



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
30 April 2010
Russian
Original: English

Шестидесят пятая сессия
Пункт 77 первоначального перечня*
**Ответственность государств за международно
противоправные деяния**

Ответственность государств за международно противоправные деяния

Подборка решений международных судов, трибуналов и других органов

Доклад Генерального секретаря

Содержание

	<i>Стр.</i>
Сокращения	3
I. Введение	4
II. Выдержки из решений, в которых содержатся ссылки на статьи об ответственности государств за международно противоправные деяния	5
Общие замечания	5
Часть первая	
Международно противоправное деяние государства	6
Глава I. Общие принципы	6
Статья 2. Элементы международно противоправного деяния государства	6
Глава II. Присвоение поведения государству	7
Статья 4. Поведение органов государства	7
Статья 5. Поведение лиц или образований, осуществляющих элементы государственной власти	8
Глава III. Нарушение международно-правового обязательства	8

* A/65/50.



Статья 13. Международно-правовое обязательство, находящееся в силе для государства	8
Статья 14. Время, в течение которого длится нарушение международно-правового обязательства	9
Глава V. Обстоятельства, исключающие противоправность	9
Общие комментарии	9
Статья 22. Контрмеры в связи с международно противоправным деянием	10
Статья 23. Форс-мажор	11
Статья 25. Состояние необходимости	12
Статья 27. Последствия ссылки на обстоятельство, исключающее противоправность	13
Часть вторая	
Содержание международной ответственности государства	14
Глава I. Общие принципы	14
Статья 31. Возмещение	14
Статья 33. Объем международно-правовых обязательств, установленных в настоящей части	16
Глава II. Возмещение вреда	17
Статья 34. Формы возмещения	17
Статья 35. Реституция	18
Статья 36. Компенсация	18
Глава III. Серьезные нарушения обязательств, вытекающих из императивных норм общего международного права	20
Часть третья	
Имплементация международной ответственности государства	21
Глава II. Контрмеры	21
Статья 49. Цель и пределы контрмер	21
Статья 50. Обязательства, не затрагиваемые контрмерами	24
Статья 51. Пропорциональность	25
Статья 52. Условия, относящиеся к применению контрмер	26
Статья 53. Прекращение контрмер	26
Часть четвертая	
Общие положения	26
Статья 55. Lex specialis	26
Статья 56. Вопросы ответственности государств, не регулируемые настоящими статьями	28

Сокращения

ГАТТ	Генеральное соглашение по тарифам и торговле
МЦУИС	Международный центр по урегулированию инвестиционных споров
Конвенция МЦУИС	Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств
НАФТА	Североамериканское соглашение о свободной торговле
ВТО	Всемирная торговая организация

I. Введение

1. Комиссия международного права приняла проекты статей об ответственности государств за международно противоправные деяния на своей пятьдесят третьей сессии в 2001 году. В резолюции 56/83 от 12 декабря 2001 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению статьи (далее упоминаемые как статьи об ответственности государств), текст которых прилагался к этой резолюции, и предложила их вниманию правительств, не затрагивая при этом вопроса об их будущем принятии или другой надлежащей мере.

2. По просьбе Генеральной Ассамблеи, содержащейся в резолюции 59/35 от 2 декабря 2004 года, Генеральный секретарь подготовил подборку решений международных судов, трибуналов и других органов, содержащих ссылки на статьи об ответственности государств¹.

3. В резолюции 62/61 от 6 декабря 2007 года Генеральная Ассамблея вновь обратила внимание правительств на статьи об ответственности государств, не затрагивая при этом вопроса об их будущем принятии или другой надлежащей мере. Ассамблея просила Генерального секретаря обновить подборку решений международных судов, трибуналов и других органов, содержащих ссылки на статьи, предложить правительствам представить информацию об их практике в этой связи и представить эти материалы заблаговременно до ее шестьдесят пятой сессии.

4. Своей вербальной нотой от 6 марта 2009 года Генеральный секретарь предложил правительствам представить не позднее 1 февраля 2010 года информацию о решениях международных судов, трибуналов и других органов, содержащих ссылки на статьи, для включения в обновленный вариант подборки. Такая информация была получена от Чешской Республики (28 января 2010 года), Германии (18 января 2010 года) и Мексики (5 февраля 2010 года).

5. Данная подборка включает анализ дел, в которых ссылки на статьи об ответственности государств делались в решениях, принятых в период с 1 февраля 2007 года² по 31 января 2010 года³. Такие ссылки можно найти в решениях Международного Суда; апелляционного органа ВТО; международных арбитражных трибуналов; групп, учреждаемых в соответствии с ГАТТ и ВТО; Специального суда по Сьерре-Леоне; Европейского суда; Европейского суда по правам человека; Межамериканского суда по правам человека; и Карибского суда.

6. Данная подборка, дополняющая подборку, подготовленную Секретариатом ранее, воспроизводит выдержки из решений по каждой статье, на которую делали ссылку международные суды, трибуналы или органы, следуя структуре и нумерации статей об ответственности государств. По каждой статье решения представлены в хронологическом порядке.

7. С момента выпуска первоначальной подборки имелись дополнительные 25 случаев, в которых международные суды, трибуналы и другие органы дела-

¹ A/62/62 и Corr.1 и Add.1.

² Некоторые решения, принятые до 2007 года и ранее не охваченные подборкой, включены в данную подборку.

³ Решение Международного Суда, вынесенное 20 апреля 2010 года, было включено в доклад. См. сноску 53 ниже.

ли ссылки в своих решениях на статьи об ответственности государств и комментарии к ним. Учитывая число и объем этих решений, подборка включает лишь соответствующие выдержки из решений, в которых делаются ссылки на статьи об ответственности государств, вместе с кратким описанием контекста, в котором принималось решение.

8. Подборка содержит те выдержки, в которых статьи об ответственности государств упоминаются как основа для решения, или когда статьи упоминались для отражения существующего законодательства, регулирующего данный вопрос. Подборка не охватывает представления сторон, цитирующие статьи об ответственности государств, или мнения судей, прилагаемые к решению.

II. Выдержки из решений, в которых содержатся ссылки на статьи об ответственности государств за международно противоправные деяния

Общие замечания

Международный арбитражный трибунал (по Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

9. В своем решении 2007 года трибунал, учрежденный для рассмотрения дела *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, следующим образом оценил статус статей об ответственности государств:

«Трибунал признает тот факт, что статьи КМП являются результатом ее пятидесятилетней работы. Они представляют собой отчасти «прогрессивное развитие» международного права, предусмотренное в ее полномочиях, полученных от Организации Объединенных Наций, и в значительной степени являются новым изложением международного обычного права, касающегося второстепенных принципов ответственности государства»⁴.

Международный арбитражный трибунал (по НАФТА и Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

10. В своем решении об ответственности 2008 года трибунал, учрежденный для рассмотрения дела *Corn Products International, Inc. v. Mexico*, отметил, что, как «было признано», статьи об ответственности государств представляют собой «самое авторитетное заявление» относительно норм об ответственности государств⁵.

Международный арбитражный трибунал (по Конвенции МЦУИС)

11. В 2008 году трибунал в деле *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* сослался на статьи как на «результат кодификации норм международного обыч-

⁴ ICSID, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. the United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/04/05, award, 21 November 2007, para. 116.

⁵ ICSID, *Corn Products International, Inc. v. The United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/04/01, decision on responsibility, 15 January 2008, para. 76.

ного права об ответственности государств за международно-противоправные деяния»⁶.

Часть первая

Международно противоправное деяние государства

Глава I

Общие принципы

Статья 2

Элементы международно противоправного деяния государства

Международный арбитражный трибунал (по НАФТА и Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

12. В своем решении 2006 года арбитражный трибунал, учрежденный для рассмотрения дела *Fireman's Fund Insurance Company vs. The United Mexican States*, в первом деле по НАФТА, которое должно было слушаться в соответствии с главой четырнадцать, посвященной трансграничным инвестициям в финансовые услуги, рассмотрел значение термина «экспроприация» в статье 1110(1) НАФТА. После просмотра предыдущих решений и «международного обычного права в целом» трибунал выявил ряд элементов, в том числе, что экспроприация требует завладение (которое может иногда включать уничтожение) органом правительственного типа инвестиций инвестора, действующего в соответствии с НАФТА. В сноске, цитирующей статью 2 статей об ответственности государств, трибунал добавляет, что:

«отсутствие действий («бездействие») со стороны принимающего государства может также представлять собой государственную меру, равнозначную экспроприации при определенных условиях, хотя эти случаи не столь часты и редко касаются одного бездействия»⁷.

Международный арбитражный трибунал (по Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

13. В своем решении 2007 года трибунал, учрежденный для рассмотрения дела *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, рассматривал статью 2 как отражающую норму, применимую по международному обычному праву⁸.

Международный арбитраж (по Конвенции МЦУИС)

14. В своем решении 2008 года по делу *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* арбитраж рассмотрел вопрос о том, действительно ли нужны экономические потери или ущерб для инициирования действий по экспроприации. Арбитраж считал, что «существенные и поддающиеся количественной оценке

⁶ ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Case No. ARB/05/22, award, 24 July 2008, paras. 773 and 774.

⁷ ICSID, *Fireman's Fund Insurance Company vs. The United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/02/01, award, 17 July 2006, para. 176(a), footnote 155.

⁸ *Archer Daniels Midland Company* цитируется в сноске 4 выше, пункт 275.

экономические потери инвестора не [были] предварительным условием для экспроприации» в соответствии с данным двусторонним договором об инвестициях, но там, где имелось «существенное нарушение прав инвестора, практически равнозначное экспроприации... могут иметься возможности для не связанных с компенсацией средств защиты в связи с экспроприацией (например, обеспечительные, пояснительные или восстановительные меры)». Придя к такому выводу, арбитраж сослался на комментарий к статье 2 статей об ответственности государств, где Комиссия заявила следующее:

«иногда говорится, что международная ответственность не возникает вследствие поведения государства, противоречащего его обязательствам, если только не существует какой-либо дополнительный элемент, в частности «ущерб» другому государству. Но необходимость в таких элементах зависит от содержания первичного обязательства, и в этом отношении не существует общего правила»⁹.

Глава II Присвоение поведения государству

Статья 4 Поведение органов государства

Группа ВТО

15. В своем докладе от 2007 года группа в деле *Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres* процитировала в сноске статью 4 статей об ответственности государств в поддержку своих выводов о том, что постановление бразильского национального суда не освобождает Бразилию от ее обязательства выполнять требования статьи XX Генерального соглашения по тарифам и торговле 1994 года¹⁰.

Апелляционный орган ВТО

16. В своем докладе 2009 года по делу *United States — Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews* апелляционный орган ВТО сослался на статью 4 статей об ответственности государств в поддержку своего утверждения о том, что:

«независимо от того, определяется ли деяние как «служебное» или иное по праву Соединенных Штатов, и независимо от любых дискреционных полномочий, которыми может обладать орган, дающий такие инструкции или принимающий такое решение, Соединенные Штаты, являющиеся членом ВТО, отвечают за эти деяния согласно соответствующим соглашениям и международному праву»¹¹.

⁹ *Biwater Gauff* цитируется в сноске 6 выше, пункт 466, цитирующий пункт 9 комментария к статье 2.

¹⁰ WTO Panel Report, *Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/R, 12 June 2007, para. 7.305, footnote 1480.

¹¹ WTO Appellate Body, *United States — Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews, recourse to Article 21.5 of the DSU by Japan*, Case No. AB-2009-2, Report of the Appellate Body, 18 August 2009, para. 183 and footnote 466.

Статья 5
Поведение лиц или образований, осуществляющих элементы государственной власти

Международный арбитражный трибунал (по Конвенции МЦУИС)

17. Арбитражный трибунал в деле *Helnan International Hotels A/S v. Egypt* рассмотрел возражение ответчика против его юрисдикции на том основании, что рассматриваемые в рамках дела действия отечественного предприятия не могли присваиваться Египту, несмотря на тот факт, что предприятие полностью принадлежит правительству Египта. Хотя трибунал считал, что он обладает юрисдикцией в силу других оснований, он, тем не менее, рассмотрел возражение ответчика и установил, что истец убедительно продемонстрировал, что данное предприятие находилось «под строгим контролем государства». Придя к такому выводу, трибунал сослался на комментарий к статье 5 статей об ответственности государств, во-первых, путем признания, что «возможность классификации предприятия в качестве государственного или частного в соответствии с критериями данной правовой системы, наличие большего или меньшего участия государства в его капитале или в более общем смысле во владении его активами, факт отсутствия над ним исполнительного контроля — все это не является решающими критериями для целей присвоения поведения предприятия государству»¹². Тем не менее трибунал отметил, что «[отечественное предприятие] являлось активным участником приватизации туристической отрасли от имени правительства Египта», и напомнил о статье 5 (которая цитируется полностью), а далее утверждал, что «даже если [отечественное предприятие] не было официально уполномочено законом на осуществление элементов государственной власти, его действия в рамках процесса приватизации можно присвоить египетскому государству»¹³.

Глава III
Нарушение международно-правового обязательства

Статья 13
Международно-правовое обязательство, находящееся в силе для государства

Европейский суд по правам человека

18. В деле *Šilih v. Slovenia* Европейский суд по правам человека сослался на проект статьи 13 статей об ответственности государств как представляющий собой «соответствующее международное право и практику» в контексте рассмотрения юрисдикции *ratione temporis* суда¹⁴.

¹² Пункт (3) комментария к статье 5.

¹³ ICSID, *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, Case No. ARB 05/19, Decision on Objection to Jurisdiction, 17 October 2006, paras. 92 and 93.

¹⁴ Европейский суд по правам человека, Большая палата, *Šilih v. Slovenia*, дело № 71463/01, Решение, 9 апреля 2009 года, пункт 107.

Статья 14

Время, в течение которого длится нарушение международно-правового обязательства

Европейский суд по правам человека

19. В деле *Šilih v. Slovenia* Европейский суд по правам человека сослался на проект статьи 14 статей об ответственности государств как представляющий собой «соответствующее международное право и практику» в контексте рассмотрения юрисдикции *ratione temporis* суда¹⁵.

Европейский суд по правам человека

20. Европейский суд по правам человека в деле *Varnava and Others v. Turkey*, связанном с предполагаемым исчезновением лиц за 15 лет до возбуждения дела, был вынужден рассмотреть вопрос о применимости шестимесячного предельного срока для подачи в соответствии с Конвенцией жалобы относительно продолжения предполагаемого нарушения. Суд утверждал, что «не все продолжающиеся ситуации являются одинаковыми; характер ситуации может быть таковым, что прохождение времени может повлиять на объект угрозы ... [и] в том, что касается исчезновений, то податели жалобы не могут бесконечно ждать, прежде чем обратиться к суду в Страсбурге. Они должны доказать определенную степень своих усердия и инициативности и подать свои жалобы без чрезмерной задержки»¹⁶. Тем не менее он утверждал, что «податели жалобы действовали с учетом обстоятельств их дел достаточно быстро для целей ... [Европейской конвенции о правах человека]»¹⁷.

Межамериканский суд по правам человека

21. В деле *Radilla Pacheco v. Mexico* в 2009 году Межамериканский суд по правам человека процитировал пункт 2 статьи 14 статей об ответственности государств (который он заключил в кавычки), проводя различие между мгновенными действиями и действиями продолжающегося или постоянного характера¹⁸.

Глава V

Обстоятельства, исключаящие противоправность

Общие комментарии

Международный арбитражный трибунал (в соответствии с приложением VII к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 года)

22. В своем решении 2007 года по делу *Guyana v. Suriname*, связанному с разграничением морской границы между двумя государствами, арбитражный три-

¹⁵ Там же, пункт 108.

¹⁶ Европейский суд по правам человека, Большая палата, *Varnava and Others v. Turkey*, дела №№ 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 и 16073/90, Решение, 18 сентября 2009 года, пункт 161.

¹⁷ Там же, пункт 170.

¹⁸ Межамериканский суд по правам человека, *Radilla Pacheco v. United Mexican States*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, 23 November 2009, para. 22.

бунал, учрежденный для рассмотрения дела, рассмотрел возражение Суринама против допустимости разбирательства на основании отсутствия добросовестности и «чистых рук». Отклоняя такое возражение, трибунал утверждал, что «в международном праве не было разработано какого-либо общеприемлемого определения доктрины “чистых рук”», и отметил, что «в комментариях к проектам статей КМП об ответственности государств признается, что эта доктрина применяется весьма редко и что в тех случаях, когда она упоминается, ее формулировка принимает различные формы»¹⁹.

Статья 22

Контрмеры в связи с международно противоправным деянием

Международный арбитражный трибунал (по Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

23. В своем решении 2007 года трибунал, учрежденный для рассмотрения дела *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, сослался на статью 22 статей об ответственности государств в поддержку своего утверждения о том, что

«Контрмеры могут быть надежной защитой от нарушения главы одиннадцать [НАФТА], если государство-ответчик докажет, что данные меры удовлетворяют каждое из условий, требуемых международным обычным правом в применении к фактической стороне дела»²⁰.

Трибунал далее полагал, что

«он принял в качестве авторитетного изложения международного обычного права о контрмерах позицию Международного Суда [в деле *Gabčíkovo-Nagymaros*], подтвержденную [статьями 22 и 49] статей, подготовленных КМП»²¹.

Международный арбитражный трибунал (по НАФТА и Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

24. В своем решении 2008 года об ответственности трибунал, учрежденный для рассмотрения дела *Corn Products International, Inc. v. Mexico*, утверждал, что иное решение группы и апелляционного органа ВТО не мешает ответчику защищать принятие законных контрмер в деле, связанном с предполагаемыми нарушениями обязательств по НАФТА. Трибунал пояснил, что

«... тот факт, что налоги нарушали обязательства Мексики по ГАТТ, [не] означает, что это не может стать контрмерой, которая направлена на предотвращение противоправности по НАФТА. Особенностью контрмер является то, что они могут действовать с целью предотвращения противоправности в отношении одного обязательства принимающего их государства, не затрагивая при этом другое обязательство этого государства. Это следует из текста статьи 50 статей КМП об ответственности государств...

¹⁹ *Вопросы арбитража между Гайаной и Суринамом*, решение, 17 сентября 2007 года, пункт 418 (сноска опущена), ссылающийся на пункт 9 общего комментария к части один, глава V («Обстоятельства, исключющие противоправность»).

²⁰ *Archer Daniels Midland Company* цитируется в сноске 4 выше, пункт 121.

²¹ Там же, пункт 125.

[которая], по всей видимости, считает, что мера, противоречащая одному из [обязательств, упоминаемых в пункте 1 статьи 50] повлечет за собой нарушение *этого* обязательства государством, принимающим ее, но может, тем не менее, предотвращать противоправность в отношении другого обязательства государства, которое не подпадает под действие пунктов (a)–(d)»²².

Тем не менее далее трибунал утверждал, что, поскольку НАФТА наделила инвесторов существенными правами, отдельными и отличными от прав государства, гражданами которого они являются, контрмера, по-видимому, принятая против Соединенных Штатов, не могла лишить инвесторов таких прав и, соответственно, не могла рассматриваться в качестве обстоятельства, препятствующего противоправности в отношении нарушения прав инвесторов²³. Трибунал также полагал, что защита факта принятия законных контрмер не может быть подкреплена, поскольку ответчик не установил факт наличия предшествующего нарушения международного права Соединенными Штатами Америки, в ответ на которое ответчик принял контрмеры. Поскольку Соединенные Штаты не являлись участником разбирательств, трибунал считал, что у него нет полномочий на оценку такой жалобы²⁴.

Статья 23 Форс-мажор

Международный арбитражный трибунал (по Конвенции МЦУИС)

25. В своем решении 2007 года арбитражный трибунал, учрежденный для рассмотрения дела *Sempra Energy International v. Argentina*, которое возникло в силу двустороннего договора об инвестициях 1991 года между Соединенными Штатами и Аргентиной, столкнулся с требованием, возникшим в связи с изменением нормативных рамок для частных инвестиций, осуществленным на волне экономического кризиса в Аргентине в конце 1990–х годов. Среди прочего, трибуналу был выдвинут аргумент со стороны ответчика о том, что теория «непредвиденности» была инкорпорирована в аргентинское законодательство, на что трибунал ответил следующее:

«в той мере, в какой теория «непредвиденности» выражается в концепции форс-мажора, эта другая концепция требует в соответствии со статьей 23 статей об ответственности государств, чтобы ситуация была связана с появлением не поддающейся контролю государства непреодолимой силы, которая сделала в данных обстоятельствах выполнение обязательства материально невозможным. В комментарии к этой статье заявляется, что «форс-мажор не включает обязательства, при которых выполнение обязательства становится более трудным, например из-за политического или экономического кризиса»²⁵.

²² *Corn Products International Inc.*, цитируется в сноске 5 выше, пункт 158, выделено в оригинале.

²³ Там же, пункты 167 и 176. См. статью 49 ниже.

²⁴ Там же, пункты 182–189. См. также статью 49 ниже.

²⁵ ICSID, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, Case No. ARB/02/16, award, 28 September 2007, para. 246.

Статья 25 Состояние необходимости²⁶

Международный арбитражный трибунал (по Конвенции МЦУИС)

26. Арбитражный трибунал, учрежденный для рассмотрения дела *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, в своем решении 2007 года рассмотрел выдвигаемый ответчиком довод о наличии состояния необходимости. Рассматривая утверждения сторон относительно статуса статьи 25 статей об ответственности государств в качестве статьи международного обычного права, трибунал:

«... разделял понимание сторонами статьи 25 статей об ответственности государств как отражающей состояние международного обычного права по данному вопросу. Это вовсе не означает, что статьи являются договором или даже частью обычного права. Они просто являются научным и систематическим выражением правовых норм о состоянии необходимости, разработанных судами, трибуналами и другими источниками за длительный период времени.

...

345. В принципе нет расхождений относительно того факта, что состояние необходимости является наиболее исключительным средством защиты, которое оговорено весьма строгими условиями, поскольку в ином случае это предоставило бы государствам возможность избежать соблюдения любого международного обязательства. Соответственно, статья 25 начинается с предупреждения о том, что на состояние необходимости нельзя ссылаться, если только не соблюдены такие условия...»²⁷.

Применяя статью 25, трибунал считал, что, хотя в конце 1990-х годов Аргентина столкнулась с жесточайшим экономическим кризисом, она, тем не менее, не нашла аргумента в пользу того, что такая ситуация ставит под сомнение само существование государства и его независимость и поэтому может быть квалифицирована в качестве ситуации, затрагивающей существенный интерес государства²⁸. Более того трибунал сослался на требование в статье 25 о том, что государство не может ссылаться на состояние необходимости, если оно способствовало ситуации, вызвавшей состояние необходимости, которое, по ее мнению, является простым «выражением общего принципа права, имеющего целью помешать какой-либо стороне получить преимущество от своей собст-

²⁶ Судебная камера Специального суда по Сьерра-Леоне в деле *Prosecutor v. Fofana and Kondewa* (CDF Case), Case No. SCSL-04-14-T, в решении, вынесенном 2 августа 2007 года, сделал косвенную ссылку в пункте 84 на статью-предшественницу проекта статьи 25 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния от 2001 года (в частности, проект статьи 33, принятый в первом чтении), сославшись на решение 1997 года Международного Суда по делу *Gabčíkovo-Nagymaros Project* как на «четкое выражение мнения о том, что защита необходимости признана международным обычным правом и была для государств основанием, для того чтобы избежать международной ответственности за противоправные деяния». Как описывается в докладе Генерального секретаря за 2007 год, Международный Суд в этом деле процитировал проект Комиссии международного права в своем анализе защиты состояния необходимости (см. A/62/62, пункт 92).

²⁷ *Sempra Energy International*, цитируется в сноске 25 выше, пункты 344–345.

²⁸ Там же, пункт 348.

венной ошибки»²⁹. После анализа фактической стороны дела трибунал утверждал, что в определенной степени имел место существенный вклад государства в ситуацию, породившую состояние необходимости, и что поэтому нельзя утверждать, что виной всему являлись экзогенные факторы³⁰. И наконец, трибунал напомнил о решении Международного Суда по делу *Gabčíkovo-Nagymaros*³¹, в котором Суд сослался на работу Комиссии международного права и считал, что условия в положении, предшествовавшем статье 25, были по совокупности удовлетворены. Поскольку это не касалось находящихся на рассмотрении фактов, трибунал пришел к выводу о том, что «требования в отношении состояния необходимости в соответствии с международным обычным правом не были в полной мере удовлетворены»³². Далее трибунал рассмотрел взаимосвязь статей об ответственности государств, действующих на уровне вторичных норм, и двустороннего договора между сторонами в контексте ссылки ответчика на состояние необходимости в соответствии со статьей XI договора, которая предусматривает принятие любой стороной мер по «защите своих собственных существенных интересов безопасности». При рассмотрении вопроса о том, что означают «существенные интересы безопасности», Трибунал пояснил, что «требования о состоянии необходимости по международному обычному праву, изложенные ... в связи с их выражением в статье 25 статей об ответственности государств, стали актуальными для вопроса о том, были ли удовлетворены необходимые условия для ссылки на них в соответствии с договором. Ситуация может быть иной, если договор определил эту концепцию и условия ее применения, но в данном случае это не было сделано»³³. Более того трибунал подтвердил, что он не «считает, что, поскольку статья XI не делает прямой ссылки на обычное право, этот источник прав и обязательств становится неприменимым. Международное право не является раздробленным сводом правовых норм, в том что касается базовых принципов, и необходимо, несомненно является одним из таких базовых принципов»³⁴. Поскольку трибунал установил, что упоминаемый кризис не отвечает требованиям обычного права по статье 25, он пришел к выводу о том, что нет никакой необходимости проводить дальнейший судебный пересмотр на основании статьи XI с учетом того, что в статье не излагаются условия, отличающиеся от обычного права³⁵.

Статья 27

Последствия ссылки на обстоятельство, исключаящее противоправность

Международный арбитражный трибунал (по Конвенции МЦУИС)

27. Арбитражный трибунал, учрежденный для рассмотрения дела *Sempra Energy International v. Argentina* в своем решении 2007 года отметил, что требование о временном характере в подпункте (а) статьи 27 не оспаривалось сторонами, хотя «продление чрезвычайного положения ..., по-видимому, не очень согласуется с требованием о временном характере. Это в свою очередь стало ре-

²⁹ Там же, пункт 353.

³⁰ Там же, пункт 354.

³¹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1997*, p.7.

³² *Sempra Energy International*, цитируется в сноске 25 выше, пункт 355.

³³ Там же, пункт 375.

³⁴ Там же, пункт 378.

³⁵ Там же, пункт 388.

зультатом неясности в отношении того, какими будут юридические последствия прекращения действия закона о чрезвычайном положении³⁶, в том, что касается применения подпункта (b) статьи 27. С учетом предлагаемого ответчиком толкования пункта (b), согласно которому по этому положению компенсация будет требоваться лишь за ущерб, причиненный после прекращения чрезвычайного положения, а не в период чрезвычайного положения, трибунал выразил следующее мнение:

«Хотя ... [статья 27] из-за разнообразия возможных сценариев не уточняет обстоятельства, в которых компенсация должна подлежать выплате, также считалось, что этот вопрос следует согласовать с пострадавшей стороной. Таким образом, статья не исключает возможности компенсации за прошлые события. Соглашения 2007 года между ответчиком и лицензиатами, по-видимому, подтверждают такое толкование ...»³⁷.

Часть вторая

Содержание международной ответственности государства

Глава I

Общие принципы

Статья 31

Возмещение

Международный арбитраж (по Конвенции МЦУИС)

28. В своем решении 2007 года арбитраж, учрежденный для рассмотрения дела “*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc.*” v. *Argentina*”, установив ранее, что Аргентина нарушила свои обязательства по двустороннему инвестиционному договору между Соединенными Штатами и Аргентиной 1991 года³⁸, перешел к рассмотрению применимого стандарта в отношении возмещения. Арбитраж заявил, что он согласен с заявителями в том, что «надлежащий стандарт в отношении возмещения согласно международному праву заключается в «полном» возмещении, как это было установлено Постоянной палатой Международного Суда в деле *о фабрике в Хожуве* и закреплено в статье 31 проекта статей Комиссии международного права об ответственности государств за международно-противоправные деяния»³⁹.

Международный арбитраж (по Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

29. В своем решении 2007 года арбитраж, учрежденный для рассмотрения дела *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc.*

³⁶ Там же, пункт 392.

³⁷ Там же, пункт 394 (сноска опущена).

³⁸ См. ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/02/1, decision on liability, 3 October 2006 (discussed in document A/62/62, para. 96).

³⁹ *Ibid.*, award, 25 July 2007, para. 31.

в *Mexico*, счел, что статья 31 отражает правило, применимое в соответствии с международным обычным правом⁴⁰.

Международный арбитраж (по Конвенции МЦУИС)

30. В своем решении 2008 года арбитраж по делу *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* процитировал определение термина «вред» в пункте 2 статьи 31 («... любой ущерб, материальный или моральный, причиненный международно-противоправным деянием государства») в поддержку своего утверждения о том, что «компенсация за любое нарушение [инвестиционного договора между Соединенным Королевством и Объединенной Республикой Танзания], будь то в контексте незаконной экспроприации или нарушения любого другого договорного стандарта, представляется только в том случае, если налицо достаточная причинно-следственная связь между фактическим нарушением и понесенными убытками»⁴¹. Затем арбитраж привел подробные выдержки из комментариев к статье 31, в которых излагается необходимая связь между противоправным деянием и вредом, необходимая для возникновения обязательства произвести возмещение (в данном случае в форме компенсации)⁴², и говорится, что «для того, чтобы требования о выплате компенсации были удовлетворены, [заявитель] должен доказать, что его инвестиции полностью или частично потеряли свою ценность и действия, на которые он жалуется, стали *фактической и непосредственной причиной* такой частичной или полной потери ценности»⁴³. Арбитраж также нашел возможность сослаться на определение «вреда» в пункте 2 в поддержку своего мнения о том, что «недостаточно утверждать, что лишь в силу того, что имел место «захват» или несправедливое или нечестное поведение, непременно возникает такой «вред», который может служить основанием для требования о компенсации. Причинило или не причинило каждое противоправное деяние [ответчика] «вред», позволяющий предъявить требование о компенсации, должно анализироваться с учетом каждого конкретного «вреда», в связи с которым [заявитель] фактически требует возмещения убытков»⁴⁴.

Международный арбитраж (по Конвенции МЦУИС)

31. В своем решении 2008 года арбитраж по делу *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Ecuador* сослался на статью 31, в которой, как он заявил, «кодифицирован» принцип «полной» компенсации, установленный ранее Постоянной палатой Международного Суда по делу *о фабрике в Хожуве*⁴⁵. Арбитраж не увидел «причин для того, чтобы не применять это положение по аналогии с арбитражным разбирательством спора между инвестором и государством»⁴⁶.

⁴⁰ *Archer Daniels Midland Company*, cited in note 4 above, award, 21 November 2007, para. 275.

⁴¹ *Biwater Gauff*, cited in footnote 6 above, paras. 779 and 783.

⁴² *Ibid.*, para. 785, quoting extracts from paragraph (10) of the commentary to article 31.

⁴³ *Ibid.*, para. 787, emphasis added.

⁴⁴ *Ibid.*, para. 804 and footnote 369, (footnotes omitted) emphasis in the original.

⁴⁵ *Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, 1928, PCIJ, Series A, No. 17, p. 21.

⁴⁶ ICSID, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, Case No. ARB/04/19, award, 18 August 2008, para. 468.

Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии

32. В своих окончательных решениях 2009 года по претензиям Эфиопии о возмещении ущерба и претензиям Эритреи о возмещении ущерба Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии напомнила, что в прежнем варианте статей об ответственности государств содержался квалифицирующий признак, согласно которому «ни один народ ни в коем случае не может быть лишен принадлежащих ему средств существования», который также был отражен в пункте 2 статьи 1 обоих пактов о правах человека⁴⁷. Комиссия по претензиям отметила далее, что изложенный Постоянной палатой Международного Суда в деле *о фабрике в Хожуве* принцип, согласно которому цель компенсации, выплачиваемой ответственным государством, заключается в том, чтобы «загладить все последствия незаконного деяния и восстановить положение, которое, по всей вероятности, существовало бы, если бы деяние не было совершено», был отражен в статье 31 статей об ответственности государств⁴⁸.

Статья 33

Объем международно-правовых обязательств, установленных в настоящей части

Международный арбитраж (по Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

33. В своем решении 2007 года арбитраж, учрежденный для рассмотрения дела *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, заявив, что глава 11 НАФТА является *lex specialis* по отношению к статьям об ответственности государств⁴⁹, отметил, что глава 11 предусматривает возможность для частных заявителей (которые являются гражданами одного из государств — членом НАФТА) ссылаться в рамках международного арбитража на ответственность другого государства — члена НАФТА. Таким образом, «именно конкретные положения главы 11 определяют, могут ли и в каком объеме лица или организации, не являющиеся государствами, ссылаться на ответственность, отстаивая свои интересы». В поддержку этого последнего утверждения арбитраж привел пункт 2 статьи 33 статей об ответственности государств, где предусматривается, что кодифицированные в нем обычные нормы об ответственности государств не затрагивают «любого права, вытекающего из международной ответственности государства, которое может непосредственно

⁴⁷ Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии, *Претензии Эфиопии о возмещении ущерба*, окончательное решение, 17 августа 2009 года, пункт 19, и Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии, *Претензии Эритреи о возмещении ущерба*, окончательное решение, 17 августа 2009 года, пункт 19, ссылка на положение, предшествовавшее статье 31, а именно проект статьи 42 [6 bis], пункт 3, принятый Комиссией в первом чтении на ее сорок восьмой сессии в 1996 году. В ходе второго чтения на пятьдесят второй сессии Комиссии в 2000 году это положение было исключено. См. *Ежегодник Комиссии международного права, 2000 год*, том II, часть вторая, пункты 79, 100 и 101. Однако ссылка на квалифицирующий признак, содержащийся в пункте 2 статьи 1 обоих пактов о правах человека, была сохранена в пункте 7 комментария к статье 50. См. также обсуждение статьи 56 ниже.

⁴⁸ Там же, *Претензии Эфиопии о возмещении ущерба*, пункт 24, и *Претензии Эритреи о возмещении ущерба*, пункт 24, где цитируется дело *о фабрике в Хожуве*, приводится в сноске 45 выше, стр. 47.

⁴⁹ См. статью 55 ниже.

приобретаться любым лицом или образованием, иным, чем государство». Поэтому, по мнению арбитража:

«международное обычное право, согласно которому только суверенные государства могут ссылаться на ответственность другого государства, не затрагивает таким образом прав негосударственных субъектов по конкретным договорам ссылаться на ответственность государств. Это правило верно не только в контексте защиты инвестиций, но также в области прав человека и защиты окружающей среды»⁵⁰.

Глава II Возмещение вреда

Статья 34 Формы возмещения

Международный арбитраж (по Конвенции МЦУИС)

34. В своем решении 2008 года арбитраж по делу *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. Tanzania* в контексте анализа статьи 2 статей об ответственности государств заявил, что имело место «существенное вмешательство в права вкладчика, равнозначное экспроприации ... в связи экспроприацией возможно назначение средства правовой защиты, некомпенсационного характера (например, предписание запрета, деклараторное решение или реституция)»⁵¹.

Карибский суд

35. В деле *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v. Guyana* Карибский суд привел цитату из комментария к статьям об ответственности государств, подтвердив, что «в соответствии со статьей 34 функция ущерба по сути носит компенсационный характер»⁵².

Международный Суд

36. В своем решении 2010 года по делу *Целлюлозные заводы на реке Уругвай*, Международный Суд, цитируя, среди прочего, статьи об ответственности государств, напомнил, что «международное обычное право предусматривает реституцию в качестве одной из форм возмещения вреда, а реституция означает восстановление положения, которое существовало до совершения противоправного деяния. Суд далее напоминает, что в случае, когда реституция является материально невозможной или влечет за собой бремя, которое совершенно непропорционально выгоде от получения реституции, возмещение принимает форму компенсации или сатисфакции или даже обе эти формы»⁵³.

⁵⁰ *Archer Daniels Midland Company*, цитируется в сноске 4 выше, пункт 118.

⁵¹ *Biwater Gauff*, цитируется в сноске 6 выше, пункт 466. См. статью 2 выше.

⁵² Caribbean Court of Justice, *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v. The State of the Co-Operative Republic of Guyana*, Case No. [2009] CCJ 5 (OJ), Judgment, 20 August 2009, para. 38, ссылка на пункт 5 ввводного комментария к части второй, глава III. См. далее часть вторая, глава III ниже.

⁵³ International Court of Justice, *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, para. 273.

Статья 35 Реституция

Европейский суд по правам человека

37. В деле *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2)* Европейский суд сослался на статью 35 статей об ответственности государств как отражающую «принципы международного права». Суд имел в виду содержащиеся в этом положении квалифицирующие признаки, а именно то, что на обязательство произвести реституцию распространяется требование о том, чтобы эта реституция не была «материально невозможной» и «не влекла за собой бремя, которое совершенно непропорционально выгоде от получения реституции вместо компенсации», что было истолковано, как означающее, что, хотя реституция является правилом, могут быть обстоятельства, при которых ответственное государство освобождается, полностью или частично, от этого обязательства при условии, что оно может продемонстрировать наличие таких обстоятельств»⁵⁴.

Европейский суд по правам человека

38. В деле *Guiso-Gallisay v. Italy* Европейский суд по правам человека в отношении случая предполагаемой незаконной экспроприации процитировал статью 35 статей об ответственности государств (которую он рассматривал как надлежащую норму международного права), где подтверждается принцип *restitutio in integrum*⁵⁵.

Статья 36 Компенсация

Международный арбитраж (по Конвенции МЦУИС)

39. В своем решении 2007 года арбитраж, учрежденный для рассмотрения дела *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentina* применил статью 36 статей об ответственности государств при определении убытков, понесенных вкладчиком⁵⁶. Он напомнил соответствующий пункт комментария к статье 36, указав, что функция компенсации заключается в «покрытии фактических убытков, понесенных в результате международно противоправного деяния»⁵⁷, и заявил, что

«таким образом, вопрос, который арбитраж должен рассмотреть, заключается в установлении «фактических убытков» понесенных вкладчиком, «в результате» поведения Аргентины. Это вопрос «причинно-следственной связи»: что потерял вкладчик по причине противоправных деяний?»⁵⁸.

⁵⁴ European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2)*, Case No. 32772/02, Judgment, 30 June 2009, para. 86.

⁵⁵ European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Guiso-Gallisay v. Italy*, Case No. 58858/00, Judgment (Just satisfaction), 22 December 2009, para. 53.

⁵⁶ ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/02/1, award, 25 July 2007, paras. 41-43.

⁵⁷ *Ibid.*, para. 43. Ссылка на пункт 4 комментария к статье 36, выделено в решении.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 45, emphasis in original.

Арбитраж также сослался на статьи об ответственности государств при рассмотрении требования об упущенной выгоде. Он вновь привел соответствующие выдержки из комментария, заявив, что:

«в принципе на данном этапе необходимо подчеркнуть различие между возникшими убытками и упущенной выгодой. Если первое, как правило, арбитражи присуждали, то последнее присуждалось лишь когда «*ожидаемый поток поступлений получал достаточно свойств, позволяющих считать его юридически охраняемым интересом достаточно определенного характера, для того чтобы подлежать компенсации*». Или, если пользоваться текстом проекта статей, «*в доказанном объеме*». Это вопрос «*определенности*». Арбитражи неохотно предоставляют компенсацию в удовлетворение требований, содержащих по существу спекулятивные элементы»⁵⁹.

Международный арбитраж (по Конвенции МЦУИС)

40. В своем решении 2007 года арбитраж, учрежденный для рассмотрения дела *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, сослался на требование пункта 2 статьи 36 о том, что компенсация предназначена для покрытия любого «исчисляемого в финансовом выражении ущерба, включая упущенную выгоду в доказанном объеме», как отражающее «надлежащий стандарт возмещения согласно международному праву» в отсутствие реституции или согласованного перезаключения контрактов или других мер исправления положения⁶⁰.

Международный арбитраж (по Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

41. В своем решении 2007 года арбитраж, учрежденный для рассмотрения дела *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, сослался на статью 36 статей об ответственности государств в поддержку своего утверждения о том, что

«компенсация охватывает как понесенные убытки (*damnum emergens*), так и упущенную выгоду (*lucrum cessans*). Любой непосредственный ущерб подлежит компенсации. Кроме того, в пункте 2 статьи 36 признается, что в отдельных случаях компенсация упущенной выгоды может быть уместна, с тем чтобы отразить норму, применимую в соответствии с международным обычным правом»⁶¹.

Арбитраж указал далее, что

«любое определение ущерба в соответствии с принципами международного права требует наличия достаточно четкой непосредственной связи между противоправным деянием и предполагаемым вредом, с тем чтобы задействовать обязательство произвести компенсацию за такой вред. Нарушение может быть обнаружено, однако необходимо определить наличие вреда, а затем произвести расчет вреда в денежном выражении. Настоящий арбитраж должен обеспечить, чтобы испрашиваемое средство защи-

⁵⁹ Ibid., para. 51. (Сноски опущены). Ссылки на пункт 2 статьи 36 и пункт 27 комментария к статье 36, выделено в решении.

⁶⁰ *Sempra Energy International*, цитируется в сноске 25 выше, пункт 401.

⁶¹ *Archer Daniels Midland Company*, цитируется в сноске 4 выше, пункт 281.

ты, т.е. возмещение ущерба, носило надлежащий характер в качестве непосредственного следствия противоправного деяния, и определить объем ущерба в денежном выражении»⁶².

Международный арбитраж (по Конвенции МЦУИС)

42. В своем решении 2008 года арбитраж, образованный для рассмотрения дела по *Desert Line Projects LLC v. Yemen*, изучая требование о возмещении нематериального («морального») ущерба, процитировал комментарий к статье 36 в поддержку своего вывода о том, что «даже если инвестиционные договоры главным образом направлены на защиту имущественных и экономических ценностей, они как таковые не исключают, что в исключительных обстоятельствах сторона может требовать компенсации морального ущерба. В большинстве правовых систем общепризнано то, что моральный ущерб также подлежит возмещению наряду с сугубо экономическим ущербом. По сути нет причин исключать его ... Поскольку, как было указано в делах *Lusitania*, нематериальный ущерб может быть «весьма реальным, и одно лишь то обстоятельство, что его трудно измерить или оценить в деньгах, не делает его менее реальным и не дает никаких оснований для того, чтобы не выплачивать компенсацию потерпевшему лицу»⁶³.

Европейский суд по правам человека

43. В деле *Guiso-Gallisay v. Italy* Европейский суд по правам человека при рассмотрении случаев предполагаемой незаконной экспроприации процитировал статью 36 статей об ответственности государств как отражающую применимое международное право в данном случае⁶⁴.

Глава III Серьезные нарушения обязательств, вытекающих из императивных норм общего международного права

Карибский суд

44. В деле *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v. Guyana* Карибский суд при рассмотрении вопроса о признании штрафных (карательных) убытков в международном праве привел следующую выдержку из общего комментария к главе III:

«... присуждение штрафных убытков в международном праве не признается даже в отношении серьезных нарушений обязательств, вытекающих из императивных норм»⁶⁵.

⁶² Ibid., para. 282.

⁶³ ICSID, *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, Case No. ARB/05/17, award, 6 February 2008, para. 289, emphasis in original, citing the reference to the *Lusitania* case, *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. VII, p. 32 (1923), in paragraph (16) of the commentary to article 36.

⁶⁴ *Guiso-Gallisay*, cited in note 55 above, para. 54.

⁶⁵ *Trinidad Cement Limited*, cited in note 52 above, para. 38, quoting from paragraph (5) of the introductory commentary to Part Two, Chapter III.

Далее Суд заявил, что он «... не убежден в том, что может присудить штрафные убытки и в данном случае таких убытков не присуждает»⁶⁶.

Часть третья

Имплементация международной ответственности государства

Глава II

Контрмеры

Статья 49

Цель и пределы контрмер

Международный арбитраж (по Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

45. В своем решении 2007 года арбитраж, учрежденный для рассмотрения дела *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, сослался на статью 49 статьей об ответственности государств следующим образом:

«Арбитраж принимает в качестве авторитетного изложения международного обычного права по вопросу о контрмерах позицию Международного Суда [по делу *Габчиково-Надьямарош*], подтвержденную статьями КМП»⁶⁷.

Один из стоящих перед арбитражем вопросов заключался в принятии решения о том, был ли налог, установленный Мексикой, введен «для того чтобы побудить Соединенные Штаты выполнить свои обязательства по НАФТА, как того требует статья 49 статьей об ответственности государств. Проанализировав факты, арбитраж дал отрицательный ответ, и поэтому налог не представлял собой законную контрмеру по смыслу статьи 49 статьей об ответственности государств»⁶⁸.

Международный арбитраж (по НАФТА и Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

46. В своем решении об ответственности 2008 года арбитраж, учрежденный для рассмотрения дела *Corn Products International Inc. v. Mexico*, столкнулся с доводом защиты со стороны ответчика, согласно которому введение налога, который арбитраж счел нарушением его обязательств по НАФТА, было оправдано в качестве законной контрмеры, принятой в ответ на предыдущее нарушение государством гражданства заявителя — Соединенными Штатами. Один из центральных вопросов для рассмотрения арбитражем заключался в том, является ли режим контрмер, предусмотренный статьями об ответственности государств, применимым к требованиям индивидуальных вкладчиков согласно главе XI НАФТА. Арбитраж исходил из позиции, отраженной в комментарии к статье 49 (который он подробно процитировал): «В области правового регулирования контрмер давно признано, что контрмеры должны быть направлены

⁶⁶ *Trinidad Cement Limited*, para. 40.

⁶⁷ *Archer Daniels Midland Company*, cited in note 4 above, para. 125.

⁶⁸ *Ibid.*, paras.134–151.

против государства, которое ранее совершило противоправное деяние»⁶⁹. Арбитраж далее указал на различие проводимое в пунктах 4 и 5 комментария к статье 49, между контрмерами, устранимыми или иным образом затрагиваемыми «права», и «интересами» третьей стороны, и заявил следующее:

«контрмера не может ... устранить или иным образом воздействовать на *права* стороны, не являющейся ответственным государством, за предшествующее противоправное деяние. С другой стороны, она может воздействовать на *интересы* такой стороны»⁷⁰.

Тогда встал вопрос «имеет ли вкладчик по смыслу статьи 1101 НАФТА свои собственные права, отличные от прав государства его гражданства, или же только интересы. Если это первое, тогда контрмера, принятая Мексикой в ответ на противоправное деяние со стороны Соединенных Штатов, не будет устранять противоправность применительно [к вкладчику], хотя она и может устранять противоправность применительно к Соединенным Штатам»⁷¹. Затем арбитраж постановил, что НАФТА не наделяет вкладчиков материальными правами, отдельными и отличными от прав государства, гражданами которого они являются, и поэтому контрмера, предположительно принятая против Соединенных Штатов, не может лишать вкладчиков таких прав, и поэтому не может быть заявлена как обстоятельство, исключающее противоправность применительно к нарушению прав вкладчика⁷². Далее арбитраж рассматривал о вопросе, были ли выполнены требования в отношении законных контрмер, на которые ссылался ответчик. В частности, требование в отношении наличия предшествующего нарушения международного права, которое считается «абсолютным предварительным условием возникновения права на принятие контрмер» и которое подтверждается, в частности, пунктом 1 статьи 49 статьей об ответственности государств (который он процитировал вместе с соответствующим предложением из комментария⁷³). По его мнению, «настоящий арбитраж просто не мог обойти основополагающую предпосылку такого рода»⁷⁴. Стоявшая перед арбитражем проблема заключалась в том, что он не обладал юрисдикцией, чтобы удостовериться в том, были ли заявления ответчика против Соединенных Штатов в поддержку защитительного довода ответчика относительно законных контрмер обоснованы, поскольку Соединенные Штаты не являлись стороной разбирательства. Он не смог поддержать защитительный довод ответчика как таковой, поскольку он не продемонстрировал выполнение одного из требований в отношении правомерной контрмеры⁷⁵. Арбитраж, в частности, процитировал следующий отрывок из комментария к статье 49:

«Государство, которое прибегает к контрмерам на основе своей односторонней оценки ситуации, действует на свой страх и риск и может понести

⁶⁹ *Corn Products International Inc.*, cited in note 5 above, para. 163.

⁷⁰ *Ibid.*, para. 164, emphasis in the original.

⁷¹ *Ibid.*, para. 165.

⁷² *Ibid.*, paras. 167 and 176.

⁷³ Пункт 2: «Базовой предпосылкой для любой правомерной контрмеры является наличие международно противоправного деяния, в связи с которым потерпевшее государство принимает данную контрмеру».

⁷⁴ *Corn Products International Inc.*, cited in note 5 above, paras. 185–187.

⁷⁵ *Ibid.*, para. 189.

ответственность за свое собственное противоправное поведение в случае, если эта оценка не верна»⁷⁶.

Арбитраж по статье 22(б) Договоренности ВТО о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, и статьям 4(11) и 7(10) Соглашения ВТО о субсидиях и компенсационных мерах

47. В двух решениях, принятых в 2009 году, арбитр в деле *United States — Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration* принял к сведению ссылку на «надлежащие контрмеры» согласно пункту 10 статьи 4 (и отдельно согласно пункту 10 статьи 7) Соглашения о субсидиях и компенсационных мерах (Соглашение СКМ) и заявил, в частности, следующее:

4.40 Мы отмечаем, что термин «контрмеры» является общим термином, употребляемым КМП в контексте проекта статей об ответственности государств для обозначения временных мер, которые потерпевшие государства могут принимать в ответ на нарушения обязательств по международному праву.

4.41 Мы согласны с тем, что значение этого термина в международном публичном праве вполне может способствовать нашему пониманию значения того же термина в соглашении СКМ. Мы полагаем, что термин «контрмеры» в соглашении СКМ обозначает меры, которые по сути являются контрмерами, как они определены в проекте статей КМП об ответственности государств.

4.42 Поэтому на данном этапе анализа мы считаем, что термин «контрмеры» по существу характеризует содержание мер, которые должны быть санкционированы, то есть временные меры, которые в противном случае будут противоречить обязательствам по Соглашению ВТО и которые принимаются в ответ на нарушение обязательства по Соглашению СКМ. Это также согласуется со значением данного термина в международном публичном праве, отраженным в статьях КМП об ответственности государств»⁷⁷.

Арбитр, утверждая, что «то обстоятельство, что контрмеры... призваны побудить стороны выполнять соглашение, само по себе не содержит конкретных указаний на то, какого уровня контрмеры могут быть допустимы...», заявил, что такое «разграничение также можно обнаружить в общих нормах международного права, отраженных в статьях КМП об ответственности государств». Затем он напомнил, что «статья 49 проекта статей определяет слова «побудить... выполнить» как единственный законный объект контрмер, в то время как вопрос о допустимом уровне контрмер рассматривается в отдельном поло-

⁷⁶ Ibid., para. 187, quoting from paragraph (3) of the commentary to article 49.

⁷⁷ WTO, *United States — Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*, Case No. WT/DS267/ARB/1, Decision by the Arbitrator, 31 August 2009, paras. 4.40-4.42 (footnotes omitted) and *United States — Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the SCM Agreement*, Case No. WT/DS267/ARB/2, Decision by the Arbitrator, 31 August 2009, paras. 4.30-4.32 (footnotes omitted). See also the discussion under article 55 below.

жении (статья 51), и этот уровень определяется в зависимости от соразмерности причиненному вреду с учетом тяжести нарушения»⁷⁸.

Статья 50

Обязательства, не затрагиваемые контрмерами

Международный арбитраж (по приложению VII Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 года)

48. В своем решении 2007 года по делу *Guyana v. Suriname* арбитраж, образованный для рассмотрения этого дела, заявив, что предпринятые Суринамом некоторые военные действия представляют угрозу применения силы в нарушение Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 года, Устава Организации Объединенных Наций и норм общего международного права, получил заявление Суринама о том, что эти меры тем не менее представляли собой законные контрмеры, поскольку были приняты в ответ на международно противоправное деяние Гайаны. Арбитраж заявил, что «в международном праве давно существует принцип, согласно которому контрмеры не могут включать применение силы», и указал далее следующее:

«Это отражено в проекте статей КМП об ответственности государств в статье 50(1)(а), которая гласит, что контрмеры не могут затрагивать «обязательства воздерживаться от угрозы силой или ее применения, закрепленного в Уставе Организации Объединенных Наций». Как отмечается в комментарии к проектам статей КМП, этот принцип согласуется с практикой международных судебных органов. Он также содержится в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, принятие которой, по мнению Международного Суда, является свидетельством *opinio juris* государств в отношении международного обычного права по этому вопросу»⁷⁹.

Международный арбитраж (по НАФТА и Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

49. Арбитраж, учрежденный для рассмотрения дела *Corn Products International Inc. v. Mexico*, в своем решении 2008 года об ответственности сослался на статью 50 статей об ответственности государств, делая вывод о том, что неблагоприятные постановления группы и апелляционного органа ВТО не лишают ответчика возможности ссылаться в свою защиту на контрмеры в случае предполагаемых нарушений обязательств по НАФТА⁸⁰.

⁷⁸ Ibid., paras. 4.113 and 4.61, respectively.

⁷⁹ *Guyana v. Suriname*, cited in note 19 above, para. 446 (footnotes omitted).

⁸⁰ *Corn Products International Inc.*, cited in note 5 above, para. 158. See article 22 above.

Статья 51 Пропорциональность

Международный арбитраж (по Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)

50. В своем решении 2007 года арбитраж, учрежденный для рассмотрения дела *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, сослался на статью 51 статей об ответственности государств, напомнив, что в соответствии с требованием пропорциональности контрмеры должны быть соразмерны причиненному вреду с учетом тяжести международно противоправного деяния и затронутых прав⁸¹. Далее была сделана ссылка на пункт 7 комментария к статье 51, где говорится следующее:

«(7) Пропорциональность касается взаимосвязи между международно противоправным деянием и контрмерой. В некоторых отношениях пропорциональность связана с содержащимся в статье 49 требованием относительно цели: явно несоразмерная мера вполне может быть признана не как необходимая для того, чтобы побудить ответственное государство выполнять свои обязательства, а как выполняющая карательную функцию и как выходящая за рамки целей контрмер, которые определены в статье 49»⁸².

В данном случае арбитраж заключил, что цель Мексики обеспечить соблюдение Соединенными Штатами своих обязательств по главам 7 и 20 НАФТА могла бы быть достигнута с помощью других мер, не нарушающих стандарты защиты инвестиций. В этой связи он заявил, что установленный Мексикой налог предположительно для обеспечения такого соблюдения не соответствует требованию пропорциональности, необходимому для действительности контрмер по международному обычному праву⁸³.

Арбитраж по статье 22(б) Договоренности ВТО о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, и статьям 4(11) и 7(10) Соглашения ВТО о субсидиях и компенсационных мерах

51. В двух решениях, принятых в 2009 году, арбитр по делу *United States — Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration* сослался на статью 51 статей об ответственности государств, отметив, что в этих статьях проводится общее разграничение между целью контрмер и уровнем допустимых контрмер⁸⁴.

⁸¹ *Archer Daniels Midland Company*, cited in footnote 4 above, para. 152.

⁸² *Ежегодник Комиссии международного права*, 2001 год, том II (часть вторая), стр. 165.

⁸³ *Archer Daniels Midland Company*, cited in note 4 above, para. 160.

⁸⁴ *United States — Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*, para. 4.113, and *United States — Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the SCM Agreement*, cited in note 77 above, para. 4.61. См. также обсуждение в связи со статьей 49 выше.

Статья 52**Условия, относящиеся к применению контрмер***Апелляционный орган ВТО*

52. В своем докладе 2008 года Апелляционный орган ВТО в отношении спора *United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute* отказался поддержать аргумент Европейских сообществ о том, что их позиция согласуется с подходом, закрепленным в пункте 3 статьи 52 статей об ответственности государств, а именно требованием о том, чтобы принятие контрмер было приостановлено, если международно противоправное деяние было прекращено и спор находится на рассмотрении суда, компетентного выносить обязательные для сторон решения⁸⁵.

Статья 53**Прекращение контрмер***Апелляционный орган ВТО*

53. В своем докладе 2008 года Апелляционный орган ВТО по делу *United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute* заявил следующее:

«... Статья 53 предусматривает, что контрмеры должны быть прекращены, как только государство «выполнит свои обязательства», связанные со своим международно противоправным деянием. Таким образом, соответствующие принципы международного права, закрепленные в статьях об ответственности государств, поддерживают посылку о том, что контрмеры могут продолжаться до того момента, пока ответственное государство не прекратит противоправное деяние посредством выполнения своих обязательств в полном объеме»⁸⁶.

Часть четвертая**Общие положения****Статья 55****Lex specialis***Международный арбитраж (по Регламенту для дополнительных структур МЦУИС)*

54. В своем решении 2007 года арбитраж, учрежденный для рассмотрения дела *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. the United Mexican States*, рассмотрел вопрос о связи между статьями об ответственности государств и НАФТА. Он напомнил, что

⁸⁵ WTO Appellate Body, *United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute*, Case No. AB-2008-5, Report of the Appellate Body, 14 November 2008, para. 382 (“the Articles on State Responsibility do not lend support to the European Communities' position”). See article 53 below. See also *WTO Appellate Body, Canada — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute*, Case No. AB-2008-6, Report of the Appellate Body, 14 November 2008, para. 382.

⁸⁶ Ibid.

«... от статей КМП можно отходить в договоре, что прямо признано в статье 55, касающейся *lex specialis*... Таким образом, международное обычное право не затрагивает условий наличия нарушения обязательств в отношении защиты инвестиций согласно НАФТА, поскольку этот вопрос конкретно регулируется главой 11 [НАФТА]»⁸⁷,

а также, что

«[нормы] международного обычного права, которые кодифицированы в статьях КМП, не применяются к вопросам, которые конкретно регулируются *lex specialis*, то есть в данном случае главой 11 НАФТА»⁸⁸.

Однако, несмотря на выводы относительно главы 11 НАФТА, арбитраж указал далее, что «международное обычное право по-прежнему регулирует все вопросы, не охватываемые главой 11» и что «в контексте главы 11 международное обычное право, кодифицированное в статьях КМП, применяется, таким образом, на остаточной основе». Это подтверждается пунктом 1 статьи 1131 НАФТА, где подтверждается мандат арбитража «... решать вопросы в споре в соответствии с [НАФТА] и применимыми нормами международного права»⁸⁹. Этот последний вывод относительно продолжения применения статей об ответственности государств касается рассмотрения арбитражем вопроса о контрмерах. Он заявил, что «глава 11 не предусматривает и прямо не запрещает применение контрмер. В этой связи вопрос о том, может ли ответчик в качестве средства защиты использовать контрмеры, является вопросом не *lex specialis*, а вопросом международного обычного права». Поскольку помимо особой ситуации, предусмотренной в статье 2019 НАФТА, положений о контрмерах не содержится, арбитраж заявил, что «к настоящей ситуации применяется регулярный режим, предусмотренный международным обычным правом»⁹⁰.

Арбитраж по статье 22(б) Договора о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, и статьям 4(11) и 7(10) Соглашения ВТО о субсидиях и компенсационных мерах

55. В двух решениях, принятых в 2009 году, арбитр по делу *United States — Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration* отметил, что «как указывается в самих статьях КМП об ответственности государств, они не могут пользоваться приоритетом над какими бы то ни было специальными положениями, относящимися к регулируемым ими вопросам, которые могут содержаться в специальных правовых документах», и процитировал следующую выдержку из комментария к главе II («Контрмеры») части третьей статей об ответственности государств:

«Как и положения других глав настоящих статей, положения о контрмерах носят остаточный характер и могут быть исключены или изменены специальными нормами (см. статью 55). Так, договорное положение, запрещающее приостанавливать исполнение обязательства при каких бы то ни было обстоятельствах, исключает также возможность принятия контрмер в отношении исполнения данного обязательства. То же относит-

⁸⁷ *Archer Daniels Midland Company*, cited in note 4 above, para. 116.

⁸⁸ *Ibid.*, para. 118.

⁸⁹ *Ibid.*, para. 119.

⁹⁰ *Ibid.*, para. 122.

ся к режиму разрешения споров, к которому государства должны прибегнуть в случае возникновения спора, особенно если (как в системе разрешения споров ВТО) он требует получения разрешения на принятие ответных мер в случае доказанного нарушения обязательства»⁹¹.

Статья 56

Вопросы ответственности государств, не регулируемые настоящими статьями

Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии

56. В своем окончательном решении 2009 года по претензиям Эфиопии о возмещении ущерба Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии отметила, что «объем претензий сторон поднимает потенциально серьезные вопросы, затрагивающие пересечение правового регулирования ответственности государств и основополагающих норм в области прав человека». Она напомнила, что в ранней версии статей об ответственности государств содержался квалификационный признак, согласно которому «ни один народ ни в коем случае не может быть лишен принадлежащих ему средств существования», который также отражен в пункте 2 статьи 1 обоих пактов о правах человека⁹². Комиссия по претензиям подтвердила далее, что, хотя такой признак не был включен в текст 2001 года, это «не затрагивает фундаментальную норму права прав человека, которая содержится в общей статье I(2) пактов и, безусловно, применяется к сторонам»⁹³.

⁹¹ *United States — Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*, footnote 129, and *United States — Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the SCM Agreement*, footnote 69, cited in note 77 above, quoting paragraph (9) of the introductory commentary to Part Three, Chapter II.

⁹² См. статью 31 выше.

⁹³ *Ethiopia's Damages Claims*, para. 19, and *Eritrea's Damages Claims*, para. 19, cited in note 47 above.