группы должны применять "обычные правила толкования норм публичного международного права", обуславливает необходимость строгого применения статей 31 и 32 Венской конвенции к вопросам, находящимся на его рассмотрении. Когда третейские группы не выполняли это требование, Апелляционный совет без колебаний отменял их решения⁶¹⁹. В процессе

⁶¹⁴ Принята Конференцией Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, 14 июня 1992 года, *Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию*, Рио-де-Жанейро, 3-14 июня 1992 года (United Nations publication, Sales No. E. 93.I.8 and Corrigenda).

⁶¹⁵ Final Act of the Conference to Conclude a Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals, ILM vol. 19 (1980) p. 11 and the Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals, p. 15.

⁶¹⁶ *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (12 October 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, p. 2807, para. 158.

⁶¹⁷ Ibid., p. 2807, para. 158.

⁶¹⁸ См., например, Joost Pauwelyn, "The Role of Public International Law ...", сноска 42 выше, p. 535; Gabrielle Marceau, "WTO Dispute Settlement and Human Rights", сноска 42 выше, Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, сноска 240 выше, pp. 314-339; и Pauwelyn, *Conflict of Norms ...* сноска 21 выше.

⁶¹⁹ *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (29 April 1996) WT/DS2/AB/R, DSR 1996:I, p. 15-17.

выполнения своей функции толкования он часто ссылается на другие нормы международного права. Однако он ни разу не постановил, что эти другие нормы отменяют что-либо из предусмотренного в охватываемых ВТО соглашениях, хотя они и влияют на толкование и применение этих соглашений.

445. Например, органы ВТО часто учитывали региональные торговые соглашения (РТС) и двусторонние торговые соглашения (ДТС). В деле *США - КЗТ (статья 21.5 - ЕС)* 2002 года АО сослался на многие РТС и ДТС и сделал вывод о том, что во всех этих соглашениях присутствует, по его определению, "широко признаваемый общий элемент", содержащийся в их определении термина "доход из зарубежного источника", затем использованного им для толкования этой формулировки в контексте Соглашения по субсидиям и компенсационным мерам (Соглашение по СКМ)⁶²⁰. В деле *О мерах ЕС, затрагивающих импорт птицеводческих продуктов* (1998 год) АО объяснил свое обращение к Соглашению о масличных культурных 1994 года применением "дополнительного средства толкования [соответствующего обязательства по ВТО] согласно статье 32 Венской конвенции, поскольку она является одним из исторических документов, составивших основу концессий Европейских сообществ..."⁶²¹. В деле *О мерах Кореи, затрагивающих импорт говядины* (2000 год) третейская группа вновь сослалась на различные ДТС, заключенные Кореей, "не в целях "обеспечить выполнение" обязательств по этим двусторонним соглашениям, а исключительно для толкования двусмысленного положения ВТО"⁶²². Можно утверждать, что эти соглашения использовались лишь как "дополнительное средство толкования", а не по смыслу статьи 31 (3) с)⁶²³. Зачастую такие ссылки объяснялись стремлением получить доказательство намерения сторон или прояснить "обычное значение" договорных терминов.

⁶²⁰ *United States - Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" (Article 21.5 - EC)* (14 January 2002) WT/DS108/AB/RW, paras. 141-145 (especially footnote 123).

⁶²¹ *EC - Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products* (23 July 1998) WT/DS69/AB/R, DSR 1998:V, p. 2060, para. 83, и в общем плане - pp. 2057-2060, paras. 77-85.

⁶²² *Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef* (10 January 2000) WT/DS161/R, WT/DS161/AB/R, DSR 2001:I, p. 59, para. 539.

⁶²³ См. Isabelle Van Damme, "What Role is there for Regional International Law in the Interpretation of the WTO Agreements?", сноска 421 выше.

446. Однако же ничто не мешает попытаться вывести правовую основу такого "учета" этих не относящихся к делу соглашений именно из данной статьи, и особенно в тех случаях, когда этот "учет" не ограничивается простой подстрочной ссылкой. Это представлялось бы целесообразным, к примеру, в таких случаях, как дело *О чилийской системе ценовых диапазонов* (2002 год), в котором третейская группа как истолковала, так и применила Соглашение между Чили и МЕРКОСУР таким образом, что это исключало рассмотрение ею данного дела. Третейская группа сослалась на преамбулу и статью 24 этого договора (Соглашения об экономической взаимодополняемости № 35 - СЭВ № 35), отметив, что по его смыслу стороны (Чили и МЕРКОСУР) не намеревались исключить возможность применения различных норм в других международных соглашениях, т.е. соглашениях ВТО. Иными словами, третейская группа применила договор, не охватываемый ВТО, с тем чтобы задействовать обратную отсылку, причем истолковав ее таким образом, чтобы в контексте ВТО допускалась такая трактовка, которая была бы невозможна в соответствии с ее соглашениями (тем самым создав презумпцию о том, что, если бы СЭВ № 35 не было бы истолковано таким образом, то стандарт ВТО был бы неприменим)⁶²⁴.

447. Иногда звучит утверждение о том, что это и вовсе было бы недопустимо ввиду четкого запрещения в СУС, согласно которому "рекомендации и решения ОУС не могут увеличить или уменьшить права и обязательства, предусмотренные охваченными соглашениями" (последнее предложение пункта 2 статьи 3 СУС). Однако такое мнение предполагало бы, что охватываемые соглашения являются "клинически изолированными" именно так, как это отрицает АО. Здесь уместны два соображения. Во-первых, когда используется статья 31 (3) с) Венской конвенции, это происходит со специальной санкции самого ОУС. Но второе и еще более важное соображение заключается в том, что толкование ничего не "добавляет" к толкуемому договору. Оно разъясняет смысл документа при помощи юридического метода (конкретно одобренного ОУС), который включает учет его нормативной среды. При этом представляется несущественным, делается ли ссылка на другие соглашения в соответствии со статьей 31 (3) с), в качестве дополнительного средства толкования, в порядке доказывания намерения сторон, обычного значения или добросовестности (презумпция о том, что государства не заключают соглашения с целью нарушения обязательств). Смысл по-прежнему остается в том, чтобы рассматривать государства, когда они действуют в системе ВТО, идентичными самим себе в их действиях в других институциональных и нормативных контекстах.

⁶²⁴ *Chile - Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products* (3 May 2002) WT/DS207/R, paras. 7.81-7.86. См. также *EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* (25 September 1997) WT/DS27/AB/R, DSR 1997:II, p. 661, para. 167.

Толкование *не расширяет и не умаляет права или обязательства*, которые лишь в некоем правоведческом рае могли бы устанавливаться "автоматически" и независимо от толкования. Все договоры обретают значение посредством их толкования, и даже вывод о том, что значение является "обычным", представляет собой результат толкования, которое априорно не может иметь преимущественную силу над другими толкованиями.

448. Наконец, важное, хотя и ограниченное использование статьи 31 (3) с) имело место при недавнем рассмотрении третейской группой ВТО дела *О запрещении ЕС импорта биотехнологической продукции* (2006 год). Европейское сообщество утверждало, что его запрещение ввоза генетически измененных организмов (ГИО) можно обосновать, среди прочего, некоторыми нормами, иными, чем нормы ВТО. Оно, в частности, доказывало, что следует принимать во внимание Конвенцию о биологическом разнообразии 1992 года и связанный с ней Протокол по биобезопасности 2000 года. Поначалу определив, что оба договора действительно установили "нормы международного права", третейская группа рассмотрела вопрос о том, являются ли они также "применимыми в отношениях между сторонами". Она установила, что в данном случае термин "сторона" означает "государство, которое согласилось быть связанным договором и для которого договор вступил в силу"⁶²⁵. Однако она отклонила мнение о том, что термин "стороны" в статье 31 (3) с) означал (всего лишь) стороны спора. Все стороны толкуемого договора должны также быть сторонами другого соответствующего договора. Иными словами, третейская группа истолковала договор ВТО *не двусторонним* образом, с тем чтобы "обеспечить или усилить согласованность норм международного права, применимых к этим государствам, и способствовать избежанию коллизий между соответствующими нормами"⁶²⁶. Поскольку Соединенные Штаты не были стороной ни одного из этих договоров (хотя они и подписали Конвенцию о биологическом разнообразии), они не могли быть "приняты во внимание".

449. Третейская группа также рассмотрела аргумент ЕС о том, что с 1998 года - после использования аргумента о принципе предосторожности в деле *О запрете ЕС импорта продуктов с гормонами* - этот принцип получил свое закрепление в качестве общего принципа международного права (хотя формулировки третейской группы не совсем ясны, так как время от времени делались ссылки на "общие принципы права"). Третейская группа согласилась с тем, что, если бы это было так, тогда данный принцип стал бы релевантным согласно статье 31 (3) с). Однако она, хотя и в довольно туманных

⁶²⁵ *EC-Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* (7 February 2006) WT/DS291-INTERIM, p. 299 para 7.68.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 300, para. 7.70.

выражениях, постановила, что "юридический статус принципа предосторожности остается неурегулированным", и ей "нет необходимости определять, действительно ли принцип предосторожности является признанным принципом общего или обычного международного права"⁶²⁷.

450. В этом деле важное значение имеют два аспекта. Во-первых, третейская группа признала, что статья 31 (3) с) применяется к общему международному праву и другим договорам. Во-вторых, она толковала статью 31 (3) с) в том смысле, что для учета положений какого-либо договора необходимо, чтобы его участниками являлись все участники соответствующего договора ВТО. Последнее утверждение делает практически невозможным поиск такого многостороннего контекста, в котором допускалась бы ссылка на другие многосторонние договоры в качестве подспорья в толковании согласно статье 31 (3) с). Третейская группа обеспечивает, по ее определению, "согласованность" ее толкования Договора ВТО ценой согласованности многосторонней договорной системы в целом. Она стремится смягчить это последствие, допуская, что тем не менее могут приниматься во внимание другие договоры как материалы, проясняющие обычное значение некоторых терминов в соответствующем договоре ВТО. Такая возможность, разумеется, всегда существует и, как отмечалось выше, неоднократно использовалась в прошлом. Однако, как представляется, учет "других договоров" как доказательство "обычного значения" является довольно мудреным способом предупреждения "клинической изоляции", на которое делает упор Апелляционный орган.

е) **Международный Суд**

451. Весьма важное значение имеет то, как использовал статью 31 (3) с) Международный Суд в деле *О нефтяных платформах (Иран против Соединенных Штатов Америки)*⁶²⁸. В этом деле Суду предстояло толковать два положения Договора о дружбе, экономических отношениях и консульских правах, заключенного между Ираном и Соединенными Штатами Америки в 1955 году. Ему предстояло определить, являлись ли нарушения Договора действия Ирана, которые предположительно ставили под угрозу торговое судоходство нейтральных стран во время войны между Ираном и Ираком, и последующее уничтожение военными кораблями Соединенных Штатов трех иранских нефтяных платформ в Персидском заливе. Юрисдикция Суда ограничивалась спорами в отношении толкования или применения Договора. У него не было никакой другой нормативной основы, позволявшей сделать независимую оценку с учетом применения

⁶²⁷ Ibid., p. 307 para. 7.89.

⁶²⁸ *Oil Platforms case (Iran v. United States of America) (Merits) I.C.J. Reports 2003*, p. 161, para 41.

обычного международного права⁶²⁹. Одно из устанавливающих положений Договора предусматривало следующее:

"Настоящий Договор не препятствует применению мер:

...d) необходимых для выполнения обязательств Высокой Договаривающейся Стороны по поддержанию или восстановлению международного мира и безопасности или необходимых для защиты ее жизненно важных интересов безопасности"⁶³⁰.

452. По мнению Соединенных Штатов, цель этого положения состояла только в том, чтобы исключить из сферы охвата Договора все такие меры. Его следовало толковать в соответствии с его обычным значением, оставляя каждому государству широкую свободу выбора в определении его жизненно важных интересов безопасности⁶³¹. Соединенные Штаты утверждали, что положения Договора нельзя было толковать в соответствии с вытекающими из обычного международного права нормами в отношении применения силы (как это доказывал Иран), поскольку это выходило бы за пределы юрисдикции Суда.

453. Суд подошел к вопросу о толковании довольно иным образом. Вначале он стремился выяснить, могли ли такие необходимые меры включать применение военной силы, и, если да, то было ли предусмотрено соблюдение условий, при которых военная сила могла применяться по международному праву (включая любые условия законной самообороны)⁶³². Суд, обратившись к другим средствам толкования, представил следующую мотивировку:

⁶²⁹ Ср. ситуацию в деле *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* I.C.J. Reports 1986 p. 14, в котором Суду надлежало толковать весьма схожие договорные формулировки, однако у него имелась также дополнительная основа для вынесения решения в виде односторонних заявлений, сделанных обеими сторонами в соответствии с пунктом 2 статьи 36 его Статута.

⁶³⁰ Article XX, para. 1 (d) of the Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights between the United States and Iran, *Oil Platforms case (Iran v. United States of America) (Merits)* I.C.J. Reports 2003, para. 32.

⁶³¹ *Oil Platforms case (Iran v. United States of America)* International Court of Justice, Rejoinder of the United States, 23 March 2001, Part IV, pp. 139-140, http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iop/ioppleadings/iop_ipleadings_20010323_rejoinder_us_04.pdf (последнее посещение 23 марта 2006 года).

⁶³² *Oil Platforms case (Iran v. United States of America) (Merits)* International Court of Justice, I.C.J. Reports 2003, para. 40.

"Кроме того, согласно общим правилам толкования договоров, как они отражены в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, толкование должно учитывать "любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками" (пункт 3 с) статьи 31). Суд не может согласиться с тем, что пункт 1 d) статьи XX Договора 1955 года предназначался для того, чтобы он действовал полностью независимо от соответствующих норм международного права, касающихся применения силы, тем самым позволяя успешно сослаться на него в связи с незаконным применением силы даже в ограниченном контексте утверждения о нарушении Договора. Таким образом при рассмотрении этого вопроса применение соответствующих норм международного права образует неотъемлемую часть толкования как задачи, возложенной на Суд по ... Договору 1955 года"⁶³³.

454. Затем Суд приступил к оценке поведения Соединенных Штатов в свете этих общих норм международного права. Он заключил, что данные меры не могут быть оправданы как необходимые в соответствии с Договором, поскольку эти действия, согласно применимому к этому вопросу международному праву, представляли собой использование военной силы, которое нельзя квалифицировать как действия в порядке самообороны, и в силу этого не попадали под категорию мер, предусмотренных данным положением Договора в его правильном толковании⁶³⁴.

455. Решение Суда по существу дела было поддержано подавляющим большинством судей. Вместе с тем были сформулированы особые мнения, в которых были выражены различные взгляды на вопрос о надлежащем подходе к толкованию⁶³⁵. В пользу самого узкого использования статьи 31 (3) с) высказался судья Бургенталь, который выразил мнение о том, что юрисдикция Суда ограничивалась только теми вопросами, рассмотрение которых было поручено ему с согласия сторон, и что это ограничивало также то, в какой мере Суд мог сослаться на другие источники права при толковании рассматриваемого им договора. На его взгляд, это ограничение исключало возможность опереться на другие нормы как обычного, так и конвенционного права, и даже на нормы,

⁶³³ Ibid., para. 41.

⁶³⁴ Ibid., para. 78.

⁶³⁵ Суд принял решение об отказе в поддержке требования Ирана четырнадцатью голосами против двух (против голосовали судьи Аль-Хасауна и Эль-Араби) и отказал в поддержке встречного требования Соединенных Штатов пятнадцатью голосами против одного (против голосовал судья Зимма).

содержащиеся в Уставе Организации Объединенных Наций⁶³⁶. На практике этот подход означал бы нуллификацию смысла статьи 31 (3) с) и противоречил бы широкой международной судебной и арбитражной практике. Кроме того, он произвольно предполагал бы, что смысл договора для его участников не зависит от нормативной среды, в которой участники согласились его заключить.

456. Противоположную позицию занял судья Зимма, который счел, что Суд мог бы, пользуясь случаем, еще более решительно подтвердить действие норм обычного международного права, касающихся применения силы, и важность Устава⁶³⁷. Следуя линии, ранее избранной Лаутерпахтом и другими, он выступил за более широкое использование общего международного права и других договорных норм, применяемых в отношениях между участниками, что, по его мнению, могло быть обосновано в соответствии со статьей 31 (3) с)⁶³⁸. Судья Хиггинс более критично отнеслась к использованию Судом статьи 31 (3) с)⁶³⁹. Она указала на необходимость толковать пункт 1 d) статьи XX в соответствии с обычным значением его терминов и в его контексте как пункт, входящий в экономический договор. По ее мнению, это положение не является таким, чтобы, "на первый взгляд, оно предусматривало охват всех предметных норм международного права по теме не упомянутой в клаузуле, и во всяком случае без дополнительных разъяснений со стороны Суда"⁶⁴⁰.

457. Судья Коойманс занял примерно среднюю позицию. Он предложил Суду начать с анализа текста самого Договора 1955 года. Но для того чтобы определить, действительно ли та или иная мера, связанная с применением силы, была "необходимой" согласно Договору, Суд "не имеет другого выбора, кроме как опереться для этой цели на свод норм общего международного права"⁶⁴¹. Даже если бы Суд не обладал юрисдикцией в соответствии с Уставом, для толкования значения Договора, в отношении которого он обладает юрисдикцией, ему неизбежно приходится использовать концепцию самообороны

⁶³⁶ *Oil Platforms case (Iran v. United States of America) (Merits) I.C.J. Reports 2003* (отдельное мнение судьи Бургенталья), paras. 22-3.

⁶³⁷ *Ibid.* (особое мнение судьи Зиммы) *International Court of Justice*, paras. 5-16.

⁶³⁸ *Ibid.*, para. 9.

⁶³⁹ *Ibid.*, (особое мнение судьи Хиггинс), paras. 40-54.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, para. 46.

⁶⁴¹ *Ibid.*, (особое мнение судьи Коойманса), p. 1401, para. 48.

по "общему международному праву"⁶⁴². Фактически этот вывод не выходит за рамки того, что подтверждается всем содержанием настоящего доклада: общее международное право обеспечивает основу для любого применения специального права. В то же время подоплека дела *О нефтяных платформах* включает в себя широкий круг норм, касающихся государственности, морского прохода, представительства и ответственности, которые безусловно воспринимались как применяемые всеми сторонами.

458. Дело *О нефтяных платформах* представляет собой пример смелого применения МС статьи 31 (3) с), позволившего перейти от технического договорного положения к тому, что, по его мнению, являлось реальной сутью проблемы - вопросу о применении силы⁶⁴³. Тем самым Суд привлекает к своему анализу договора предметную совокупность норм общего и международного права, включая Устав ООН. Таким образом, поведение данного государства подверглось оценке в сопоставлении с положением по общему международному праву, которое в свою очередь было использовано для оценки его положения в соответствии с Договором. Суд впервые признал ключевую роль статьи 31 (3) с) в этом процессе, однако не дал дополнительных ориентиров в отношении того, когда и как ее следует применять.

459. По сути, необходимость в обращении Суда к статье 31 (3) с) Венской конвенции в той мере, в которой она относится к *общему международному праву*, вероятно, отсутствовала. Данное положение рассматриваемого Договора содержало открытую формулировку "необходимые", которая требовала толкования. Из-за отсутствия возможности прояснить ее, используя документальные подтверждения намерения сторон, Суд мог просто сослаться на то, что говорится в "общем международном праве" о содержании этого стандарта. Такое обоснование содержалось в констатации МС по делам *О континентальном шельфе Северного моря* (1969 год), где говорилось, что общее или обычное право

⁶⁴² Ibid., para. 52.

⁶⁴³ Как подчеркивалось в работе Emmanuel Jouannet, "Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international...", сноска 126 выше, это дело вызвало самую разнообразную реакцию. В отношении тех, кто с энтузиазмом воспринял смелый подход Суда к применению статьи 31 (3) с), см. Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public* (Paris: Dalloz, 2004) 7th edn pp. 314-315.

"в силу самого своего характера должны быть одинаково действительными для всех членов международного сообщества, и поэтому не дают ни одному из них права исключать себя из сферы их действия в одностороннем порядке"⁶⁴⁴.

460. Допущение того, что судебная инстанция может быть не вправе применять нормы общего международного права при толковании договора, равнозначно утверждению о том, что, как только государства заключают двусторонний договор, они создают вокруг него вакуум, как раз и не допускающий толкования такого рода. Как мы видели в разделе С выше, в поддержку такого утверждения невозможно найти примеры в международной практике. Напротив, колоссальное количество материалов подтверждают применимость общего международного права в толковании любых конкретных правовых взаимоотношений, будь то также в рамках двустороннего договора, местного обычая или ряда неформальных обменов, равнозначных принятию обязательных норм посредством молчаливого согласия или эстоппеля.

4. Специальные вопросы

461. С применением статьи 31 (3) с) связаны три специальных вопроса. Первый касается объема упомянутых в ней норм. Каковы эти "нормы международного права, применяемые в отношении между участниками", на которые указывает положение? Вторая проблема касается их нормативного "веса". Какой смысл вкладывается в то, что эти нормы "учитываются наряду с контекстом"? Третьим является вопрос интертемпоральности: какая дата имеет решающее значение для учета норм - дата заключения договора или дата на момент его применения?

а) Нормы, "подлежащие учету"

462. Тот факт, что международные судебные инстанции до недавнего времени редко прибегали к конкретному использованию статьи 31 (3) с), не означает, что они не пользовались ссылками на правовые нормы, не имеющие непосредственного отношения к применяемому договору. По своему характеру обычное право и общие принципы права (а также общие принципы *международного* права) существуют как *lex generalis* по отношению к любым конкретным соглашениям. Они вполне применимы и часто применяются наряду с конкретными договорами. Ссылка на статью 31 (3) с) обычно касается выявления возможности и степени обращения к нормам, находящимся на таком же уровне общепризнанности и императивности, как и договор, подлежащий толкованию (как правило, речь идет о нормах других договоров), но в случаях, когда они,

⁶⁴⁴ *North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) I.C.J. Reports 1969 pp. 38-39, para. 63.*

по-видимому, могли бы вступать в коллизию с ним или наталкивать на соображения, которые в иной ситуации казались бы не традиционными для данного контекста.

i) Обычное право и общие принципы

463. Как разъяснялось в разделе С выше, несмотря на отсутствие официальной иерархии источников международного права, тем не менее существует их неформальная иерархия, обусловленная последовательностью подхода юристов к применимому праву, которая состоит в переходе от *lex specialis* к *lege generali*, или от более специфичного к более общему - иными словами, как правило, от текста договора к обычному праву и общим принципам права. Однажды Макс Хубер ярко выразил эту идею посредством представления о прогрессии правовой аргументации от одного концентрического круга к другому, каждый из которых составляет сферу ведения потенциального подспорья в толковании договора:

"Поэтому необходимо стремиться выявить намерение сторон в договорном тексте - вначале в положениях, касающихся споров, затем во всем тексте договоренности, затем в общем международном праве и, наконец, в общих принципах права, признаваемых цивилизованными нациями. Во многих случаях, продвигаясь именно такими концентрическими кругами, судья приходит к установлению презумпционного намерения сторон "сообразно основополагающим требованиям полноты права и международного правосудия". Так, докладчик замечательно формулирует задачу судьи"⁶⁴⁵.

464. Использование статьи 31 (3) с) является лишь частью более широкого процесса толкования, при котором толкователь обязан вначале рассмотреть обычное значение терминов договора, при его наличии, после этого переходя к контексту и соображениям, касающимся объекта и цели, затем к практике и в конечном счете к подготовительным материалам. Речь идет о нефактическом описании психологического процесса. Практика толкования не может быть схвачена такими сугубо рациональными понятиями⁶⁴⁶. Как отметил сам Уолдок со свойственной ему осторожностью, "толкование документов является скорее искусством, чем точной наукой"⁶⁴⁷. В этом как раз и состоит остроумное определение компетентной публичной аргументации, осуществляемой юристами и

⁶⁴⁵ *Annuaire ... 1952-I*, pp. 200-1.

⁶⁴⁶ Одним из наилучших примеров анализа процесса толкования в контексте международного права по-прежнему является анализ, сделанный в работе Max Sorensen, *Les sources du droit international. Etude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale* (Copenhagen: Munksgaard, 1946), особенно pp. 210-236.

⁶⁴⁷ Waldock, Third Report, *Yearbook ... 1964* vol. II, p. 54, para 6.

судами. Например, в деле *О нефтяных платформах* Суд начал с анализа текста статьи XX (1) d) Договора о дружбе 1955 года и от него перешел к намерению сторон, что вновь указывало на необходимость рассмотрения состояния общего права в связи с вопросом о применении силы. Таким образом, в толковании, призванном придать тексту поддающееся обоснованию значение, исходным рубежом является сам договор, причем толкование идет от более конкретного и очевидного (термины, контекст) к менее осязательному и очевидному (объект и цель, аналогичные договоры и т.п.).

465. Попытка рассмотрения процесса толкования не в качестве психологического (мыслительного) процесса, а в качестве образца компетентной правовой аргументации неизбежно приводит к его определению как усилия, направленного на "системную интеграцию" - т.е. интеграцию в систему принципов и презумпций, на которой зиждется идея межгосударственного правопорядка и которая обеспечивает его доказательственными материалами. Среди них уместно упомянуть о двух презумпциях, одна из которых является позитивной, а другая - негативной:

а) согласно *позитивной презумпции* предполагается, что стороны "применяют общие принципы международного права в отношении всех вопросов, которые сам по себе [договор] не решает прямо или иным образом"⁶⁴⁸;

б) согласно *негативной презумпции*, принимая на себя договорные обязательства, стороны не намереваются действовать вопреки общепризнанным принципам международного права или предыдущим договорным обязательствам по отношению к третьим государствам⁶⁴⁹.

466. В свете этих презумпций раскрывается особенно важная роль обычного международного права и общих принципов права. Одна из третейских групп ВТО недавно отметила по этому поводу следующее:

"...взаимосвязь соглашений ВТО с обычным международным правом является более широкой, чем [об этом говорится в статье 3.2 [имеются в виду обычные правила толкования]]. К экономическим отношениям между членами ВТО, как правило, применяются нормы обычного международного права. Причем такие международные нормы применяются в той степени, в какой соглашения,

⁶⁴⁸ *Georges Pinson case (France/United Mexican States) Award of 13 April 1928, UNRIAA, vol. V, p. 422.*

⁶⁴⁹ *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Preliminary Objections) I.C.J. Reports 1957 p. 142; Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), Oppenheim's... сноска 37 выше 37, p. 1275.*

охватываемые Договором ВТО, не "обязывают отступать" от них. Иными словами, мы полагаем, что обычные нормы международного права применяются к договорам ВТО и процессу разработки договоров в рамках ВТО в той степени, в какой между ними не существует коллизии или несоответствия или же в охватываемом ВТО соглашении отсутствуют формулировки, предполагающие его применение иным образом"⁶⁵⁰.

467. Большинство дел, рассмотренных выше, включали подтверждение и применение принципов обычного международного права. Как правило, это делается в тех случаях, когда договорная норма является неясной или допускает широкое толкование и ее значение определяется в сопоставлении со сформировавшимся сводом международно-правовых норм (как в вопросе о двойном гражданстве, рассмотренном Трибуналом по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов в деле *Эсфаганиан против банка "Теджарат"*, или при толковании статьи XX ГАТТ, обсуждавшейся в связи с делом *Об импорте креветок и черепах*) или же когда используемые в договоре термины имеют общепризнанное в обычном международном праве значение, из которого предположительно намеревались исходить стороны. Именно так обстояло дело, например, при толковании терминов "справедливый и равноправный режим" и "полная защита и безопасность" Комиссией НАФТА по свободной торговле в деле *Поуп и Талбот Инк. против Канады*⁶⁵¹.

468. При этом абсолютно не важно, решает ли трибунал прямо сослаться на статью 31 (3) с). Применимость этих общих норм и принципов выступает как функция их обычной "общепризнанности", и их действительность основывается не более чем на критерии, который Томас Франк назвал критерием "самоочевидности" - более или менее устойчивом "здравом смысле международного сообщества (правительств, судей, исследователей)"⁶⁵². Например, Постоянной палате международного правосудия не потребовалось никакой специальной ссылки, когда в деле *О фабрике в Хожуве* она констатировала, что:

⁶⁵⁰ *Korea - Measures Affecting Government Procurement* (1 May 2000) WT/DS163/R, p. 183, para. 7.96.

⁶⁵¹ См. дело *Pope & Talbot Inc v. Canada* (31 May 2002) NAFTA Arbitral Tribunal, ILM vol. 41 (2002) p. 1347, в котором приводится толкование Комиссии НАФТА по свободной торговле.

⁶⁵² Thomas M. Franck, "Non-Treaty Law-making: When, What and How?" in Rüdiger Wolfrum & Volker Röben, *Development of International Law in Treaty-making*, сноска 10 выше, p.423.

"...один из принципов международного права и даже общих принципов права состоит в том, что любое нарушение обязательства влечет за собой обязанность предоставить возмещение"⁶⁵³.

469. Это же относится ко многим принципам, выявленным МС, таким, как свобода морского сообщения⁶⁵⁴, "добросовестность"⁶⁵⁵, "эстоппель"⁶⁵⁶, *ex injuria non jus oritur*⁶⁵⁷ и т.п. Иные примеры включают критерии государственности (дело *Лойзиду*); право ответственности государств (которое повлияло как на объем обязательств в области прав человека⁶⁵⁸, так и на правовые нормы о применении экономических контрмер в рамках ВТО); нормы, касающиеся государственного иммунитета, применения силы; а также принцип добросовестности⁶⁵⁹. Общие принципы права, признаваемые цивилизованными нациями, выполняют весьма сходную задачу, позволяя вписать договорное положение в стройную систему принципов (как было сделано при определении объема права на справедливое судебное разбирательство в деле *Голдера*). Паувелин относит к числу процедурных принципов, регулярно используемых Апелляционным органом ВТО, принципы "бремени доказывания, правомочия, надлежащей процедуры, добросовестности, представительства в третейских группах, обратной силы договоров или ошибки при разработке договора"⁶⁶⁰. Они не "принимаются" позитивными актами государств (хотя их источник легко можно проследить в воле государств), но являются

⁶⁵³ Case concerning the Factory at Chorzów (Merits) P.C.I.J. Series A, No. 17 (1928) p. 29.

⁶⁵⁴ *Corfu Channel case (the United Kingdom v. Albania) (Merits) I.C.J. Reports 1949* p. 22.

⁶⁵⁵ *Nuclear Tests case (Australia v. France) I.C.J. Reports 1974* p. 268, para. 46.

⁶⁵⁶ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Merits) I.C.J. Reports 1962* pp. 31-32.

⁶⁵⁷ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971* p. 299.

⁶⁵⁸ См., например, *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections) Judgment of 23 March 1995*, ECHR Series A (1995) No. 310, para. 57-64. См. также ссылки на юрисдикцию по смыслу норм публичного международного права в деле *Banković v. Belgium and others*, Decision of 12 December 2001, Admissibility, ECHR 2001-XII, pp. 351-352, paras. 59-60.

⁶⁵⁹ См. Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, сноска 21 выше, p. 271.

⁶⁶⁰ См. Joost Pauwelyn, "The World Trade Organization" in Charo Huesa and Karel Wellens, *L'influence des sources sur...*, сноска 14 выше, p. 225-226, и содержащиеся там сноски.

компонентами общих рамок международного права или - что равнозначно - аспектами юридического искусства обосновывать решения юридических споров⁶⁶¹.

ii) Другие применимые нормы договорного международного права

470. Как отмечалось выше, смысл статьи 31 (3) с) выходит за пределы трюизма о том, что "общее международное право" применяется в общем порядке, и предусматривает возможность применимости в отношении между сторонами другой нормы *договорного* международного права. Основная проблема состоит в том, действительно ли необходимо, чтобы *все* стороны толкуемого договора были также сторонами договора, используемого в целях толкования в качестве другого источника международного права.

471. Эта проблема становится особенно острой, когда толкуемый договор является очень широко признаваемым многосторонним договором (таким, как охватываемые ВТО соглашения). Как мы видели, в деле *О запрете ЕС импорта биотехнологической продукции* третейская группа заключила, что при толковании соглашений ВТО можно в соответствии со статьей 31 (3) с) принимать во внимание только те соглашения, участниками которых являются *все* члены ВТО⁶⁶². Памятуя о маловероятности точного совпадения состава участников наиболее важных многосторонних конвенций, мы могли бы считать маловероятным, что при толковании таких конвенций можно вообще *как-либо* использовать договорное международное право. Парадокс этой ситуации заключался бы в том, что, чем больше расширялся бы состав участников такого многостороннего договора, как охватываемые ВТО соглашения, тем больше эти договоры становились бы отрезанными от остального международного права⁶⁶³. На практике это приводило бы к изоляции многосторонних соглашений, не допускающих ссылок *inter se* в их применении. Кроме того, это возбраняло бы любое использование региональных или других конкретных имплементационных соглашений - включая соглашения *inter se*, - которые могли быть заключены в рамках договора, в качестве средств толкования последнего. Как представляется, такое положение противоречило бы нормотворческим идеям, воплощаемым в разработке большинства многосторонних договоров, и, следует полагать, намерению составителей большинства договоров. Разумеется, сейчас этот результат мог

⁶⁶¹ См. также Martti Koskenniemi, "General Principles. Reflections on Constructivist Thinking in International Law", in Martti Koskenniemi (ed.), *Sources of International Law*, сноска 24 выше, pp. 359-399.

⁶⁶² *EC - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* (7 February 2006) WT/DS291-293/INTERIM, pp. 299-300, paras. 7.68-7.70.

⁶⁶³ Marceau, "WTO Dispute Settlement and Human Rights", сноска 42 выше, p. 781.

бы отчасти смягчаться путем установления того, что в той мере, в какой договор не действует в отношениях между всеми участниками толкуемого договора, содержащаяся в нем норма трактуется в качестве нормы обычного международного права⁶⁶⁴. Этот подход позволил бы сохранить "общий характер", как минимум, некоторых многосторонних договоров. Однако он может быть неоправданно ограничительным в двух ситуациях:

а) он мог бы исключать ссылки на договоры, пользующиеся весьма широким признанием в международном сообществе (включая государства в споре), но тем не менее не получившие универсальной ратификации и не принятые во всех отношениях в качестве изложения норм обычного международного права (как, например, Конвенция по морскому праву);

б) он бы мог также исключать ссылки на договоры, представляющие собой наиболее важное изложение международного права по специальным предметам, на том основании, что они не были ратифицированы всеми участниками толкуемого договора.

472. Лучшим решением является допускать ссылки на другой договор при том условии, что *стороны в споре* являются также сторонами этого другого договора. Хотя это в итоге создает возможность появления различающихся толкований (в зависимости от того, какие государства-участники являются также сторонами спора), это просто отражало бы необходимость уважать (изначально несовпадающие) намерения сторон, проясняемые ссылкой на эти другие договоры, а также двусторонний характер большинства договоров, подкрепляемый практикой, например, существующий в связи с оговорками, внесением изменений *inter se* и заключением последующих договоров⁶⁶⁵. Риск расхождения – впрочем, обычный в договорном праве – смягчался бы проведением различия между "взаимными", или "синаллагматическими" договорами (для которых простое "расхождение" в толковании не создает никаких проблем) и "неотъемлемыми", или "независимыми" договорами (или договорами, заключенными *erga omnes partes*), в случае которых использования в толковании такого другого договора не следует допускать,

⁶⁶⁴ См., например, дело *Об импорте креветок и черепах*, в котором был сделан упор на тот факт, что, хотя Соединенные Штаты не ратифицировали Конвенцию по морскому праву, они в ходе разбирательства признали, что соответствующие положения по большей части отражают нормы обычного международного права, *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (12 October 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, p. 2814, para. 171, note 174.

⁶⁶⁵ При этом можно с полной уверенностью подчеркнуть, что этот риск "расхождения" является ничуть не большим, чем при *любом* толковании многостороннего договора со ссылкой на намерения сторон.

чтобы не поставить под угрозу целостность подлежащего толкованию договора⁶⁶⁶. Это также отвечало бы обеспокоенности, непосредственно выраженной третьей группой ВТО, относительно последовательности толкования договоров в деле *О запрете ЕС импорта биотехнологической продукции*⁶⁶⁷. Кроме того, вероятно, было бы также полезно учитывать то, в какой мере другой используемый в толковании договор "имплицитно" принимается или, по крайней мере, толерантно воспринимается другими сторонами "в том смысле, что он может обоснованно считаться выражающим общие намерения или понимание всех участников в отношении значения... соответствующего термина"⁶⁶⁸. Фактически этот подход применялся в ряде решений Апелляционного органа ВТО⁶⁶⁹. Он реализует то понимание, в котором некоторые понятия или концепции многосторонних договоров, пусть и не содержащиеся в договорах с одинаковым составом участников, тем не менее достаточно широко принимаются, чтобы создавать уверенность в "общем понимании" или "положении дел" в той или иной технической сфере, необязательно отражая формальное обычное право.

b) Вес обязательств, подлежащих учету

473. Вышеприведенные соображения дают также ответ на вопрос о том, какой *вес* следует придавать правовым нормам – правам и обязательствам, – подлежащим учету в соответствии со статьей 31 (3) с). Важность этих прав и обязательств не коренится в их императивном характере. Как мы видели, международное право отводит эту функцию *jus cogens*. Применение подхода, при котором нормативной среде придавалось бы чрезмерное значение по сравнению с конкретными договорами – подобно обобщенной презумпции о преимущественной силе *lex generalis* над *lex specialis*, – сковывало бы разработку договоров, необходимую для реагирования на новые обстоятельства и реализации интересов или потребностей, которое по той или иной причине недостаточно

⁶⁶⁶ В отношении недавней разработки этой идеи в контексте охватываемых ВТО соглашений см. Pauwelin, *Conflict of Norms ...*, сноска 21 выше, pp. 440-486, и Joost Pauwelyn, "A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?", *EJIL* vol. 14 (2003) p. 907.

⁶⁶⁷ *EC - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* (7 February 2006) WT/DS291-293/INTERIM, p. 300, para. 7.70.

⁶⁶⁸ См. работу Pauwelyn, *Conflict of Norms ...*, сноска 21 выше, pp. 257-263, в которой применение этого подхода поддерживается в случае охватываемых ВТО соглашений.

⁶⁶⁹ См., например, источники, на которые опирался Апелляционный орган в деле *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (12 October 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, p. 2795-2796, para. 130.

отражены в традиционном праве. Важность необходимости "учета" скорее состоит в том, что он выполняет в международном правопорядке системную функцию, увязывая специальные элементы между собой и с универсальными принципами⁶⁷⁰.

474. Вопрос о нормативном весе, который следует придавать конкретным правам и обязательствам в момент их видимой коллизии с другими правами и обязательствами, может обсуждаться только на конкретных примерах. В этой связи мало что можно добавить к замечанию судей Хиггинс, Бургенталья и Коойманса, сделанном при рассмотрении вопроса о надлежащем соотношении коллизионных предписаний норм о государственном иммунитете, с одной стороны, и об ответственности за международные преступления – с другой:

"Международное право стремится к гармонизации этой ценности [предотвращения необоснованного внешнего вмешательства во внутренние дела государств] с борьбой против безнаказанности, а не к подчинению одной нормы другой"⁶⁷¹.

с) Интертемпоральность и общие изменения в международном праве

475. Третьим общим вопросом, который к тому же вызвал наиболее оживленную дискуссию в самой Комиссии, является вопрос об интертемпоральном праве или, иначе говоря, вопрос о том, какой момент времени (решающую дату) правильно использовать для оценки норм, подлежащих "учету" согласно статье 31 (3) с). Традиционное правило⁶⁷², которое также было предложено Комиссии Уолдоком, состоит из двух

⁶⁷⁰ В отношении ранней разработки этого вопроса см. особенно работу Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Longman's: London, 1927), в которой подчеркивается роль принципов частного права в толковании международно-правовых взаимоотношений.

⁶⁷¹ *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* I.C.J. Reports 2002 (совместное особое мнение судей Хиггинс, Коойманса и Бургенталья), pp. 86-87, para. 79.

⁶⁷² Это правило было изложено судьей Хубером в контексте территориальных претензий и состоит из двух следующих элементов: "... юридический факт необходимо оценивать в свете современного ему права, а не правовых норм, действовавших в момент возникновения спора" (элемент "одновременности") и "тот же принцип, который подчиняет правообразующий акт закону, действовавшему в момент возникновения права, требует, чтобы существование этого права, иначе говоря, его продолжающиеся проявления соответствовали условиям, диктуемым эволюцией права". *Island of Palmas case (the Netherlands/United States of America)* Award of 4 April 1928, UNRIIAA, vol. II, pp. 845 and 839.

элементов: первым является подтверждение "одновременности", а второй допускает учет изменений в праве. Согласно первому аспекту договор следовало толковать "в свете права, действовавшего во время разработки договора"⁶⁷³. Вместе с тем второй аспект требовал, чтобы "применение договора регулировалось нормами международного права, действующего во время применения договора"⁶⁷⁴.

476. Обоснование обоих элементов этого принципа очевидно и труднооспоримо. С одной стороны, когда государства создают правовые отношения, они при этом несомненно помнят о нормативной среде, существовавшей на момент формирования отношений. Другими словами, принятие во внимание закона, действовавшего на время заключения договора, наилучшим образом учитывает намерение сторон. Тем не менее никакие правовые отношения не могут оставаться неизменными с течением времени. Одно это подтверждает необходимость учитывать последующую практику сторон. Аналогичным образом, мнения сторон о значении и применении договора развиваются с ходом времени, накоплением опыта и новой информации и возникновением новых обстоятельств.

477. В сущности доктрина интертемпорального права является напоминанием об этих двух аргументах, один из которых указывает на прошлое как ориентир для установления намерения сторон, а второй - на настоящее именно по этой же причине. В 1964 году Хименес де Арчада отмечал в Комиссии следующее:

"Намерение сторон должно быть определяющим критерием, и в отношении реализации этого намерения, по-видимому, существовало две возможности: либо они стремились включить в договор некую юридическую концепцию, которая останется неизменной, либо в случае отсутствия у них такого намерения юридические концепции могут подвергаться изменениям, и тогда их будет необходимо толковать не только в контексте данного договора, но и в рамках всего правопорядка, частью которого они являются. Свободному действию воли сторон не должна мешать кристаллизация каждой концепции в той форме, как она существовала во время разработки договора"⁶⁷⁵.

⁶⁷³ Draft article 56 (1), Waldock, Third report, *Yearbook ... 1964* vol. II, p. 8.

⁶⁷⁴ Draft article 56 (2), *ibid.*, p. 9.

⁶⁷⁵ Mr. Jiménez de Aréchaga, 728th meeting (21 May 1964) *Yearbook... 1964* vol. I, p. 34, para. 10. Терлуэ предлагает довольно ограниченную формулировку этой доктрины: "При условии возможности установления того, что намерением сторон было определять значение или сферу охвата термина или понятия, использованных в договоре, в соответствии с развитием права, договор должен толковаться как обеспечивающий реализацию этого намерения". Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989", Part III, сноска 582 выше, p. 57. См. также Hugh Thirlway, "The Law

478. Поскольку представляется бессмысленным пытаться установить какое-либо общее абстрактное предпочтение в отношении прошлого или настоящего⁶⁷⁶, лучше всего вновь просто выделить некоторые соображения, которые могут быть релевантными при определении того, следует ли применять статью 31 (3) с с целью "учета" тех "других обязательств" такими, какими они существовали при заключении договора, или какими они существуют при его применении. Здесь необходимо вновь исходить из того факта, что определение этого вопроса является делом толкования самого договора. Дают ли на это указание использованные формулировки? Вероятно, в качестве отправной точки аргументации оправданно применить "принцип одновременности" в отношении нормативной среды, которая существовала в момент вступления обязательства в силу для соответствующей стороны⁶⁷⁷. Когда могли бы сами договорные формулировки в его контексте предусматривать учет будущих изменений? Примеры того, когда это могло бы разумно допускаться, включают, по меньшей мере, следующее:

а) использование в договоре термина, являющегося "не статичным, а эволюционирующим"⁶⁷⁸. Это происходит в случае, когда стороны при выборе ими формулировки намереваются кодифицировать эволюционирующее значение, не принимая своего собственного идеосинкретического определения (например, при использовании в соответствующем договоре таких терминов, как "экспроприация" или "континентальный

and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989", Part I, сноска 97 выше, pp. 135-143 и Rosalyn Higgins, "Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem", ICLQ vol. 46 (1997) pp. 515-9.

⁶⁷⁶ В конце концов в этом и заключалась причина того, что Комиссии не удалось представить статью по этому вопросу.

⁶⁷⁷ Это отражает "первейшую необходимость толкования договора в соответствии с намерениями сторон во время его заключения", *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1971* p. 31.

⁶⁷⁸ Jennings & Watts, *Oppenheim's...*, сноска 37 выше, p. 1282. Стандартным примером является использование понятия "священное наследие цивилизации" как элемента мандатного режима Лиги. См. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1971* p. 31, para. 53.

шельф")⁶⁷⁹. Это может происходить также в случае, когда при сопоставлении формулировки с ее объектом и целью оказывается, что стороны проявили приверженность к программируемому прогрессивному развитию⁶⁸⁰;

б) описание обязательств в весьма общих терминах, позволяющее задействовать своего рода обратную ссылку на состояние права в момент применения правовых норм. Так, общие исключения в статье XX ГАТТ, которые обсуждались в деле *Об импорте креветок и черепах*, предназначены для адаптации к развитию ситуации с течением времени, позволяя принимать меры, "необходимые для защиты жизни или здоровья людей, животных или растений" или "связанные с охраной исчерпаемых природных ресурсов"⁶⁸¹. Например, меры, необходимые для защиты креветок, эволюционируют в зависимости от степени угрозы, которой подвергается выживание популяции креветок. Несмотря на то, что широкое значение статьи XX может оставаться таким же, ее фактическое содержание будет со временем изменяться. В этом контексте ссылка на "другие нормы международного права", такие, как многосторонние природоохранные договоры, становится формой вторичного доказательства, подкрепляющего

⁶⁷⁹ Так, в деле *О континентальном шельфе Эгейского моря* МС исходил из презумпции, согласно которой общей формулировкой является формулировка "с целью следовать за эволюцией права и соответствовать значению, придаваемому этому выражению нормами, действующими в любое данное время", *Aegean Sea Continental Shelf Case, I.C.J. Reports 1978* p. 32.

⁶⁸⁰ Такой была ситуация в деле *Габчиково-Надьмарош*, которое рассматривалось в МС. "Суд хотел бы указать на то, что вновь разработанные нормы экологического права имеют отношение к осуществлению Договора и что стороны могли по взаимному согласию внести их ... [в] ... договор. Эти статьи не содержат конкретных обязательств по выполнению, но требуют от сторон при осуществлении своих обязательств обеспечивать, чтобы не ухудшалось качество воды в Дунае и принимались природоохранные меры, а также принимать во внимание новые экологические нормы при согласовании средств, подлежащих уточнению в Совместном договорном плане. Внесением этих эволюционирующих положений в Договор стороны признали потенциальную необходимость корректировать Проект. Следовательно, Договор не является статичным и открыт для адаптации к возникающим нормам международного права". *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) I.C.J. Reports 1997* pp. 76-80, paras. 132-147. См. также особое мнение судьи Виранантри, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports 1997* (separate opinion of Judge Weeramantry) pp. 113-115.

⁶⁸¹ «С точки зрения постулатов, воплощенных в преамбуле к Соглашению ВТО, мы отмечаем, что общий термин "природные ресурсы" в статье XX g) является не "статичным" по своему содержанию или исходному значению, а скорее "по определению эволюционным"». *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (12 October 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, p. 2795-2796, para. 130.

необходимость изучения данных науки и ценностей и ожиданий общества, которое предполагается согласно обычному значению терминов и их объекту и цели.

d) Вывод

479. Результаты, полученные в предыдущих разделах, резюмируются в статье 31 (3) с) Венской конвенции и "принципе системной интеграции", который находит в ней свое отражение. Они требуют от органа по урегулированию споров - или юриста, стремящегося выяснить, "в чем состоят требования права", - помещать нормы, на которые ссылаются заинтересованные стороны, в контекст других норм и принципов, которые могут иметь отношение к рассматриваемому делу. В этом процессе более конкретные или непосредственно доступные источники в ходе их толкования сопоставляются друг с другом и с общим "фоновым" правом. То, что могло бы означать такое толкование норм "в сопоставлении друг с другом", невозможно определить абстрактно. Однако итог этого конкретного толкования с точки зрения статьи 31 (3) с) в действительности может быть менее важным, чем тот факт, что независимо от результата его обоснование отсылает к более широкой правовой среде, по сути являющейся "системой" международного права в целом.

480. То, каким образом учитываются "другие нормы права", имеет решающее значение для сторон и исхода любого отдельного дела. Однако принцип системной интеграции предполагает нечто большее, чем решение по отдельному делу. Обеспечивая увязку результата с правовой средой, а также рассмотрение смежных норм - на предмет возможного применения, признания недействительными или временного прекращения их действия - любое решение также формулирует институционально-правовую среду в ракурсе предметных предпочтений, распределительных выборов и политических целей. Это формулирование имеет довольно важное значение в децентрализованном и стихийном институциональном мире, чьи приоритеты и цели зачастую слабо выражены. Оно также имеет важное значение для критического и конструктивного развития международных учреждений, особенно учреждений, на которые возложены задачи правоприменения. Считать, что эти учреждения полностью изолированы друг от друга и уделяют внимание только своим целям и предпочтениям, равнозначно рассмотрению права лишь в качестве инструмента для достижения режимных задач. Но право обеспечивает также охрану прав и выполнение обязательств, и прежде всего прав и обязательств, за которыми стоит общий публичный интерес. Без принципа "системной интеграции" было бы невозможно выразить и сохранить представление об общем благе человечества, не сводимом к благу какого-либо учреждения или "режима".

G. ОБЩИЕ ВЫВОДЫ

1. Природа фрагментации

481. Одним из аспектов глобализации является возникновение технически специализированных сетей сотрудничества с глобальным охватом: сотрудничества в области торговли, охраны окружающей среды, прав человека, дипломатии, коммуникаций, медицины, предупреждения преступности, энергетики, безопасности, решения проблем коренных народов и т.п., т.е. затрагивающего различные сферы жизни и экспертного сотрудничества, которое выходит за пределы национальных границ и с трудом регулируется традиционным международным правом. С учетом транснационального характера этих сетей национальное законодательство не подходит для их регламентации, а в международном праве их специализированные цели и потребности адекватно не принимаются во внимание.

482. В результате такие сети тяготеют к разработке своих собственных норм и нормативных систем. Иногда это происходит неформально посредством утверждения ведущими субъектами форм поведения или стандартизированных решений, которые порождают ожидания или копируются другими. Иногда координация достигается путем гармонизации национальных или региональных законов и предписаний, например, посредством расширения стандартизации контрактных форм или норм об ответственности. Однако часто специализированные нормы и нормативные системы возникают также в рамках межправительственного сотрудничества, и в частности при помощи (специализированных) межправительственных организаций. В результате возникают режимы международного права, основанные на многосторонних договорах и актах международных организаций, специальных договорах и схемах обычной практики, которые специально приспособлены для потребностей и интересов каждой сети, но редко учитывают окружающую действительность.

483. Отсюда и возникает обеспокоенность в связи с фрагментацией международного права - ростом числа специализированных норм и нормативных систем, не имеющих четкой взаимосвязи друг с другом. Таким образом, ответы на правовые вопросы начинают зависеть от того, кому они заданы и на какой системе норм сконцентрировано внимание. Соответственно в настоящем исследовании была сделана попытка дать ответы на вопросы, которые, несмотря на их кажущуюся элементарность, часто остаются непроясненными. Каков характер специальных правовых систем? Как следует воспринимать их отношения *inter se*? Какие нормы должны иметь преимущественную силу при возникновении коллизий между ними?

2. Перспектива настоящего исследования

484. Цель настоящего исследования состоит не в том, чтобы установить определенные отношения приоритетности между различными нормами или системами норм международного права. С этой точки зрения его результаты могут казаться неудовлетворительными или, как минимум, неполными. Однако такие приоритеты невозможно достоверно установить при помощи простого прояснения процесса правового обоснования. Они должны отражать (политические) предпочтения международных субъектов, и прежде всего государств. Нормативные коллизии не возникают в результате технических "ошибок", которых можно "избежать" при помощи более изощренного правового обоснования. Новые нормы и правовые режимы возникают как отражение новых предпочтений и иногда объясняются сознательным стремлением к отклонению от предпочтений, существовавших при старых режимах. Они требуют законодательного, а не технико-юридического ответа.

485. Но отсутствие общих иерархий в международном праве не означает, что нормативные коллизии приводили бы к правовому параличу. Необходимо лишь устанавливать соответствующие иерархии на специальной основе и с целью урегулирования конкретных проблем по мере их возникновения. Именно этим определяется востребованность статей Венской конвенции о праве международных договоров (Венской конвенции), именно с этой точки зрения исследование, проводимое в рамках Комиссии международного права, может внести свой конструктивный вклад. Идея состояла в том, чтобы на примерах, заимствованных из практики международных судов и трибуналов, проиллюстрировать доступные методы в подходе юристов к проблемам, возникающим в результате коллизий между нормами или системами норм.

486. Одним из ключевых выводов настоящего исследования - это вывод о том, что нормативная коллизия свойственна международному праву. В результате стихийного, децентрализованного и неиерархического характера международного нормотворчества, осуществляемого на основе как обычного, так и договорного права, юристам всегда приходится иметь дело с разнородными материалами с различными уровнями общепризнанности и различной нормативной силой. Как мы видели, в своем самом первом деле Постоянная палата международного правосудия столкнулись с необходимостью урегулировать вопрос о коллизии или пересечении двух сводов норм - Версальского мирного договора и права нейтральной державы контролировать во время войны доступ к территории воюющей страны. Тем не менее путем толкования германского суверенитета и ссылки на прецеденты (Панамский и Суэцкий каналы) Палата

смогла установить приоритетность Версальского договора⁶⁸². С тех пор для международных трибуналов стало обычным делом в рамках реализации возложенных на них задач устанавливать права и обязанности государств или других субъектов со ссылкой на применимые правовые тексты различного рода.

487. Однако урегулирование проблем на этом уровне - т.е. коллизий по мере их возникновения - будет означать, что они решаются формальным и нестандартизированным образом в рамках скорее юридической техники, чем предметной (политико-правовой) преференции. Таким образом, приемлемость этого доклада достигается в некотором отношении за счет его бессодержательности по существу. Однако этот "формализм" не лишен актуальности. Само усилие вписать последовательный технико-юридический метод в картину фрагментированного мира отражает убеждение в том, что коллизии между специальными режимами могут преодолеваться путем применения права, даже если это право не предусматривает нечто намного большее, чем требование готовности услышать других, принять их точку зрения во внимание и в итоге изыскать обоснованное решение. Еще в этом может просто выражаться сам смысл постоянного существования международного права. В действительности переход от мира, разделенного на суверенные государства, к миру, разделенному на специализированные "режимы", может вовсе и не требовать кардинальной трансформации публичного международного права, хотя для этого может быть необходимо творческое использование его традиционных методов. Всегда существовали государства, считавшие международное право несовместимым с их суверенитетом. Аналогичным образом сегодня могут существовать глобальные режимы или нормативные комплексы, для которых применение международного права рассматривается как чуждое вторжение. В последнем случае соглашаться с логикой "клинической изоляции" настолько же неразумно, как в первом. Если мнение государства не может быть решающим при определении международной правомерности его деятельности, то и одного подхода с точки зрения какой-либо нормы или режима недостаточно для определения их международно-правовых последствий. Если международное право необходимо как структура для координации и сотрудничества между (суверенными) государствами, то оно не в меньшей степени необходимо для координации и организации сотрудничества (автономных) нормативных комплексов и учреждений.

488. Безусловно, специальные нормы и комплексы норм необходимы - как в определенном смысле так же, как необходимы различные суверенитеты. Мир ничуть не становится менее плюралистичным. Право не способно абстрактным образом регулировать любые возможные коллизии, которые могут возникать между

⁶⁸² *Case of the SS Wimbledon, P.C.I.J. Series. A. No. 1, pp. 25, 28-30.*

экономическими и экологическими режимами, между правами человека и дипломатическим иммунитетом или между универсальным правом морского режима и региональным договором о рыболовстве. В каждом из них существуют свои эксперты и свой этос, свои приоритеты и предпочтения, свои структурные уклоны. Такие режимы институционально "запрограммированы" на приоритизации одних интересов перед другими. Беспокойство по поводу фрагментации связано с озабоченностью по поводу продолжающейся жизнеспособности традиционного международного права - включая его методы правового обоснования - в условиях специализации. Действительно ли латинские максимы (*lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*) все еще актуальны при урегулировании коллизий, порождаемых в ситуации, характеризующейся экономической и технологической сложностью? Хотя настоящий доклад дает положительный ответ на этот вопрос, в нем также намечены границы реагирования. Публичное международное право не содержит норм, которыми бы регулировались или были бы уже урегулированы сами по себе проблемы глобального общества. Их разработка является политической задачей.

489. Обеспокоенность в связи с фрагментацией международного права имеет институциональный и предметный аспекты. На институциональном уровне распространение имплементирующих органов - часто судов и трибуналов, созданных для осуществления конкретных договорных режимов, - привело к возникновению озабоченности по поводу непоследовательной судебной практики и выбора "удобной" инстанции. Права и обязательства субъектов права могут зависеть от того, какой орган рассматривает вопрос об их признании. После решения, принятого Комиссией в 2002 и 2003 годах, в настоящем докладе не затрагиваются институциональные аспекты фрагментации. Вместо этого основное внимание сосредоточено в нем на проблемах существования, возникновении "специальных правовых норм", договорных режимов, а также функциональных сводов норм и специализированных отраслей международного права и на их связи между собой и с общим международным правом. Особое внимание уделяется применению максим *lex specialis* и *lex posterior*, а также их отношениям по важности и "системе" в международном праве. Весь доклад пронизан упором на Венскую конвенцию, который тем не менее сопровождается сознательным стремлением к прочтению самого этого договора в контексте его системной среды, состоящей отчасти из практики международных трибуналов и других правоприменительных органов, а отчасти - из общего международного права, часть которого он образует. Проект постановляющей части выводов о работе Исследовательской группы подробно освещается в приложении к настоящему докладу.

490. Рассмотрению подверглись не все предметные проблемы. Например, не обсуждались вопросы "диспозитивного права" как особого типа права с его идиосинкратическим ("мягким") обеспечением и механизмами урегулирования споров.

Тем не менее в той мере, в которой диспозитивное право претендует на существование "в клинической изоляции" от императивного права, к нему применяется многое из того, что говорилось в разделе С об отношениях между специальным и общим правом. Подобным же образом за пределами этого исследования были оставлены и вопросы, имеющие отношение к возникновению систем ограничений на основе частной или смешанной государственно-частной деятельности, - включая *lex mercatoria* или другие типы неформального регулирования транснациональной деятельности - и их последствия для традиционного нормотворчества. Для обсуждения того, в какой степени новые типы "глобального права" могли бы возникать вне сферы охвата традиционного, государственноцентричного международного права, потребовался бы совершенно иной подход. Вместе с тем нельзя сказать, что Венская конвенция, да по сути и международное право, не могут быть использованы также в целях обеспечения упорядоченности и контроля этих систем неформальных и зачастую движимых частными интересами регламентационных установлений. Чем комплекснее и гибче позволяет использовать договорное право рамочные договоры, совокупности договоров и режимы, складывающиеся из многообразных нормативных материалов, тем больше можно охватить международным правом такое децентрализованное частное регулирование.

3. Между согласованностью и плюрализмом: предложения в отношении дальнейшей работы

491. Фрагментация порождает вопрос о согласованности международного права. Своей положительной оценкой согласованность обязана той связи, которая у нее существует с предсказуемостью и правовой стабильностью. Кроме того, только согласованная правовая система трактует субъектов права одинаково. Однако согласованность является формальным и абстрактным достоинством. Правовую систему, которая в каких-то отношениях считается несправедливой или неработающей, ничуть не красит факт ее согласованности. Поэтому наряду с согласованностью основополагающим достоинством системы должен считаться плюрализм. По сути, это всегда было верно в мире множественных суверенитетов.

492. Даже с учетом того, что диверсификация международного права может угрожать его согласованности, она происходит за счет повышения гибкости его реагирования на нормативный контекст. Фрагментация продвигает международное право в направлении правового плюрализма, но происходит это, как стремился подчеркнуть автор настоящего доклада, путем постоянного использования ресурсов общего международного права, особенно норм Венской конвенции, обычного права и "общих принципов права, признаваемых цивилизованными нациями". *Основной вывод настоящего доклада состоит в том, что возникновение специальных договорных режимов (которые не*

следует называть "автономными") не нанесло серьезного ущерба правовой стабильности, предсказуемости или равенству субъектов права. Методы *lex specialis* и *lex posterior*, соглашений *inter se* и обеспечения преимущественной силы императивных норм, как и (еще недостаточно разработанное) понятие "обязательств по отношению к международному сообществу в целом", дают специалистам основной "инструментальный набор", позволяющий гибко реагировать на наиболее существенные проблемы фрагментации. Они могут использоваться как средства выражения озабоченностей (например, в связи с экономическим развитием, правами человека, охраной окружающей среды, обеспечением безопасности), имеющих законный и настоятельный характер.

493. Международно-правовой системе никогда не была присуща согласованность такого рода, которой могли характеризоваться правовые системы государств. Тем не менее усугубляющаяся сложность позднемодернистских обществ, терпимость и поощрение противоречивых традиций и социальных целей в национальных обществах, равно как и потребности в технической специализации - все это подорвало также однородность государства-нации. Сегодня законодательство позднемодернистских государств возникает из нескольких квазиавтономных нормативных источников как внутренних, так и внешних. Хотя это могло подорвать конституционную согласованность национального законодательства, это явление уравнивалось контекстуальной восприимчивостью и функциональностью возникающего (умеренного) плюрализма. Аналогичным образом появление коллизионных норм и пересекающихся правовых режимов, безусловно, создаст проблемы координации на международном уровне. Однако - и это является вторым основным выводом настоящего доклада - *не может существовать какой-либо однородной, иерархической метасистемы, способной устранить такие проблемы.* Международное право должно будет действовать в условиях, при которых требования в отношении согласованности и разумного плюрализма останутся разновекторными. Для его успешного функционирования *все большее внимание необходимо будет уделять коллизии норм и режимов, а также нормам, методам и способам, применяемым для устранения таких коллизий.* То, каким образом можно было бы сделать это, подробно излагается в предложении по выводам Исследовательской группы, приведенном в приложении. Кроме того, для этого могли бы потребоваться усилия, по меньшей мере, в трех направлениях:

- a) уделение внимания роли Венской конвенции как основы "международного коллизионного права";
- b) уделение внимания понятию и действию "режимов";
- c) изучение понятия "общего международного права".

1) Венская конвенция о праве международных договоров как основа для "международного коллизионного права"

Комиссия постановила вести свою работу по этому вопросу в рамках Венской конвенции. В настоящем докладе выражено мнение о том, что это решение было вполне обоснованным. Как это подробно разъяснялось, Венская конвенция обеспечивает нормативную основу - "инструментальный набор" - для рассмотрения темы фрагментации. Нет никаких причин, почему бы ей также не стать основой для дальнейшей разработки своего рода "международного коллизионного права". В будущем также будут неизбежно и, пожалуй, все чаще возникать коллизии между договорами, договорными режимами и договорами и другими правовыми источниками. В условиях отсутствия закрепленных иерархий такие коллизии могут регулироваться только "коллизионными нормами", учитывающими потребности как согласованности, так и контекстуальной восприимчивости. Вероятно, при разработке таких коллизионных норм ряд аспектов Венской конвенции могут подвергнуться более пристальному изучению.

Например, в Конвенции двусторонние и многосторонние договоры трактуются при помощи идентичных норм, что представляется неудовлетворительным. В связи с ними возникают различные проблемы, которые следует решать при помощи разных методов. К примеру, при толковании двусторонних договоров сравнительно легко выявить намерение сторон, тогда как многосторонние договоры выступают в качестве пакетных договоренностей или сделок, и в них редко присутствует единое, четко определенное намерение сторон. Кроме того, в настоящее время отсутствует признание специального характера "рамочных договоров" и "имплементационных договоров", хотя многое в настоящем докладе позволяет предположить, что такие договоры предусматривают особые типы отношений, которые невозможно отождествлять с отношениями между любыми другими договорами. Помимо этого, ничто не поколебало первоначальное утверждение Фицмориса о том, что, например, договоры в области прав человека и гуманитарного права (а также, к примеру, экологические договоры) образуют особый класс недвусторонних ("неотъемлемых", или "взаимозависимых") договоров, которыми нельзя оперировать при помощи таких же методов, как "обычными" договорами, создающими двусторонние отношения. На протяжении всего доклада мы видели как характер договора - включая его объект и цель - ограничивал свободу участников договора отклоняться от него посредством *lex specialis* или соглашений *inter se*. Но фактически уже конвенциональный приоритет специального права над общим правом и в равной степени конвенциональные методы отмены этого приоритета являются аспектами неформальной иерархии договоров, которая часто остается в тени из-за внимания, уделяемого формальной иерархии, отраженной в формулировках *jus cogens* или статьи 103 Устава ООН.

В целом Венская конвенция обеспечивает недостаточное признание специальных типов договоров и специальных норм, которые могли бы использоваться для их толкования и применения. По-видимому, здесь необходима дополнительная работа. *Предлагается представить руководящие указания в отношении того, каким образом положения Венской конвенции могли бы обеспечивать признание широкого разнообразия типов договоров и нормативных последствий таких типов, и в отношении возможности разработки неформальных руководящих принципов по методам рассмотрения договорных коллизий. Такое мероприятие могло бы охватывать, как минимум, следующие темы:*

- a) необходимость более широкого признания различия между отношениями на основе двусторонних и многосторонних договоров;
- b) дальнейшее изучение процесса международного нормотворчества путем разработки многосторонних договоров, принимаемых для реализации специфических, технических норм. Это могло бы включать создание типологии договорных положений, подлежащих различным режимам. При помощи этих типологий можно было бы сопоставлять, например, "программные" положения с положениями, устанавливающими субъективные права, и положения "императивного права", сопряженные с формальной ответственностью, с положениями "диспозитивного права" в рамках специальных режимов "мягкой ответственности";
- c) дальнейшая разработка понятий "рамочного договора" и "имплементационного договора", особенно ввиду освещения специальных (иерархических) отношений между ними и между учреждениями, созданными в соответствии с ними;
- d) обеспечение более широкого признания различия между многосторонними конвенциями, чьи положения поддаются "билатерализации", и теми, которые ей не поддаются (т.е. так называемыми "неотъемлемыми" договорами, или договорами, устанавливающими "взаимозависимые" или в ином отношении "непреложные" обязательства);
- e) дальнейшая разработка вопроса о значении таких понятий, как обязательства по отношению "к международному сообществу в целом" (обязательства *erga omnes*) или к "сообществу государств-участников в целом" (обязательство *erga omnes partes*);
- f) в рамках недавней практики был разработан широкий диапазон моделей для "коллизионных клаузул", цель которых состоит в устранении или разрешении

потенциальных коллизий между договорами. Вместе с тем эти клаузулы часто являются неясными или двусмысленными. Что, например, означает формулировка о том, что два договора следует толковать как "взаимно подкрепляющие" друг друга?

2) Изучение норм права, касающихся режимов

Во многих местах настоящего исследования отмечалась растущая важность "цепочек" или совокупностей договоров, включая отношения между рамочными договорами и имплементационными договорами. На практике фрагментация имеет место в процессе развития сетей международных норм и международно-правовых документов, которые для всех практических целей - включая даже цель толкования - трактуются как единое "целое" или единые "режимы". В настоящем исследовании определяются три вида специальных режимов:

- a) специальные совокупности вторичных норм, касающихся ответственности государств;
- b) специальные совокупности вторичных норм и принципов, касающихся урегулирования какой-либо определенной проблемы;
- c) специальные отрасли международного права со своими собственными принципами, институтами и телеологией.

До настоящего времени ни в Венской конвенции, ни в международной арбитражной или судебной практике не существует сколько-нибудь разработанного определения этих специальных видов единств. Однако из настоящего исследования вытекает, что какой-либо "режим" может функционировать в рамках формального международного договора, ряда формальных международных договоров и институтов или в более широких "культурных" отношениях. Коллизии между нормами *в рамках* одного режима проявляются иным образом и должны, вероятно, рассматриваться иначе, чем коллизии *между* режимами. "Режимы" могут также иметь негосударственных участников и представлять негосударственные интересы таким образом, что это могло бы влиять на их толкование и действие. Зачастую режимы функционируют на основе административной координации и "взаимной поддержки", смысл которой заключается в стремлении к оптимальной результативности режима. Хотя это явно целесообразно в отношении договорных положений, которые составлены в общих или "программных" терминах, это же представляется менее уместным в отношении положений, устанавливающих субъективные права и обязательства, цель которых состоит в гарантировании таких прав. По-видимому, споры, связанные с функционированием режимов, не всегда могут быть

надлежащим образом урегулированы теми же органами, которым приходится заниматься рассмотрением претензий в отношении прав. Аналогичным образом, когда коллизии возникают между договорными положениями, черпающими свои источники в различных режимах, следует обеспечивать гарантии того, чтобы любое урегулирование не становилось прерогативой органов, исключительно связанных с тем или иным из вступающих в коллизию режимов.

Комиссия могла бы изложить роль специальных режимов в некоторых или нескольких из трех смыслов. Для этой цели она могла бы рассмотреть:

- a) виды международных и транснациональных режимов, возникших в результате процесса глобализации;
- b) способ автономного функционирования режимов. Это могло бы включать такие вопросы, как образование и функционирование внутренних для режимов иерархий, принципы толкования, применимые для договоренностей в рамках режимов, специфические виды норм или учреждений, необходимые для согласованного функционирования режимов и т.п.;
- c) роль общего (публичного) международного права в режимах, включая его роль в урегулировании толковательных коллизий и обеспечении ответственности за любое нарушение режимных норм. Можно было бы рассмотреть отношения в таких режимах между нормами публичного и частного права, включая диспозитивное право и другие правовые документы, не имеющие обязательной силы;
- d) многие положения в технических договорах о создании режимов имеют декларативный, процедурный или "программный" характер. Такие положения резко контрастируют с положениями, предусматривающими субъективные права или обязательства. Если первые можно легко корректировать в случае коллизий (или, например, отсутствия ресурсов), последние с трудом поддаются "балансированию" или "координации". Любое исследование режимных норм должно учитывать такое различие в нормативной силе тех или иных режимных норм;
- e) условия и последствия несрабатывания режимов, и прежде всего в разъяснение того, что считается "несрабатыванием режима". Когда становятся применимыми процедурные средства возмещения по общему праву, не действующее в обычных условиях?

f) в настоящее время весь комплекс отношений между режимами является "черной дырой" права. Какие принципы урегулирования коллизий могли бы использоваться при возникновении коллизий между двумя режимами или между договорами, относящимися к разным режимам?

g) по-видимому, урегулирование споров в рамках одного режима не регламентируется такими же нормами или процедурами, как урегулирование межрежимных споров. В последнем случае особенно необходимо обеспечивать наличие беспристрастных механизмов урегулирования.

3) Каковы характер и действие "общего международного права"?

Мы неоднократно убеждались в настоящем исследовании, что фрагментация происходит на фоне не только Венской конвенции и часто сопровождается прямыми ссылками не только на Венскую конвенцию, но иногда и на так называемое "общее международное право". Однако четкого определения или единообразного понимания этого понятия не существует. Понятие "общего международного права" явно отсылает к общему обычному праву, а также "общим принципам права, признаваемым цивилизованными нациями", согласно статье 38 (1) с) Статута Международного Суда. Но оно может также охватить принципы самого международного права и аналогии из внутреннего права, особенно принципы юридического процесса (*audiatur et altera pars*, *in dubio mitius*, эстоппель и т.д.). В практике международных трибуналов, включая Апелляционный орган ВТО или Европейский и Межамериканский суды по правам человека, принято ссылаться на различные виды "принципов", подчас заимствованных из внутреннего права, иногда - из международной практики, но зачастую без уточнения их авторитетности.

Большая часть существа "общего международного права" была описана в исследовании, проведение которого в 1948 году было поручено Генеральным секретарем ООН Гершу Лаутерпахту в качестве самого начала работы Комиссии международного права над темой кодификации и прогрессивного развития международного права⁶⁸³. В 1996 году Комиссия после почти пятидесяти лет работы проанализировала сферу прогрессивного развития и кодификации и с целью подготовки глобального обзора

⁶⁸³ Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission document A/CN.4/1 (United Nations publication, Sales No. 48.V.1), переиздано под условным обозначением A/CN.4/1/Rev.1 (United Nations publication, Sales No. 48.V.1(1)), также опубликовано в *International Law. Being the Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht*, Vol I (ed. by Elihu Lauterpacht, Cambridge University Press: Cambridge, 1970), p. 445-530.

основных областей общего публичного международного права разработала общую схему тем международного права, классифицированных по тринадцати основным областям⁶⁸⁴. Сегодня, какими бы ни были перспективы "кодификации и прогрессивного развития", представляется очевидным, что в большинстве случаев развитие международного права будет иметь место в рамках специализированных нормотворческих конференций и организаций на основе подготовительной работы специалистов и будет приводить к созданию комплексных договорных режимов с их собственными институциональными положениями и процедурами. В действительности это является частью того фона, на котором однажды возникла озабоченность по поводу фрагментации.

В условиях все более специализированной правовой среды лишь немногие учреждения по-прежнему могут использовать формулировки из общего международного права с целью регулирования на универсальном уровне отношений, которые не могут сводиться к реализации специальных интересов и выходят за рамки технической координации. Одним из таких учреждений является Комиссия международного права. Проведенная ею работа по кодификации и развитию как раз и была связана с прояснением содержания "общего международного права" как аспекта того, что может пониматься только в качестве своего рода международного публичного пространства. Тот факт, что в настоящем исследовании было возможно разработать всеохватывающую точку зрения, взяв за основу подхода Венскую конвенцию, показывает, что общее международное право отвечает нынешним озабоченностям, и не столько в смысле предметных норм и принципов – ведь они по большей части уже кодифицированы, – сколько в качестве формального метода правового обоснования. В определенном важном смысле именно этот метод представляет собой то "общее", что имеется в мире распространяющихся технических обособленностей.

Переход к разработке специализированных договоров и сокращение числа тем в повестке дня Комиссии международного права показывают, что у кодификации и прогрессивного развития универсальных норм есть свои пределы. В определенный момент пересекается порог, за которым цена универсального охвата договорного права, состоящая в обеспечении необходимой общеприменимости и абстракции, становится непомерно высокой. Фактически под сенью "универсальных" норм зачастую происходит специализированное нормотворчество, лишь формально выступающее в облики имплементации общих (но совершенно неопределенных) стандартов на местном или специальном техническом уровне. Здесь полезно обратить внимание на то, каким образом постоянно отражается "общее международное право" в практике региональных и специализированных учреждений. Ведь именно благодаря общему международному

⁶⁸⁴ *Yearbook ... 1996*, vol. II (Part Two), paras. 246-248 and annex II.

праву существуют рудименты международного публичного пространства, с точки зрения которых можно оценивать характер достижения особых интересов и технических операций, осуществляемых в рамках специфических договорных режимов.

Таким образом, предлагается, чтобы Комиссия обратила более пристальное внимание на методологию "изложения" общего международного права в формах, иных, чем кодификация и прогрессивное развитие, хотя и не в качестве их подмены, а в качестве дополнения к ним. Работа в этом направлении могла бы сосредоточиться, например, на следующих вопросах:

- a) Какие источники охватываются понятием "общее международное право"?
- b) В какой роли выступает "общее международное право" в международном договорном праве и в практике международных и внутренних судов и трибуналов, а также других международных правоприменительных органов?
- c) В какой степени успешная "кодификация и прогрессивное развитие" могут сегодня обусловить необходимость в исследованиях на темы возникновения и стихийного действия общего международного права, которые могли бы быть надлежащим образом проведены КМП?
